



HAL
open science

La sécurité alimentaire à l'épreuve du droit international des investissements

Emily Madeleine

► **To cite this version:**

Emily Madeleine. La sécurité alimentaire à l'épreuve du droit international des investissements. Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2019. Français. NNT: 2019AZUR0031 . tel-02950599

HAL Id: tel-02950599

<https://theses.hal.science/tel-02950599>

Submitted on 28 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE DE DOCTORAT

La sécurité alimentaire à l'épreuve du droit international des investissements

Emily MADELEINE

GREDEG UMR 7321 – CNRS

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit d'Université
Côte d'Azur**

**Dirigée par : Monsieur Jean-Baptiste
RACINE, Professeur à l'Université Côte
d'Azur**

Soutenue le : 10 décembre 2019

Devant le jury, composé de :

Monsieur Jean-Sylvestre BERGÉ

Professeur à l'Université Côte d'Azur

Monsieur François COLLART DUTILLEUL

Professeur émérite à l'Université de Nantes

Monsieur Arnaud DE NANTEUIL

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Madame Séverine MENÉTREY

Professeure à l'Université du Luxembourg

La sécurité alimentaire à l'épreuve du droit international des investissements

JURY :

Directeur de la recherche :

Monsieur Jean-Baptiste RACINE,

Professeur à l'Université Côte d'Azur

Rapporteurs :

Monsieur Arnaud DE NANTEUIL,

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Madame Séverine MENÉTREY,

Professeure à l'Université du Luxembourg

Examineurs :

Monsieur Jean-Sylvestre BERGÉ,

Professeur à l'Université Côte d'Azur

Monsieur François COLLART DUTILLEUL,

Professeur émérite à l'Université de Nantes

Titre : La sécurité alimentaire à l'épreuve du droit international des investissements

Résumé : Si les investissements internationaux contribuent à la réalisation de la sécurité alimentaire, ils peuvent aussi constituer une menace et une voie d'aggravation. L'étude des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux révèle l'existence de conflits de normes porteurs de risques alimentaires et met en lumière des déséquilibres normatifs dans le droit international des investissements. Ainsi, la mise en œuvre des droits des investisseurs est susceptible de conduire à l'exclusion de la sécurité alimentaire. A l'inverse, l'affirmation de cette dernière peut générer une altération ou une négation des droits des investisseurs. De sorte que, dans cette situation conflictuelle, les obligations alimentaires de l'État ne pourront pas être satisfaites de manière simultanée avec les obligations énoncées dans les accords d'investissements internationaux. Ces conflits normatifs interviennent comme des alarmes et renseignent d'une part, sur les déséquilibres du pouvoir de réglementation des États et des droits exclusifs des investisseurs, et d'autre part, sur l'asymétrie des droits des victimes d'insécurité alimentaire et des droits des investisseurs. L'insuffisance de prévention renforce les contrariétés de décisions et maintient l'assujettissement des États à des obligations contradictoires. Une fois analysés les conflits de normes et les risques alimentaires qu'ils génèrent, il s'avère que les tentatives de résolution de ces derniers, par le biais des techniques classiques, demeurent souvent inopérantes, rendant compte des limites du système actuel. Pour leur part, les risques, la norme et la responsabilité alimentaire restent parfois non identifiés et ne sont pas appréhendés dans leur globalité. Ces circonstances complexifient la résolution des conflits de normes. Dès lors, la thèse s'attache à démontrer que ces conflits sont susceptibles parfois d'être évités, ou réduits, puis, envisage un traitement dans la résolution de ces derniers en vue de parvenir à une articulation entre les droits des investisseurs étrangers et la protection de l'intérêt public alimentaire de l'État d'accueil de l'investissement.

Mots clés : conflits de normes, sécurité alimentaire, investissements internationaux, risques alimentaires, durabilité, accessibilité, répartition équitable, critère culturel, norme alimentaire, responsabilité alimentaire, principe de proportionnalité, principe de balancier.

Title : Food security tested by international investment law

Abstract : While international investments contribute to achieving food security, they can also be a threat and a path to aggravation. The study of the interactions between food security and international investments reveals the existence of norm conflicts carrying food risks and highlights normative imbalances in international investment law. Thus, the implementation of investor rights is likely to lead to the exclusion of food security. Conversely, the assertion of the latter may lead to an alteration or denial of investors' rights. In this situation of conflict, the food obligations of the State can not be met simultaneously with the obligations set out in the international investment agreements. These norm conflicts intervene as alarms and inform on the one hand, on the imbalances of the power of regulation of the States and the exclusive rights of the investors, and on the other hand, on the asymmetry of the rights of the victims of food insecurity and the investor rights. The lack of prevention reinforces the contradictions of decisions and maintains the subjection of States to contradictory obligations. Once analyzed the conflicts of norms and the food risks that they generate, it turns out that the attempts of resolution of these, by means of the traditional techniques, remain often inoperative, accounting for the limits of the current system. For their part, the risks, the norm and the food responsibility sometimes remain unidentified and are not apprehended as a whole. These circumstances complicate the resolution of norm conflicts. Therefore, the thesis seeks to demonstrate that these conflicts are sometimes likely to be avoided, or reduced, then, consider a treatment in the resolution of the latter in order to achieve a link between the rights of foreign investors and the protection of the food public interest of the host state of the investment.

Keywords : Norm conflicts, food security, international investments, food risks, sustainability, accessibility, equitable distribution, cultural criterion, food norm, food liability, principle of proportionality, principle of pendulum.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à faire part de ma profonde gratitude à M. le Professeur Jean-Baptiste Racine, qui par sa présence et ses conseils avisés, a su faire germer les raisonnements, éveiller l'esprit et accompagner l'auteure de ces lignes dans sa recherche. Son sens du dialogue m'aura permis de poursuivre des chemins inespérés. Je lui adresse mes plus sincères remerciements.

Ensuite, je souhaite remercier MM. les Professeurs Jean-Sylvestre Bergé, Arnaud De Nanteuil, François Collart Dutilleul et Mme la Professeure Séverine Menétrey pour leurs travaux respectifs. Chacun aura par ses écrits contribué à faire éclore ce travail. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma reconnaissance.

Je remercie également ma famille, spécialement ma mère et ma sœur pour leur patiente relecture, ainsi que mes amies, Amandine, Géraldine, Julie et Nathalie, pour leur encouragement et leur confiance.

Enfin, je tiens à remercier infiniment mon compagnon Grégory pour son soutien indéfectible tout au long de ces années, et mes fils Célian et Léandre pour m'avoir donné (parfois absorbé) la force de mener jusqu'à son terme cette thèse.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

I. ANNUAIRES, RECUEILS, REVUES

| | |
|----------------|---|
| AFDI | Annuaire français de droit international |
| AJDA | Actualité juridique Droit administratif |
| AJIL | American Journal of International Law |
| BYBIL | British Yearbook of International Law |
| Cah. Arb. | Les cahiers de l'arbitrage |
| CUP | Cambridge University Press |
| D. | Recueil Dalloz |
| EJIL | European Journal of International Law |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| Harvard ILJ | Harvard International Law Journal |
| I.C.L.Q. | International and Comparative Law Quarterly |
| ICSID Rev. | ICSID Review – Foreign Investment Law Journal International |
| J.CI. | Juris-classeur |
| JCP | Juris-classeur périodique |
| JDI | Journal du droit international (Clunet) |
| J.Int'l Arb | Journal of International Arbitration |
| LGDJ | Librairie général de droit et de jurisprudence |
| OUP | Oxford University Press |
| P.U.A.M | Presse universitaires d'Aix- Marseille |
| P.U.F. | Presses Universitaires de France |
| RCADI | Recueil de cours de l'Académie de droit international |
| Rev.arb. | Revue de l'arbitrage |
| Rev. crit. DIP | Revue critique de droit international privé |
| RIDE | Revue internationale de droit économique |
| RGDIP | Revue générale de droit international public |
| RTD civ. | Revue trimestrielle de droit civile |
| RTD com. | Revue trimestrielle de droit commercial |
| RTD eur. | Revue trimestrielle de Droit européen |
| TDM | Transnational Dispute Management |

II. ORGANISATIONS INTERNATIONALES, JURIDICTIONS, SIGLES

| | |
|----------|---|
| ALENA | Accord de libre-échange nord-américain |
| CADHP | Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples |
| CCI | Chambre de commerce internationale |
| CDI | Commission du droit international des Nations Unies |
| C. Cass. | Cour de cassation |
| CEDH. | Cour Européenne des Droits de l'Homme |
| CE | Conseil d'Etat |
| CIDH | Commission interaméricaine des droits de l'homme |
| CIJ | Cour internationale de Justice |

| | |
|-------------------|---|
| CNUCED | Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement |
| CNUDCI | Commission des Nations unies pour le droit commercial international |
| CPA | Cour permanente d'arbitrage |
| CPI | Cour pénale internationale |
| CPJI. | Cour permanente de justice internationale |
| CJCE devenue CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CIJ | Cour internationale de Justice |
| CIRDI | Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements |
| CSA | Comité de la sécurité alimentaire mondiale |
| FAO | Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture/Food and Agriculture Organisation |
| FIDA | Fonds international de développement agricole |
| OCDE | Organisation de coopération et de développement économiques |
| OIT | Organisation internationale du travail |
| O.M.C/W.T.O | Organisation mondiale du commerce / World Trade Organisation |
| ONG | Organisation non gouvernementale |
| ONU | Organisation des Nations-Unies |
| PAM | Programme alimentaire mondial |
| SFDI | Société française pour le droit international |
| UE | Union Européenne |

III. AUTRES ABREVIATIONS

| | |
|---------------|---|
| al. | alinea |
| art. | article |
| fasc. | fascicule |
| ibid | ibidem (au même endroit) |
| id. | idem |
| in | dans |
| op. cit | précédemment cité |
| Rés. | résolution |
| s. | suisant |
| spéc. | spécialement |
| v ou voy. | voir |
| vol. | volume |
| T.B.I./B.I.T. | Traité bilatéral d'investissement / Bilateral Investment Treaty |

SOMMAIRE

INTRODUCTION

| | |
|--|-------|
| Introduction | p. 9 |
| §1. La diversité des interactions | p. 13 |
| §2. Le prisme des conflits de normes | p. 25 |
| §3. La permanence du phénomène | p. 33 |

Première Partie

| | |
|---|-------|
| L'EXISTENCE DES CONFLITS NORMATIFS ENTRE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX | p. 39 |
|---|-------|

| | |
|--|--------|
| Titre 1. La révélation des déséquilibres normatifs entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux : le diagnostic des conflits de normes | p. 41 |
| Chapitre 1. L'analyse étiologique des conflits normatifs : les causes | p. 42 |
| Chapitre 2. L'analyse sémiologique des conflits normatifs : les symptômes | p. 103 |

| | |
|---|--------|
| Titre 2. La généralisation des risques alimentaires dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissements : le pronostic des conflits de normes | p. 167 |
| Chapitre 1. L'identification des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires quantitatifs | p. 169 |
| Chapitre 2. L'identification des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires qualitatifs .. | p. 225 |

Deuxième Partie

| | |
|--|--------|
| LA RESOLUTION DES CONFLITS NORMATIFS DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX | p. 287 |
|--|--------|

| | |
|---|--------|
| Titre 1. La norme alimentaire dans le droit international des investissements : le balancier des normes | p. 289 |
| Chapitre 1. L'exigence d'une élévation de la norme alimentaire dans le droit international des investissements | p. 291 |
| Chapitre 2. L'exigence d'une adaptation de la norme alimentaire dans le droit international des investissements | p. 343 |

| | |
|---|--------|
| Titre 2.- La responsabilité alimentaire dans le droit international des investissements : le balancier des responsabilités | p. 399 |
| Chapitre 1. Les voies d'amélioration de la responsabilité alimentaire des opérateurs publics | p. 401 |
| Chapitre 2. Les voies d'admission d'une responsabilité alimentaire des opérateurs privés | p. 441 |

| | |
|---------------------------|--------|
| CONCLUSION GÉNÉRALE | p. 503 |
| BIBLIOGRAPHIE | p. 509 |
| INDEX | p. 561 |
| TABLE DES MATIÈRES | p. 565 |

*A Mme la Professeure Laurence Boy et
Me Marc Mamillo qui tous deux ont
respectivement guidé mes premiers
pas dans la recherche et dans la pratique
juridique.*

INTRODUCTION

« *Tout dans la vie sociale est affaire d'équilibre entre éléments contradictoires*¹ ».

1. L'essor des traités bilatéraux d'investissement au nom de la libéralisation ces dernières années a conforté l'idée d'un développement économique qui serait bénéfique aux États. Pourtant, ce modèle soulève des questions² et a commencé à être remis en cause³. L'application de ce système lors de ces dernières décennies n'a pas permis l'éradication de l'insécurité alimentaire qui demeure omniprésente et détient de multiples visages. Du Nord au Sud, la quantité ou la qualité des denrées alimentaires restent préoccupantes. En 2018, le bilan de la sécurité alimentaire dans le monde révélait que le nombre de personnes souffrant de sous-alimentation avait augmenté passant de 777 millions en 2015 à 821 millions en 2017, soit l'équivalent d'une personne sur neuf dans le monde⁴. L'inégalité de la répartition des denrées et des ressources, les barrières d'accès économiques et physiques, la généralisation des investissements agricoles à grande échelle, la détérioration de l'environnement, l'usage immodéré des pesticides, la circulation et le déversement de déchets toxiques désignent autant de facteurs divers d'insécurité alimentaire que le droit ne parvient pas à saisir avec satisfaction dans le droit international des investissements. Dès lors, si les opérations d'investissement sont

¹ M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896, p. 385.

² Parmi de nombreux écrits, notons : M. SORNARAJAH, *The international Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 4^e éd., 2017, p. xiii ; O. DE SCHUTTER, J. SWINNEN and J. WOUTERS, *Foreign Direct Investment and Human development, The law economics of international investment agreements*, Routledge, 2016 ; J.-W. SALACUSE and N.-P. SULLIVAN, « Do BITs Really Work ? : An evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain », *Harvard International Law Review* 46, 2005, pp. 67-130 ; L. SPESS, « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing countries ? », (10) *World development* 1567, 2005 ; W. BEN HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, 2008, pp. 999-1033.

³ Cette remise en cause a atteint son paroxysme lors de la dénonciation de la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (CIRDI) par la Bolivie (2007), l'Equateur (2010), et le Venezuela (2012). A ce sujet, voy. p. ex : W. BEN HAMIDA, « La dénonciation de la convention CIRDI » in F. HORCHANI (dir.), *CIRDI, 45 ans après, Bilan d'un système*, Pedone, 2011 ; J. CAZALA, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, 2012, pp. 551-565 ; E. GAILLARD, « L'avenir des traités de protection des investissements » in Ch. LEBEN (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p. 1027.

⁴ Rapport FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF, *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2018. Renforcer la résilience face aux changements climatiques pour la sécurité alimentaire et la nutrition*. Rome, FAO, 2018, p. 12 ; Rapport FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF, *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2017. Renforcer la résilience pour favoriser la paix et la sécurité alimentaire*. Rome, FAO, 2017, p. 2.

susceptibles de contribuer à l'amélioration de la sécurité alimentaire, elles constituent dans le même temps une menace et une voie d'aggravation.

2. L'apparition de nouveaux accords internationaux d'investissement a consolidé l'hostilité à l'égard du modèle bilatéral des traités d'investissement traditionnel et mis l'accent sur un renforcement du droit de réglementation des États menacé jusqu'alors par les droits substantiels des investisseurs. Des accords contemporains ont émergé tels que ceux conclus entre l'Union européenne et le Canada (*CETA*)⁵ ou encore le Japon (*JEFTA*)⁶. Ces accords cristallisent les oppositions au règlement des différends fondé sur l'arbitrage Etat-investisseur prévu dans les traités d'investissement⁷. Le manque de transparence, d'indépendance des arbitres et le caractère excessivement élevé des sommes allouées restent régulièrement mis en avant dans l'arbitrage⁸. La spécificité de l'arbitrage Etat-investisseur accentue cette répulsion particulièrement parce qu'il traite de litiges susceptibles de mettre en danger le pouvoir de réglementation étatique destiné à des politiques d'intérêt public. La Commission européenne⁹, suivie de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018¹⁰ a sonné le glas de l'arbitrage d'investissement intra-communautaire. Dans sa décision, la CJUE a prononcé l'incompatibilité du droit de l'Union européenne et de l'arbitrage État-investisseur dans les traités bilatéraux

⁵ Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AECG ou dénommé ci-après CETA comme dans sa version anglaise), Journal Officiel de l'Union européenne n° L 11 du 14 janvier 2017, signé le 30 octobre 2016. Son application provisoire a pris effet le 21 septembre 2017 mais ne concernait pas le Chapitre 8 portant sur l'investissement. L'accord entrera en vigueur à la condition que tous les États membres de l'UE le ratifient. Le 30 avril 2019, la CJUE a déclaré que le mécanisme envisagé destiné à remplacer l'arbitrage Etat-Investisseur par un tribunal permanent était compatible avec le droit de l'Union. V. Communiqué de presse n° 52/19, Luxembourg.

⁶ Accord de partenariat économique UE-Japon dénommé JEFTA dans sa version anglaise « Japan-EU free trade agreement » entré en vigueur le 1er février 2019. Voy. Décision (UE) 2018/1907 du Conseil du 20 décembre 2018 relative à la conclusion de l'accord publiée au Journal Officiel de l'Union européenne n° L 330 du 27 décembre 2018.

⁷ J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev.*, Vol. 10, Issue 2, 1995, pp. 232-257 ; E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, pp. 853-875 ; W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003.

⁸ Sur le développement d'une exigence de transparence dans l'arbitrage, voy. B. FAGE, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. arb.*, 2000, p. 5 ; W. BEN HAMIDA et T. CLAY, *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013. Sur la transparence et la confidentialité de la procédure difficilement compatible avec le caractère public du différend dans l'arbitrage d'investissement et la remise en cause d'actes de puissance publique, voy. S. HAMAMOTO, « Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence - Commentaire article par article, *JDI* n° 1, Janvier 2016, doctr. 1 ; Sur le principe de confidentialité, voy. p. ex. E. GAILLARD, « Le principe de confidentialité dans l'arbitrage international », *D.* 1997, chron. p. 153 ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p. 323. Sur les conflits d'intérêts et l'indépendance des arbitres, voy. D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p. 611 ; Pour un exemple emblématique des sommes allouées et des enjeux financiers de la discipline. Voy. CPA, (CNUDCI), *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, aff. n° AA 227, sentence finale, 18 juin 2014.

⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 juin 2015 : « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-EU ».

¹⁰ CJUE, *Arrêt Slowakische Republik c. Achmea BV*, aff. C-284/16, 6 mars 2018.

d'investissement intra-communautaire¹¹. Néanmoins, la portée de l'affaire *Achméa* dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissement apparaît variable. C'est ainsi qu'en dépit de la décision de la CJUE, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a reconnu sa compétence et prononcé la violation de la clause d'expropriation du traité bilatéral d'investissement (TBI) France-Hongrie¹². Dans une autre affaire, un tribunal CIRDI considérait déjà que l'affaire *Achméa* n'avait pas d'incidence sur la procédure arbitrale, cette dernière étant fondée sur le traité de la Charte de l'énergie (TCE), auquel l'Union européenne est partie¹³. Pour autant, le 15 janvier 2019, vingt-deux Etats membres se sont engagés à la lumière de l'arrêt *Achméa* à résilier l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement conclu entre eux¹⁴.

3. Chemin faisant, l'Union européenne procède à une reconfiguration de son droit des investissements susceptible de bouleverser l'architecture internationale de la discipline¹⁵. A titre d'illustration, le CETA¹⁶ instaure un tribunal permanent chargé de statuer sur les litiges entre

¹¹ Voy p. ex. E. GAILLARD, « L'affaire Achmea ou les conflits de logiques », *Rev. crit. DIP* 2018. 616 ; L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, *D.* 2018. 1934 ; J. CAZALA, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur.* 2018. 597 ; Chronique de jurisprudence de la CJUE, P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE ET C. GÄNSER, *AJDA* 2018. 1026 ; S. LEMAIRE, Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, *Rev. arb.*, 2018. 424; *JDI* 2018. 903, note Y. NOUVEL ; C. NOURISSAT, « La clause d'arbitrage contenue dans un traité bilatéral d'investissement n'est pas compatible avec le droit de l'Union européenne », *Procédures* 2018, n° 5 p.18; M. LAAZOUZI, « L'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne contre l'arbitrage d'investissement intra-européen », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2018, n°2, pp. 217-224; G. CARDUCCI, « A State's Capacity and the EU's Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate – and "Preclude" in Achmea – a Treaty or BIT of Member States, a State's Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties and EU Law, and the CJEU's Decisions on EUSFTA and Achmea. Their Roles and Interactions in Treaty and Investment Arbitration », *ICSID Rev.*, Spring 2018, Vol. 33 Issue 2, pp. 582-619; B. HESS « The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice », *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, 2018(3), mars 2018 ; A. BILANOVÁ et J. KUDRNA, « Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It? », *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, Issue 1, 2018.

¹² CIRDI, *UP (ex Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale c. Hongrie*, aff. n°ARB/13/35, sentence du 09 octobre 2018.

¹³ CIRDI, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n°ARB/14/1, sentence du 16 mai 2018 spec. § 679. Cette interprétation a été confirmée dans l'affaire CIRDI, *Vattenfall c. Allemagne*, n°ARB/12/12, sentence du 31 aout 2018 spec. § 154 et § 232. Le tribunal arbitral CIRDI a peu après ces affaires affirmé sa position en regard de l'affaire *Achméa* et son indépendance, voy. Aussi CIRDI, *Sodexo Pass International SAS c. Hongrie*, aff. n°ARB/14/20, sentence du 28 janvier 2019.

¹⁴ Déclaration des représentants des gouvernements des États membres relative aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne, 15 janvier 2009, disponible en ligne le site de la Commission européenne. La Suède, le Luxembourg, la Slovénie, Malte et la Finlande n'ont pas signé la déclaration.

¹⁵ Voy. p. ex. la communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI portant sur la mise en place d'un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, le 18 janvier 2019.

¹⁶ D'autres accords prévoient également l'intégration de ce nouveau mode de règlement des différends. Voy. Accord de partenariat économique entre le Mexique et l'Union européenne conclu le 21 avril 2018, en cours de négociation ; Accord de libre-échange et accord sur la protection des investissements entre Singapour et l'Union européenne signés le 19 octobre 2018 et validés par le Parlement européen le 13 février 2019. Ce dernier accord remplace douze traités bilatéraux d'investissement conclus entre les États membres de l'UE et Singapour.

investisseurs étrangers et États hôtes au nom de la confiance mutuelle et de la cohérence de l'ordre juridique européen¹⁷. Si les difficultés de son articulation avec le droit européen et international sont d'ores et déjà soulevées¹⁸, la vertu de cet accord a été mise en lumière pour métamorphoser le mécanisme de règlement des différends et rééquilibrer la matière¹⁹. Ce dynamisme du droit international des investissements s'inscrit dans la ligne d'une réforme qui tend à « *une réhabilitation du pouvoir normatif de l'Etat*²⁰ ». Sous l'angle de cette étude, la mise en oeuvre d'un nouveau mécanisme de règlement des différends appelle à la prudence. L'amélioration du traitement de la sécurité alimentaire dans le champ des investissements internationaux par ce biais et par un renforcement du pouvoir de réglementation des États pourrait ne constituer qu'un trompe-l'oeil. C'est ainsi qu'une refonte vers une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans le droit international des investissements et plus spécifiquement l'arbitrage d'investissement nécessite moins de remplacer les acteurs et de changer le décor que de procéder à un véritable rééquilibrage des normes²¹.

4. La thèse s'attache dans ce contexte à étudier les interactions de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux. L'analyse de leurs rencontres, des lois, et de la jurisprudence révèle l'existence de conflits de normes porteurs de risques alimentaires alarmants sur les déséquilibres normatifs entre le droit international des investissements et le droit international de l'alimentation. Partant, il convient d'introduire l'étude en se penchant sur la généralisation des contacts entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. L'appréciation du sens de chacune de ces disciplines constitue un épanchement nécessaire si l'on désire saisir la portée de leurs croisements (§1). Puis, il s'agira de démontrer que l'approche des conflits de normes constitue une entrée éclairante permettant l'appréhension des déséquilibres, des risques et des effets négatifs de ces chevauchements (§2). L'observation des croisements renseigne sur la permanence du phénomène des interactions disciplinaires susceptibles de conduire à des conflits de normes sans véritable prise en

¹⁷ Sur ce point, voy. C. KESSEDJIAN et L. VANHONNAEKER, « Les différends entre investisseurs et États hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *RTD eur.* 2017. 633. Notons que le 30 avril 2019, la CJUE a entériné le mécanisme d'arbitrage Etat-investisseur et annoncé que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par le CETA était compatible avec le droit de l'Union. V. Communiqué de presse n° 52/19, CJUE, Luxembourg, le 30 avril 2019.

¹⁸ A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlements des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? *JDI. 2017-1*, doct. 2.

¹⁹ Y. NOUVEL, « L'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA) », *D.* 2016. 2616.

²⁰ L'expression est empruntée à S. ROBERT-CUENDET dans son article intitulé « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux, Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », *RGDIP.* 2016-3, p. 562.

²¹ V. PIRONON, « Faut-il se méfier de l'arbitrage entre États et investisseurs étrangers ? Libres propos à partir de l'article 15 de l'accord franco-colombien sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 641. L'auteur précise qu'il ne serait pas efficace de transférer la compétence d'un tribunal arbitral à une cour si les traités restent inchangés.

compte de leur gravité ni des risques d'un phénomène de contagion (§3).

§1. La diversité des interactions

5. La généralisation des rencontres entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux s'inscrit dans une dynamique globale, celle de la multiplication des interdépendances disciplinaires, amplement identifiées entre les droits de l'Homme et les investissements internationaux ces dernières années²². Le professeur Charles Leben a précisé que « *ces deux disciplines qu'on imaginait sans rapport, tout à coup se rencontrent, se percutent même, chacune étant contrainte à prendre en compte l'autre*²³ ». Les premières rencontres entre le droit de l'alimentation et le droit international des investissements se sont déroulées sous le prisme des droits de l'Homme : le droit de propriété des investisseurs face aux droits à l'eau et à l'alimentation des populations. La relation des investissements internationaux et des droits de l'Homme n'est pas si récente. En 1948, la Charte de la Havane²⁴, avortée, comprenait déjà des chapitres sur le régime des investissements internationaux mais il faudra attendre les années 1970 pour percevoir une volonté

²² Parmi les nombreuses études sur le sujet, voy. W. BEN HAMIDA et F. COULÉE, *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'Homme : Une approche contentieuse*, Pedone, 2017 ; Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, 2018 ; P. KAHN, « Droit de l'investissement et droits de l'Homme » §§ 95-109 in F. HORCHANI (dir.), *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2006; L.-E. PETERSON and K.R. GRAY, « International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration », *International Institute for Sustainable Development*, April 2003 ; J. CAZALA, « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », *Cah. arb.*, Paris Journal of International Arbitration, 2012, n° 4, pp. 899-906 ; O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », Chapitre 14, in Ch. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015; L. LIBERTI, « Investissements et droit de l'homme », in Ph. KAHN et Th. WALDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Chapitre 16, pp. 791-852 ; A. PELLET, « Notes sur la 'fragmentation' du droit international: Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unity and Diversity in International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, pp. 757-784; O. DE SCHUTTER, « Foreign Investment, Human Development and Human Rights: Framing the Issues », *Rights & International Legal Discourse*, 3(2), 2009, 137-176; F. HORCHANI, « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux », in L. BOY, J.-B. RACINE & F. Siirainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, 2009, pp. 139-166 ; D.-C. OLARTE BACARES, *L'articulation du droit international des investissements et des droits de l'homme : le cas de l'Amérique latine*, Thèse Paris I, 2015 ; 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, pp. 301-344; 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, pp. 678-707; P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, & E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, XLVIII-597 ; P.-M. DUPUY, J. VINUALES, « Human Rights and Investment Disciplines : integration in progress » in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE et A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/hart/Nomos, 2015, pp. 1739-1767.

²³ L'expression est de Charles Leben à propos des rencontres entre les droits de l'Homme et les investissements internationaux. Elle est transposable aux rencontres entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Ch. LEBEN, Introduction, in W. BEN HAMIDA et F. COULÉE, *Convergences et contradictions du droit des investissements et des de l'Homme : Une approche contentieuse*, Pedone, 2017, p. 37.

²⁴ Sur la question. Voy. F. COLLART DUTILLEUL, *La Charte de la Havane, Pour une autre mondialisation*, Dalloz, 2018.

des syndicats, de quelques Etats et de certaines organisations internationales d'encadrer les activités des sociétés transnationales²⁵. La Charte de la Havane appréhendait déjà les rapports épineux entre les États et les investissements internationaux en mentionnant qu'un État était en droit de décider des conditions²⁶ par lesquelles l'investissement étranger serait mis en œuvre sur son territoire. En effet, une opération d'investissement a lieu sur un territoire et a des effets positifs ou négatifs qui rejaillissent sur les populations locales, dès lors, la réalisation de l'investissement peut conduire à une violation des droits de l'Homme²⁷, et plus spécifiquement à des atteintes graves à l'encontre de la sécurité alimentaire.

6. La multiplicité des interactions. Dans cette étude, le droit international des investissements désigne l'ensemble des règles juridiques relatives aux investissements internationaux²⁸. En parallèle, le droit de l'alimentation renvoie à l'ensemble des règles juridiques afférentes à la sécurité alimentaire. Les formes d'interactions entre les investissements internationaux et la sécurité alimentaire sont loin d'être homogènes. Au contraire, elles demeurent marquées par leur diversité et « *il n'existe pas un "droit des interactions" » apte à livrer un ensemble construit de solutions*²⁹ ». Dans la célèbre affaire *Aguas Argentinas c. Argentine*³⁰, l'Etat invoquait l'état de nécessité afin de justifier la rupture brutale d'un contrat de concession conclu avec des investisseurs. Le droit d'accès à l'eau de sa population entrainait en contradiction avec le droit de propriété des investisseurs. Dans une autre affaire, le Zimbabwe entendait ne pas indemniser des investisseurs, propriétaires terriens, expropriés au nom d'une réforme agraire justifiée par le droit d'accès à la terre et l'injustice de répartition des terres héritées pendant l'ère coloniale³¹. Puis que penser du refus

²⁵ A.-A. FATOUROS, « Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales », *JDI*. 1974/3 pp. 496-521; A.-A. FATOUROS, « Le Projet de code international de conduite sur les entreprises multinationales : essai préliminaire d'évaluation », *JDI*. 1980/1, pp.5-47 ; A. VEILLEUX et R. BACHAND, « Droits et devoirs des investisseurs : Existe-t-il un espace juridique transnational ? », Groupe de recherche sur l'intégration continentale, *Continentalisation Cahier de recherche 01-13 spec. p. 10 et pp. 9-12* ; G. CAIRE, « Codes de conduite : multinationales et acteurs sociaux », *Revue d'économie industrielle*, Vol 22, n°1, 1982, p.1 ; S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'Homme », in E. DOCKES (dir.), *Au coeur des combats juridiques, Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 355 ; Pour la volonté de certaines organisations internationales d'encadrer les activités de certaines sociétés transnationales. Voy. p. ex. OCDE, *Principes Directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 1976 ; OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 1977; CNUCED, *Code de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictives*, 1980.

²⁶ Article 12 c) *littera ii*) Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce, 24 mars 1948, Acte final, E/CONF.2/78.

²⁷ S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'Homme », in E. DOCKES (dir.), *Au coeur des combats juridiques, Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 358.

²⁸ Dans le cadre de cette recherche, les termes « droit international des investissements » sont similaires aux termes « droit des investissements internationaux » et « droit des investissements étrangers ». Sur ce point, *infra* n°10.

²⁹ J.-S. BERGÉ, « Interactions du droit international et européen, Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *JDI 2009*, n° 3, chron. 4.

³⁰ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine* aff. n°. ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010.

³¹ CIRDI, *Bernhard von Pezold and Others c. République du Zimbabwe*, aff. n°ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015.

d'autorisation par un État d'une licence d'exploitation minière en vertu du droit à l'eau et à l'environnement de sa population qui se retrouve traduit devant le CIRDI au nom d'une atteinte aux droits des investisseurs³²? Si la littérature sur la sécurité alimentaire³³ a fleuri ces dernières années, tout comme celle des investissements internationaux³⁴, en revanche, les convergences entre ces deux domaines ont fait l'objet de peu d'études jusqu'alors³⁵. Pourtant, ils n'ont cessé de se rencontrer et leurs chevauchements imprévus génèrent un grand nombre d'incertitudes.

7. Les interdépendances disciplinaires. Le contentieux arbitral absorbe en grande partie le droit international des investissements dont les règles substantielles se fondent principalement sur des accords d'investissements. Or, d'autres normes extérieures « s'entremêlent³⁶ » et interviennent dans

³² CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Le Salvador*, aff. n°ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016.

³³ Parmi les nombreux écrits, voy. par ex. P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (ed.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984 ; A. MAHIOU et F. SNYDER (dir.), *La sécurité alimentaire - Food Security and Food Safety*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2006 ; J. BOURRINET et F. SNYDER, *La sécurité alimentaire dans l'Union européenne, Travaux du CERIC*, Bruylant, 2003 ; F. COLLART DUTILLEUL, *Le droit agroalimentaire en Europe, entre harmonisation et uniformisation*, in Indret, *Revista para el análisis del derecho*, disponible sur le site www.indret.com ; F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire*, Programme Lascaux, Inida, vol 1 en 2013 et vol 2 en 2014. ; F. COLLART DUTILLEUL, J.-P. BUGNICOURT (dir.), *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Larcier, 2013 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. NIHOUL, *Code de droit européen de l'alimentation*, Bruyant, 2012 ; F. COLLART DUTILLEUL et L. BOY, « La régulation communautaire et internationale des aliments », *Les dossiers de la RIDE*, ed Boeck, dossier n°1, 2007 ; G. PARENT (dir.), *Production et consommation durables : de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Actes du colloque international du CEDE, Québec, Yvon Blais ; S. MAHIEU, *Le droit de la société de l'alimentation, vers un nouveau modèle de maîtrise des risques alimentaires et technologiques en droit communautaire et international*, Larcier, 2007 ; OCDE, *Sécurité alimentaire mondiale, Défis pour le système agricole et agro-alimentaire*, Rapport OCDE, 2013 ; FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF, *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2017. Renforcer la résilience pour favoriser la paix et la sécurité alimentaire Rome*, Rapport FAO, 2017. Pour des exemples de thèses Voy. Par.ex. C. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Thèse, Bruylant, 2011 ; M.-A. NGO, *La qualité et la sécurité des produits agro-alimentaires, Approche juridique*, Thèse, Nice, L'Harmattan, 2006.

³⁴ Parmi les nombreux écrits, voy. par ex. Ch. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, 2017 ; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012 ; E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Vol 1, 2004 et Vol 2, 2009 ; C. KESSEDIAN et Ch. LEHEN (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, LGDJ, Panthéon-Assas, 2009 ; C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention : A Commentary : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, 2009 ; M. BUNDEBERG, J. GRISEL, S. HOBE et A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/hart/Nomos, 2015 ; J. CRAWFORD, R. D. BISHOP, W. M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes : Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2014 ; Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J. E. VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law : Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014 ; J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2015 ; J.-E. ALVAREZ (Ed.), *International Investment Law*, Leiden ; Boston : Brill/Nijhoff, 2017 ; Pour des exemples de thèses, Voy. par ex. S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, Thèse, Dijon, 1998 ; A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Thèse, Paris, 2014 ; O. DANIC, *L'émergence du droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse, Paris, 2012.

³⁵ Voy. par ex. en France : F. COLLART DUTILLEUL, « Investissements internationaux et accaparement des terres : la recherche d'un équilibre », in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire*, Programme Lascaux, Inida, vol, 2013, p. 83 ; S. MANCIAUX, « Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ? », *RIDE*, vol. t. xxvi, no. 4, 2012, pp. 49-62.

³⁶ P. JACOB, « La place des normes externes dans le contentieux de l'investissement », in S. ROBERT-CUENDET (dir.) *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruylant, 2017, p. 609.

la sphère des investissements internationaux poussant l'arbitre, malgré lui, à décider de leur degré d'intégration et de l'intensité de leur considération. D'une part, la sécurité alimentaire a rencontré à de multiples reprises les investissements internationaux avec plus ou moins de succès s'agissant de sa réalisation. D'autre part, le droit international de l'environnement, le droit international des droits de l'Homme, le droit international pénal, le droit international public, le droit du commerce international, demeurent autant de domaines juridiques susceptibles de croiser les investissements internationaux et de mettre en scène des problématiques associées à la sécurité alimentaire. La mutation d'un système asymétrique vers un système plus équilibré suggère des impulsions normatives dans l'architecture juridique internationale par une considération des interdépendances disciplinaires.

8. Définition de la sécurité alimentaire ³⁷. La Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire mondiale, lors du sommet mondial de l'alimentation de 1996 a précisé que celle-ci existe lorsque tous les êtres humains ont, à tout moment, un accès physique et économique à une nourriture suffisante, saine et nutritive leur permettant de satisfaire leurs besoins énergétiques et leurs préférences alimentaires pour mener une vie saine et active³⁸. Cette définition évolutive s'inspire de celle proposée par la Conférence mondiale de l'alimentation tenue en 1974³⁹ et réaffirme les objectifs en regard de la généralisation de l'insécurité alimentaire et du défaut de réalisation de ces derniers. La sécurité alimentaire vise autant le droit à l'alimentation que le droit à l'eau. Ce dernier consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun⁴⁰. La définition de 1996 a conforté les textes internationaux reconnaissant le droit à l'alimentation. La DUDH⁴¹ et le PIDESC⁴² ont consacré le droit à un niveau de vie suffisant⁴³ englobant le droit d'être à l'abri de la

³⁷ Pour une définition approfondie de la sécurité alimentaire. Voy. le texte de G. PARENT et S. MORALES in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Larcier, 2013, pp. 618-619.

³⁸ Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire mondiale, Sommet mondial de l'alimentation, 13 au 17 novembre 1996, Rome, Italie.

³⁹ La Conférence Mondiale de l'alimentation, regroupant différents gouvernements avait affirmé que « *Chaque homme, femme et enfant a le droit inaliénable d'avoir à manger et ne doit pas souffrir de malnutrition afin de se développer pleinement et de conserver ses facultés physiques et mentales* ».

⁴⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Vingt-neuvième session (2002), Observation générale n°15 : le droit à l'eau, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 116, §2 ; Voy. sur la question. P.-M. DUPUY, « Le droit à l'eau, un droit international ? », *EUI Working Paper Law*, n°2006/6, en ligne : <http://cadmus.iue.it>.

⁴¹ La Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948.

⁴² Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), adopté et ouvert à signature le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁴³ Article 25.1 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (DUDH) : 1. Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

faim et le droit à une nourriture suffisante. Preuve de son caractère évolutif, certains désirent ajouter à la définition celle de sécurité nutritionnelle. Cette dernière ne comprend pas seulement l'alimentation mais également « *les usages en matière de soins, de santé et d'hygiène*⁴⁴ ». L'affirmation que tout le monde a le droit à une alimentation semble facile⁴⁵. En effet, de nombreux textes et déclarations reconnaissent ce droit. Pourtant, sa mise en oeuvre recouvre de nombreuses difficultés.

9. Spécificité agricole. De manière générale, l'idée que les produits agricoles puissent ne pas être des produits comme les autres apparaît être relativisée dans la sphère des investissements internationaux. La spécificité agricole devrait naturellement tenir au caractère vital de ces derniers mais cette spécificité reste insuffisamment prise en compte dans les échanges commerciaux, notamment dans le cadre des négociations commerciales agricoles ayant eu lieu au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'effet « boule de neige » sur les investissements internationaux est palpable. Pourtant, la sphère non commerciale a saisi depuis fort longtemps la spécificité agricole. L'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a prévenu des risques liés à une insuffisance de prise en compte de la spécificité agricole par le système commercial. Ainsi, cette insuffisance de considération de la spécificité agricole contribue à renforcer sous toutes ces formes l'insécurité alimentaire dans les investissements internationaux.

10. Définitions incertaines de la notion d'investissement. « Incertaine⁴⁶ » et « introuvable⁴⁷ », la définition de l'investissement tourmente le droit international en demeurant obscure. Le caractère brumeux lié à la définition de l'investissement trouve son explication dans la volonté constante de conserver la flexibilité nécessaire au bon fonctionnement de la discipline. Mais bien que la flexibilité demeure fonctionnelle, « *l'inflation définitionnelle*⁴⁸ » rattachée à l'investissement international présente des risques quant à la lisibilité et la prévisibilité du droit. A l'origine, le droit des investissements internationaux s'est construit sous l'influence de droits fondamentaux, notamment les droits fondamentaux des étrangers, à travers le droit pour toute

⁴⁴ La sécurité nutritionnelle désigne « la situation dans laquelle on a à la fois un accès sans danger à une alimentation nutritive appropriée, d'une part, et, d'autre part, un environnement sanitaire et des services de santé et de soin adéquats, qui assurent une vie saine et active pour toute la famille ». Voy. Rapport FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF, *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2018. Renforcer la résilience face aux changements climatiques pour la sécurité alimentaire et la nutrition*. Rome, FAO, 2018, p. 175.

⁴⁵ H. THOLEN, in P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (ed.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 5.

⁴⁶ S. MANCIAUX, *CIRDI - Chronique des sentences arbitrales*, *Journal du droit international (Clunet)* n° 2, Avril 2011, chron. 5, §7.

⁴⁷ A. DE NANTEUIL, *Le droit international des investissements*, Pedone, 2017, p. 165.

⁴⁸ A. GILLES, *La définition de l'investissement international*, Thèse, Paris I, Larcier, 2012, p. 22.

personne d'exercer une activité économique⁴⁹. Sous l'angle de l'investisseur, le projet d'investir réside dans l'idée d'une « *pulsion créatrice*⁵⁰ », guidé par une volonté de succès et d'enrichissement personnel. Sous le prisme de l'État, l'objectif d'enrichissement perdure mais vise, en principe, le bien-être de sa population et le développement économique⁵¹. Au-delà des divers points de vue, chaque Etat apporte sa propre définition de l'investissement. Celles-ci vont être envisagées en fonction des buts visés et des instruments pris en considération. A l'échelle internationale, les différents termes pour appréhender la matière encadrant les investissements se rejoignent et démontrent une certaine autonomie de ce droit. Depuis ces dernières années, cet ensemble de règles devient une branche de droit et se retrouve à travers des appellations non définies comme droit des investissements internationaux ou droit des investissements étrangers. Bien que les termes de droit international des investissements soient retenus, cette étude ne porte pas sur les divergences sémantiques de l'appellation de la matière regroupant les règles applicables aux investissements internationaux. Le développement important des traités bilatéraux d'investissement a permis de faire émerger un droit international des investissements sans qu'un consensus autour de la notion d'investissement ne se dessine.

11. L'absence de consensus sur la notion d'investissement. La définition de l'investissement international et les conditions de caractérisation d'une situation comme relevant d'une opération d'investissement demeurent cruciales. De là découle l'ensemble des protections juridiques réservées aux droits des investisseurs. Malgré le développement et les succès du droit international des investissements, un consensus sur la définition et les conditions des investissements internationaux n'existe pas, tant parce qu'ils recouvrent des notions des plus diverses que par la multiplicité des approches dont ils font l'objet. La définition est caractérisée par une multiplicité d'expressions internes et internationales variant selon le domaine économique, comptable, ou encore juridique. La dimension économique permet d'avoir un socle de définitions enrichissant la matière et apparaît plus précise que la dimension juridique. Par exemple, la distinction entre l'investissement de

⁴⁹ D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Précis Dalloz, 5^e ed., 2013, p. 433.

⁵⁰ G. THULLIER et Y. GAILLARD, « Qu'est ce qu'un investissement ? », *Revue économique*, vol. 19, n° 4, 1968, p. 615 : « *L'investissement c'est aussi un besoin propre, c'est une pulsion créatrice, en même temps qu'un choix volontaire, reposant sur des idées rationnelles. Le projet d'investir par définition même, appartient à l'imaginaire. Dans la décision de l'entrepreneur, il existe, quels que soient les mobiles, une spéculation au sens étymologique du terme : l'entrepreneur se nourrit toujours peu ou prou de rêve, qu'il s'agisse de ses moyens financiers ou du succès technologique* ».

⁵¹ Voy. à ce sujet. S. LALANI and R. POLANCO LAZO (eds), *The role of the State in Investor-State Arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2015. La question centrale est de parvenir à équilibrer la nécessité de développement économique de l'État par la dynamique des investissements internationaux tout en ne compromettant pas avec ses valeurs sociales, telles que la protection de l'environnement, plus largement le respect des droits de l'Homme et plus spécifiquement concernant notre étude, la sécurité alimentaire.

portefeuille et l'investissement direct étranger n'existe pas dans les accords d'investissement⁵². S'agissant de la dimension juridique, la doctrine a largement contribué à l'éclaircissement de la notion d'investissement international⁵³. A ce titre, le Professeur Arnaud De Nanteuil a défini l'investissement comme « *l'engagement d'une somme d'argent sur une certaine durée aux fins de dégager un bénéfice ou un profit sous réserve du risque économique que présente naturellement une telle opération*⁵⁴ ». Pour autant, l'absence de consensus sur la notion d'investissement et la flexibilité nécessaire attachée aux investissements internationaux ne doivent pas autoriser une protection non désirée des opérations que les Etats souhaitaient préalablement exclure du champ d'application du traité.

12. Les tâtonnements jurisprudentiels. L'application du droit par les tribunaux arbitraux reste loin de constituer un corps homogène, l'existence d'une jurisprudence arbitrale propre à même fait l'objet d'oppositions⁵⁵. Pour autant, la jurisprudence arbitrale constitue une véritable source du

⁵² L'investissement direct peut être défini en fonction de sa qualité « d'intérêt durable », de cette façon l'investissement direct est « *un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie (« l'investisseur direct ») afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise (« l'entreprise d'investissement direct ») qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct* », in Rapport de l'OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 4^{éd.}, 2008, p. 17. L'investissement de portefeuille visent à investir dans des actions ou obligations d'entreprises, très souvent, l'investissement se fait à court terme dans le but d'obtenir un rendement élevé. Ces deux approches de l'investissement se différencie car l'une définit l'investissement « en fonction de l'entreprise » c'est l'investissement direct, et l'autre « en fonction des actifs », c'est l'investissement de portefeuille. Voy. OCDE, Rapport sur *la définition de l'investissement et de l'investisseur*, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), du 19 octobre 1995, p. 2.

⁵³ Voy. parmi une littérature abondante p. ex. J. ASMUS BISCHOFF and R. HAPP, « The Notion of Investment », in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE and A. REINISCH (eds), *International Investment Law*, Baden Baden Nomos, 2015, p. 495 ; J.-W. SALACUSE, *The Law of Investment treaties*, Oxford University Press, 2015, spec. pp. 1-45 ; E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » in J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, 2009, pp. 17-32 ; S. MANCIAUX, « The notion of Investment : New controverses », *Journal of World Investment and Trade*, n° 6, déc. 2008, n°4, pp. 443-466 ; P. KHAN, « Les investissements internationaux, nouvelles donnees, vers un droit transnational de l'investissements », in P. KAHN et T.-W. WALDE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden Nijhoff, 2007, spec. sur la définition de l'investissement pp. 17-31 ; J. MATRINGE, « La notion d'investissement » in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, pp. 135-160, 2015 ; F. YALA, « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS, et Mihaly) », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Nouveaux développements*, LGDJ, 2006, pp. 281-306.

⁵⁴ A. DE NANTEUIL, *Le droit international des investissements*, Pedone, 2017, p. 182.

⁵⁵ Voy. Par ex. parmi une littérature fournie sur la question : C. SCHREUER & M. WEINIGER, « A Doctrine of Precedent ? », in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (ss dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford UP, 2008, pp. 1188-1206 ; C. KESSEDJIAN, « To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration », in R. P. ALFORD & C. A. ROGERS (ss dir.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford UP, 2009, pp. 43-68 ; D. DI PIETRO, « The Use of Precedents in ICSID Arbitration : Regularity or Certainty ? », *International Arbitration Law Review*, 2007, pp. 92-103 ; Z. DOUGLAS, « Can a Doctrine of Precedent be Justified in Investment Treaty Arbitration ? », *ICSID Review : Foreign Investment Law Journal*, 2010/1, pp. 104-110 ; J. PAULSSON, « The Role of Precedent in Investment Arbitration », in K. Yannaca-Small (ss dir.), *Arbitration under International Investment Agreements : a Guide to the Key Issues*, Oxford UP, 2010, pp. 699-718.

droit international des investissements⁵⁶. Les tribunaux arbitraux d'investissement apparaissent « dynamiques » et de « créatifs serviteurs⁵⁷ » du droit international public. L'un de leurs principaux visages transparait sous l'égide du CIRDI⁵⁸. « Interprète incontournable de la norme internationale⁵⁹ », le CIRDI n'a pas défini dans sa convention la notion d'investissement, la logique étant de ne pas enfermer les investissements dans un cadre rigide, cette notion reposait alors sur une conception subjective. Chemin faisant, les tribunaux arbitraux ont dû appréhender la notion d'investissement.

13. Peu à peu, la volonté d'une approche objective est apparue. Il n'existe pas en la matière de cohérence. De façon progressive, un droit prétorien est en construction. Dans la célèbre affaire *Salini c. Maroc*⁶⁰, le tribunal arbitral a décidé que l'investissement reposait sur un apport, une certaine durée d'exécution, et une participation au risque de l'opération. Ces critères ont communément été désignés comme les critères Salini. Un quatrième critère a été souligné, le critère facultatif de contribution de l'investissement au développement économique de l'Etat d'accueil. Il a été repris certaines fois, mais de manière générale, l'idée n'a pas fait pas l'unanimité. Ceci étant, la conception Salini a eu une influence dans la sphère des investissements, et il n'était pas impensable de croire que la conception objective avait triomphé. Toutefois, dans l'affaire *Biwater Gauff c. Tanzanie*⁶¹, le tribunal arbitral a adopté une conception libérale de la définition en prenant de la distance avec le test Salini et en soulignant que même si les critères Salini n'étaient pas remplis, cela ne serait pas suffisant pour écarter la compétence du tribunal⁶². Dans l'affaire *Joy Mining c. Egypte*⁶³, les arbitres ont estimé que les parties n'avaient pas une liberté absolue. Les parties souhaitant donner compétence au CIRDI par le biais d'un contrat ou d'un traité qualifié d'investissement, ne le peuvent pas, toutes les fois où la compétence ne répondrait pas aux conditions telles que définies dans l'article 25 de la Convention CIRDI⁶⁴. Sous cet angle, seul le tribunal détient le pouvoir de se prononcer sur ce qu'est ou devrait être un investissement.

⁵⁶ M. AUDIT, « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, pp.119-134, 2015.

⁵⁷ A. DE NANTEUIL, « L'application du droit international public dans l'arbitrage transnational », *RGDIP*. 2014/1, p. 69.

⁵⁸ M. FORTEAU, « Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international ou l'un et l'autre à la fois ? », *Liber Amicorum J.P. COT*, Bruylant, 2009, pp. 95-129 ; O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements. Contribution des traités bilatéraux et de la jurisprudence du CIRDI*, thèse, Paris Nanterre, 2012.

⁵⁹ F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*. 2011/2, p. 460.

⁶⁰ CIRDI, *Salini c. Maroc*, aff. n° ARB/00/4, sentence du 23 juillet 2001.

⁶¹ CIRDI, *Biwater Gauff c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.

⁶² CIRDI, *Biwater Gauff c. Tanzanie*, *op. cit.*, § 318.

⁶³ CIRDI, *Joy Mining c. Egypte*, aff. n° ARB/03/1), sentence du 6 août 2004.

⁶⁴ Conventions et Règlement du CIRDI, avril 2006, voir article 25, Chapitre 2 « De la compétence du centre ».

14. Le foisonnement jurisprudentiel. D'autres sentences ont été au-delà des critères Salini, en ajoutant d'autres critères, comme celui de la bonne foi⁶⁵. Depuis, certaines sentences consacrent la conception objective⁶⁶, d'autres vont plus loin que les critères Salini et enfin, quelques affaires vont à contre sens⁶⁷. Dans *l'affaire Saba Fakes c. Turquie*⁶⁸, le tribunal a déclaré que le critère de développement économique constituait une conséquence souhaitée, mais incertaine. Ainsi, les controverses concernant la définition de l'investissement ont conduit les rédacteurs et signataires des traités à établir une référence à la définition de l'investissement dans le cadre du TBI applicable, partant, la liberté des parties peut être prise en considération⁶⁹. Néanmoins, cette liberté reste surveillée⁷⁰. Il ressort de ce foisonnement jurisprudentiel, une incertitude quant à la définition exacte de l'investissement. Le nombre de critères a évolué, et a été contredit à plusieurs reprises dans le cadre de la jurisprudence arbitrale.

15. L'épreuve. Le droit international des investissements ne cesse de mettre à l'épreuve la sécurité alimentaire. Sous toutes ses formes, celle-ci se voit malmenée et parfois acceptée par les investissements internationaux sans qu'une ligne cohérente se dessine. Il ne suffit pas de poser les règles de la sécurité alimentaire dans le droit international, encore faut-il en garantir le respect. De manière générale, la notion d'épreuve est susceptible d'être fondée sur un concept, l'idée d'un passage ou d'une étape à franchir. Dans la sociologie, la notion d'épreuve est marquée par une diversité de sources⁷¹ et l'épreuve de réalité est particulièrement intéressante concernant notre objet

⁶⁵ CIRDI, *Phoenix Action c. République tchèque*, aff. n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 142 et CIRDI, *RSM Production Corporation c. République centrafricaine*, ARB/07/02, décision sur la compétence et la responsabilité du 7 décembre 2010, § 58

⁶⁶ CIRDI, *Quiborax c. Bolivie*, aff. n° ARB/06/02, décision sur la compétence, 27 septembre 2012, § 217.

⁶⁷ CIRDI, *Consortium Groupement Lesi-Dipenta c/ Algérie*, aff. n° ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005 § 13 ; CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, aff. n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, § 110. Le § 111 précise que : « *The Tribunal is not convinced, on the other hand, that a contribution to the host State's economic development constitutes a criterion of an investment within the framework of the ICSID Convention. Those tribunals that have considered this element as a separate requirement for the definition of an investment, such as the Salini Tribunal, have mainly relied on the preamble to the ICSID Convention to support their conclusions. The present Tribunal observes that while the preamble refers to the "need for international cooperation for economic development," it would be excessive to attribute to this reference a meaning and function that is not obviously apparent from its wording. In the Tribunal's opinion, while the economic development of a host State is one of the proclaimed objectives of the ICSID Convention, this objective is not in and of itself an independent criterion for the definition of an investment. The promotion and protection of investments in host States is expected to contribute to their economic development. Such development is an expected consequence, not a separate requirement, of the investment projects carried out by a number of investors in the aggregate. Taken in isolation, certain individual investments might be useful to the State and to the investor itself; certain might not. Certain investments expected to be fruitful may turn out to be economic disasters. They do not fall, for that reason alone, outside the ambit of the concept of investment* ».

⁶⁸ CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, *op.cit.*, § 110.

⁶⁹ CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, § 311.

⁷⁰ CIRDI, *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, aff. n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 82 : « There are indeed some basic criteria and parties are not free to decide in BITs that anything – like a sale of goods or a dowry for example – is an investment. (...) ».

⁷¹ D. MARTUCCELLI, « Les deux voies de la notion d'épreuve en sociologie », *Sociologie*, vol. 6, no. 1, 2015, pp. 43-60. En sociologie, l'auteur distingue deux types d'épreuves permettant de saisir les entrailles d'une notion complexe et

d'étude. Elle est développée par le sociologue Luc Boltanski qui l'a décrit comme ayant « *un effet perturbateur, soit en dévoilant des contradictions entre différentes formes d'expressions normatives, soit en portant au jour des dimensions que l'on pourrait dire oubliées de la réalité*⁷² ». Sous ce prisme, l'auteur précise qu'il s'agit de remettre en cause l'absence de conformité d'une épreuve dans des circonstances particulières mais aussi de révéler des incohérences, de démontrer la nécessité d'obtenir un compromis pour apaiser une relation ou estomper des tensions⁷³. Ainsi comprise et transposée à notre objet d'étude, l'acceptation de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements internationaux correspond bel et bien à une épreuve et sa mobilisation permet de saisir l'inadaptation du concept de sécurité alimentaire dans le droit international des investissements.

16. L'inadaptation du format d'épreuve. Le « format d'épreuve⁷⁴ » proposé à la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements apparaît inadapté et forcément charpenté à l'effigie de l'investissement international, de sorte que cette dernière aura les plus grandes difficultés à s'imposer dans un espace ou rien n'a été pensé pour elle. L'objectif consiste à rechercher les moyens appropriés permettant à la sécurité alimentaire de réussir à coup sûr son examen d'entrée dans la sphère des investissements internationaux. Une position isolée des investissements internationaux et réfractaires aux normes alimentaires empêchera l'avènement d'un système équilibré. D'ailleurs, ces derniers ne sont pas imperméables à la sécurité alimentaire, en revanche, les outils de protection alimentaire n'apparaissent pas suffisamment taillés en vue d'affronter le monde de l'investissement international. Les épreuves soumises à la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements laissent tout d'abord transparaître la complexité de l'intégration de la norme alimentaire dans la sphère des investissements internationaux. En effet, cette dernière est confrontée à une série d'épreuves dont dépend sa concrétisation. Lorsque des situations mettent en jeu la sécurité alimentaire et viennent perturber le droit international des investissements, le juriste est voué à appréhender une réalité nouvelle qui révèle souvent l'absence de réponses juridiques construites et fiables. Si ces hypothèses rappellent que les règles attachées à la sécurité alimentaire n'ont pas été conçues pour s'emboîter avec les règles des investissements internationaux, la cohabitation des deux disciplines, loin jusqu'alors de se manifester sans heurts, devrait certainement passer par une construction nouvelle des rapports normatifs entre des disciplines dont les interactions ne font que se généraliser.

diversement utilisée. L'épreuve « sanction », reliée à l'expérimentation vise à « trancher une controverse » tandis que l'épreuve « défi » désigne un ensemble de mises à l'épreuve.

⁷² L. BOLTANSKI, *De la critique, Précis de sociologie de l'émancipation*, Gallimard, 2009, p. 161.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ L'expression est de Luc Boltanski, *op. cit.*, p. 14 et p. 59.

17. Investissements positifs et investissements négatifs. Il peut être satisfaisant de penser que les investissements négatifs - c'est-à-dire ceux ne contribuant pas au développement du pays ou portant atteinte à son développement - devraient être neutralisés dès lors qu'ils ne sont pas conformes au droit de l'Etat d'accueil. Pour autant, cette qualification n'apparaît pas toujours aisée à mettre en œuvre. La condition de contribution au développement de l'Etat d'accueil comme condition d'admission d'un investissement conduit à s'interroger sur le sens et la fonction des investissements internationaux. Prenons l'exemple d'un investissement générateur d'un grand nombre d'emplois dans un Etat mais dans le même temps polluant massivement les sols et les eaux d'une région. L'opération d'investissement répond à l'ensemble des conditions classiques d'un investissement (apport, durée, risque) et à la condition controversée de contribution au développement de l'Etat d'accueil par le biais de la création d'emploi. En revanche, il a dans le même temps un effet négatif par la gravité de la pollution engendrée. Cet investissement répond à l'ensemble des conditions nécessaires à sa caractérisation et donc à l'obtention de la protection offerte aux investisseurs malgré son irrégularité environnementale. C'est ainsi qu'un investissement régulier peut conduire à des effets négatifs et un investissement irrégulier à des effets positifs.

Sous l'angle de la contribution au développement de l'Etat d'accueil, il importe peu que l'investisseur parvienne à réaliser cette condition. En revanche, toutes les conditions devraient être réunies en vue d'atteindre cet objectif. Rien n'indique qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Dans certaines situations, l'opération d'investissement enrichit d'une part l'investisseur et d'autre part ne contribue en aucun cas au développement du pays. C'est le cas d'une opération où la société produit des denrées alimentaires dans un pays mais exporte sans payer l'impôt et sans embaucher des travailleurs de l'Etat d'accueil. Quel est l'intérêt pour l'Etat d'admettre de telles opérations ? Dans cette hypothèse, l'investissement n'a pas de raison d'exister et ne présente aucun intérêt pour l'Etat. Dès lors, serait-il envisageable d'annuler l'acte ou de neutraliser l'opération ? Est-ce une voie souhaitable et quels sont les obstacles ? L'étude contribuera à répondre à ces questions en vue de rechercher des voies de rééquilibrage entre les droits alimentaires et les droits des investisseurs. Partant, l'investissement constitue une nécessité du développement susceptible de se transformer en opération dangereuse si son champ ne demeure pas convenablement encadré.

18. Les formes d'insécurité alimentaire dans la pratique des investissements internationaux. L'insécurité alimentaire est multiforme⁷⁵. Elle intéresse chaque individu et chaque

⁷⁵ F. COLLART DUTILLEUL, « Les voies d'amélioration de la sécurité alimentaire dans un contexte de mondialisation du commerce », in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire* (vol. I), Inida (Costa Rica), 2013. p. 214.

État sur tous les continents avec des difficultés quantitatives et qualitatives protéiformes : l'application des normes sanitaires, l'accès à la terre et aux ressources, la malnutrition, les pénuries alimentaires, le respect de l'alimentation culturelle jusqu'aux luttes pour l'application des normes protectrices de l'environnement. Les investissements internationaux sont confrontés à de multiples formes d'insécurité alimentaire qui jusqu'alors n'ont pas été référencées. Il convient de garder à l'esprit que la sécurité alimentaire demeure une finalité. Le Professeur François Collart Dutilleul a précisé que « *la sécurité alimentaire constitue un objectif de fait. L'objectif de droit, quant à lui, c'est la souveraineté, entendue dans le sens que lui imprime l'Histoire et qui concourt à la restauration d'un espace juridique pour la mise en œuvre des politiques publiques, dont celle de sécurité alimentaire*⁷⁶ ». Dans le cadre des investissements internationaux, le caractère multiforme de l'insécurité alimentaire demeure. Toutefois, il est envisageable de tracer quatre grandes lignes spécifiques aux interactions entre ces deux disciplines. Pour ce faire, la mise en place de critères d'identification du risque alimentaire apparaît une voie intéressante. L'étude de ces quatre critères révélera systématiquement que l'espace juridique nécessaire à la mise en œuvre de la sécurité alimentaire reste insuffisant dans le champ des investissements internationaux.

19. Critères d'identification du risque alimentaire dans la pratique des investissements internationaux. L'appréhension de la diversité des formes d'insécurité alimentaire dans la sphère des investissements internationaux est proposée sur le fondement de critères. Il s'agit d'identifier le risque alimentaire et d'entrevoir ce dernier à travers quatre critères adaptés à l'appréhension des croisements de la sécurité alimentaire avec le droit international des investissements. La sécurité alimentaire repose sur quatre composantes traditionnelles : la disponibilité, l'accessibilité, la stabilité et l'utilisation⁷⁷. Mais en réalité, les composantes et les finalités de la sécurité alimentaire ne sont pas si aisées à identifier si l'on entend saisir les difficultés que les interactions de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux génèrent. Le droit à une alimentation adéquate se fonde sur l'objectif de disponibilité des denrées. La disponibilité est donc une finalité et comporte deux dimensions, une dimension quantitative et une dimension qualitative. Les deux moyens principaux pour parvenir à la disponibilité quantitative demeurent la garantie d'un droit d'accès physique et économique à l'alimentation et un droit à la répartition équitable des aliments. La disponibilité quantitative ne suffit pas à garantir la sécurité alimentaire. La proposition d'un aliment non autorisé à une personne en raison de pratiques culturelles ou religieuses répond aux impératifs de la

⁷⁶ F. COLLART DUTILLEUL, « La première étape d'une longue marche vers un droit spécial de la sécurité alimentaire » in *Pour un droit économique de l'environnement*, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Frison-Roche, 2013, p. 131.

⁷⁷ Rapport FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF, *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2018. Renforcer la résilience face aux changements climatiques pour la sécurité alimentaire et la nutrition*. Rome, FAO, 2018, p. 175.

disponibilité quantitative sans pour autant respecter le droit à une alimentation adéquate. Dès lors, il convient de garantir une disponibilité qualitative par deux moyens : le droit à une alimentation culturellement acceptable et le droit à une alimentation durable. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'étude de la jurisprudence, des lois, et des situations portant sur les interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements fait ressortir quatre critères indicateurs d'un risque d'insécurité alimentaire : 1°) le critère de la répartition équitable ; 2°) le critère d'accessibilité ; 3°) le critère culturel ; 4°) le critère de durabilité. Ces quatre critères spécifiquement adaptés à la relation entre la sécurité alimentaire et les investissements révèlent que si l'un d'entre eux n'est pas respecté, nous sommes dans une hypothèse d'insécurité alimentaire.

§2. Le prisme des conflits de normes⁷⁸

20. Les mutations imposées par la mondialisation poussent à inventer de nouvelles protections dans le contexte d'un droit et d'une économie devenue globale. Pour autant, les tentatives d'évitement d'un désordre normatif peuvent s'avérer inopérantes. Une situation peut générer la mobilisation de plusieurs droits dans des espaces temporels et spatiaux distincts par un ou plusieurs acteurs⁷⁹. La mondialisation fait émerger de nouvelles normativités et est susceptible de conforter la nécessité de l'adoption d'une conception pluraliste du droit moderne⁸⁰, voire de la dépasser⁸¹. L'émergence de théories contemporaines confirmant celle du pluralisme juridique⁸² en réponse aux insuffisances du

⁷⁸ La norme juridique désigne « l'énoncé sous forme de langage, incorporé à un ordre juridique et dont l'objet est soit de prescrire à des sujets de droit une obligation de faire, soit d'accorder à ces sujets des autorisations de faire ou de ne pas faire, soit d'habiliter des organes de l'ordre juridique à exercer certains pouvoirs selon une certaine procédure » in J. SALMON (dir.) *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, p. 752 ; D'autres rappellent que « les normes juridiques, règles de conduite à valeur obligatoire, quels qu'en soient la source ou l'objet, ne sont qu'une variété particulière de normes parmi bien d'autres telles que les normes religieuses, morales de mœurs ou techniques », J.-L. BERGEL, Préface, in C. THIBIERGE et alii, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 17.

⁷⁹ J.-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen ; approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Dalloz, 2013.

⁸⁰ Voy. p.ex : K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2^e éd, 2015.

⁸¹ L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR, *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011, spec. pp. 419-496 sur les voies éventuelles d'un dépassement du pluralisme.

⁸² S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Réimpression de la 2^e édition de 1975, Dalloz, 2002 ; J.-S. BERGÉ, *Les ordres juridiques*, Dalloz, 2015 ; B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, L.G.D.J., 2016. Pour un droit entre les ordres juridiques, voy. spec. A. ONDOUA et K. ABDEREMANE (coll.), *Entre les ordres juridiques : Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, L.G.D.J., 2016.

normativisme⁸³ renseigne sur le besoin d'un souffle nouveau⁸⁴: « le droit en réseau⁸⁵ », « le droit global⁸⁶ », « le droit souple⁸⁷ », « le pluralisme ordonné⁸⁸ » et « le fait de circulation internationale⁸⁹ » constituent des approches qui mettent en lumière une volonté de penser le droit autrement. Pour autant, certains considèrent que jusqu'alors « *le normativisme peut encore acquérir des parts de marché* »⁹⁰, tandis que d'autres ont mis en exergue les fragilités des théories du pluralisme juridique⁹¹. Sous le prisme de notre étude, de nouveaux curseurs, accompagnés de contre-pouvoirs, devraient émerger si l'on entend répondre aux défis posés par les interactions entre les investissements internationaux et la sécurité alimentaire. Les contradictions normatives foisonnent dans le système juridique international, de sorte que la norme x est susceptible de s'opposer à la norme y. Cela importe peu tant qu'elles ne se rencontrent pas, et que chaque norme reste attachée à un ordre juridique ou un espace normatif déterminé. Or, la mondialisation, porteuse de connexions normatives nécessite de penser le droit par des approches renouvelées. La hiérarchie des normes n'existe pas en droit international. Quoi qu'il en soit, elle révèle ses limites face au renouvellement des expériences sociales, sans parfois apporter de solutions à un système complexe, en mouvement, par lequel des normes s'entrechoquent de manière imprévue. De fait, les conflits de normes émergent dans un espace mondial dépourvu de « boussole »⁹², certaines normes ne sont rattachées à aucune protection satisfaisante renseignant ainsi sur les déséquilibres susceptibles de se démultiplier.

⁸³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd. par Charles Eisenmann, L.G.D.J., 1999.

⁸⁴ X. MAGNON, « Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 455-470.

⁸⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Université Saint-Louis Bruxelles, 2010.

⁸⁶ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp. 17-48 ; B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global, L'économie de marché est-elle juste ?*, Académie Royale de Belgique, 2014 ; C. BRICTEUX, B. FRYDMAN, *Les défis du droit global*, Bruylant, 2018 ; J.-B. RACINE, « Approches de droit global », *JDI*, 2019/3, pp. 665-693.

⁸⁷ Voy. p.ex. de manière non exhaustive : Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Journées nationales Tome XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009 ; Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, 2013 ; S. CASSELLA, V. LASSERRE et B. LECOURT (dir.), *Le droit souple démasqué, Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Pedone, 2018 ; P. DEUMIER et J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018.

⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les Forces imaginantes du droit*, Tome 2, Seuil, 2006.

⁸⁹ J.-S. BERGÉ, « Le fait de circulation internationale : la méthode du juriste en question », *JDI*, 2016/1.

⁹⁰ X. MAGNON, *opt. cit.*, p. 470 ; Voy. pour une critique : P. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné » in J.-B. AUBY, (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010, pp. 195-213.

⁹¹ B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique, Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., Tome 1, 2017.

⁹² M. DELMAS-MARTY, *Aux quatre vents du monde, Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016. L'auteur propose un guide de navigation et une boussole dans le contexte mondialisé. Elle pousse à mobiliser les forces imaginantes du droit afin de trouver de nouvelles réponses face aux difficultés générées par la mondialisation.

21. Des anomalies juridiques. Le conflit entre des normes constitue une anomalie juridique, son apparition régulière renseigne sur les défaillances normatives et l'essoufflement d'un système. Les difficultés d'articulations juridictionnelles et normatives perdurent dans l'espace du droit international des investissements. Ces dernières se trouvent renforcées lors des interactions entre les investissements internationaux et la sécurité alimentaire, c'est-à-dire au contact de normes auxquelles les investissements internationaux apparaissent traditionnellement imperméables. Les conflits de normes ne sont pas appréhendés explicitement dans le droit international des investissements ce qui peut rendre la tâche de leur identification ardue. Les tribunaux rechercheront à déterminer la loi applicable sans nommer la situation comme relevant d'un conflit de normes et appliqueront parfois des techniques d'interprétation destinées à apporter une solution. Les difficultés d'interprétation ne demeurent pas de toute évidence inhérentes au droit international des investissements ni à notre époque⁹³. Elles contribuent à renforcer les contradictions par un foisonnement interprétatif. L'émergence des conflits de normes est un reflet des tensions entre les investissements internationaux et la sécurité alimentaire. Ils révèlent les déséquilibres procéduraux et substantiels générés dans le droit international des investissements entre la liberté normative des États, les droits des investisseurs et les droits des victimes d'insécurité alimentaire. Ces déséquilibres renseignent de manière générale sur le rejet des accords de promotion et de protection des investissements internationaux et la crise traversée par le droit international des investissements⁹⁴.

22. En 2017, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a envisagé une réforme du système de règlement des différends investisseurs-États (RDIE). Dans cette optique, elle a chargé le groupe de travail III d'examiner les préoccupations relatives au RDIE, de se prononcer sur le bien-fondé d'une éventuelle réforme, puis, dans l'hypothèse d'une réforme, de se pencher sur des solutions⁹⁵. Il en est ressorti qu'une refonte s'avérait souhaitable sur les quatre thèmes suivant⁹⁶ : 1°) Le manque d'uniformité, de cohérence, de

⁹³ G. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*. t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1919 ; Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, Paris, 1963.

⁹⁴ S. ROBERT-CUENDET, « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », *RGDIP*. 2016/3, pp. 545-578 ; M. SORNARAJAH, « A Coming Crisis : Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration », in K. SAUVANT (ed.), *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, pp. 39-45 ; UNCTAD, *Reforming Investment Dispute Settlement: a Stocktaking*, International Investment Agreements Issues Notes, March 2019 ; UNCTAD, *Reform Package for the International Investment Regime*, New York and Geneva, UN, 2018.

⁹⁵ Rapport CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session, Vienne, 27 novembre-1^{er} décembre 2017, A/CN.9/930/Rev.1, spec. p. 5.

⁹⁶ Voy. sur ce point : CNUDCI, Note du Secrétariat portant sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) en vue de la trente-huitième session, Vienne, 14-18 octobre 2019, Groupe de travail III, A/CN.9/WG.III./WP.166, le 30 juillet 2019.

prévisibilité et de rectitude des décisions arbitrales des tribunaux tranchant des affaires de RDIE. 2°) La situation des arbitres et décideurs juridiques. Par exemple, il a été mis en avant le manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité. 3°) Le coût et la durée des procédures de RDIE. 4°) Le financement par des tiers. Lors des échanges, il a été soulevé l'importance des préoccupations relatives aux normes de fond dans les accords d'investissements⁹⁷. Mais le Groupe de travail a eu l'occasion de préciser que son mandat visait à s'intéresser à une éventuelle réforme RDIE et non à une réforme sur les normes de fond⁹⁸. Pour autant, les carences normatives et l'insuffisance de prévention des conflits de normes contribuent à renforcer les contrariétés de décisions et maintiennent parfois l'assujettissement des États à des obligations contradictoires.

23. Conflits de normes, conflits de légitimité et concours de droits. Polysémique, la notion de conflits de normes est susceptible de désigner différentes situations. Premièrement, le conflit normatif dans cette étude vise les normes contradictoires entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. La norme x du régime de la sécurité alimentaire entre en contradiction avec la norme y du régime du droit international des investissements. Dans cette hypothèse, l'identification du conflit est aisée puisqu'il saute aux yeux. Deuxièmement, une opposition entre le droit de l'Homme à l'alimentation et le droit de propriété des investisseurs est observable. Dans cette situation, il semblerait que nous soyons davantage dans un concours de droits, qui reste consubstantiel aux conflits normatifs entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Les circonstances montrent que lorsque la norme alimentaire x s'oppose à la norme de protection d'investissement y, en toile de fond, le droit à l'alimentation entre en concurrence avec les droits de propriété des investisseurs. Troisièmement, une norme nationale est susceptible d'entrer en opposition avec une norme internationale. C'est l'hypothèse selon laquelle une mesure interne reposant sur une considération alimentaire distincte d'une obligation relevant du régime international de la sécurité alimentaire peut s'opposer à une obligation contenue dans le droit international des investissements. Cette circonstance est qualifiée par certains de *conflit de légitimité*, l'État entend légitimer l'atteinte portée aux droits des investisseurs « *sans pour autant affirmer qu'il était obligé d'adopter tel ou tel comportement*⁹⁹ ». Partant, selon cette approche, il conviendrait de distinguer le

⁹⁷ Rapport CNUDCI, Groupe de travail III sur les travaux de sa trente-septième session, New York, 1^{er}-5 avril 2019, A/CN.9/970, spec. p. 7.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ J.-E. VINUALES, « The environmental regulation of foreign investment schemes under international law », in P.-M. DUPUY and J.-E. VINUALES, (ed.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguard*, Cambridge University Press, 2013, spec. pp 275-278 ; J.-E. VINUALES, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements » in S.F.D.I., *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 413. Pour l'auteur, dans l'hypothèse du conflit de légitimité, « *l'État cherche à justifier une mesure contraire aux intérêts d'un investisseur étranger en se référant à une norme environnementale*

conflit de légitimité du conflit normatif même si les deux situations ne sont pas exclusives l'une de l'autre.

24. Définitions des conflits de normes. La thèse prétend que la norme alimentaire est susceptible d'entrer en conflit avec la norme liée à l'investissement. Il apparaît donc nécessaire de clarifier les termes de conflits de normes en vue de vérifier cette affirmation. Certains préféreront nommer ces situations par d'autres termes ou comme correspondant à des tensions. L'usage des termes « contradiction¹⁰⁰ », « opposition¹⁰¹ », « antinomie¹⁰² », « contrariété¹⁰³ », témoigne des incertitudes et de l'absence de définition précise des conflits de normes. Hans Kelsen a reconnu que des organes juridiques peuvent poser des normes par lesquelles il y aurait conflit, c'est-à-dire « lorsqu'une de ces normes dispose qu'une certaine conduite doit avoir lieu, alors que l'autre dispose que doit avoir lieu une conduite inconciliable¹⁰⁴ ». Un conflit normatif pourrait donc se caractériser dès lors que « deux ou plusieurs normes imposent des obligations qu'il est impossible de satisfaire simultanément¹⁰⁵ », peu importe les motivations ou les justifications. De son côté, le dictionnaire du droit international public définit le conflit de normes comme « une situation créée par deux règles juridiques contradictoires, simultanément applicables à une situation concrète¹⁰⁶ ». Dans une approche extensive, certains estiment que les conflits de normes se reconnaissent dès lors que le respect d'une norme conduit à la violation d'une autre¹⁰⁷. Dans cette étude, la présence d'un conflit de normes est reconnaissable dès lors qu'il est constaté :

- l'existence de normes contradictoires applicables simultanément à une même situation ;

internationale, sans pour autant affirmer qu'il était obligé d'adopter tel ou tel comportement. Il s'agit alors d'un conflit de légitimité ou de justification, plutôt que d'un conflit normatif ». Une situation pouvant parfaitement relever des deux conflits lorsque les États « invoquent, en même temps, leurs obligations internationales et leur réglementation environnementale interne pour justifier les mesures ».

¹⁰⁰ W. BEN HAMIDA et F. COULÉE, (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse*, Pedone, 2017; R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, pp. 575-610 : Les autres utilisent l'expression contradiction en vue de désigner ce qui correspond à des conflits normatifs dans cette étude.

¹⁰¹ A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, Lyon, 1975.

¹⁰² Ch. PERELMAN, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.

¹⁰³ C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, Thèse, Paris, LGDJ, 2012, p. 5 ; Voy. aussi sur cette question : F. MANTILLA-SERRANO, « La contrariété de décisions dans l'arbitrage d'investissement: risques et conséquences », in B. DARMOIS et E. GLUCKSMANN (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 30.

¹⁰⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd. par Charles Eisenmann, L.G.D.J., 1999, p. 206.

¹⁰⁵ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p. 68.

¹⁰⁶ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 234.

¹⁰⁷ Voy. sur ce point : J.-M. THOUVENIN, « OMC et conflits de normes, le regard de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET, ET J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, 2011, p. 31 ; E. VRANES, « The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory », *EJIL*, vol. 17, n°2, 2006, pp. 395-418, spec. p. 418, selon l'auteur : « There is a conflict between norms, one of which may be permissive, if in obeying or applying one norm, the other norm is necessarily or potentially violated » ; R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, pp. 575-610. Les auteurs emploient le terme de contradiction.

- l'assujettissement à des obligations contradictoires générant la violation d'une norme par l'application d'une autre ;
- et l'absence de règle de priorité normative (ex: hiérarchie des normes).

25. Le conflit entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement ne s'avère pas systématique¹⁰⁸. A l'origine, il n'existe pas d'incompatibilité de principe voulue. Néanmoins, l'analyse des deux normes révèle que leur mode de conception et leurs finalités distinctes demeurent si éloignées qu'il apparaît parfois difficile dans leur mise en œuvre de les relier. Dans certaines circonstances, l'Etat est confronté à des obligations contradictoires en vertu d'un instrument relatif au droit à l'alimentation et d'un instrument relatif à la protection des investissements. C'est cette situation que nous entendons analyser. Le conflit est susceptible d'intervenir entre des normes de droit interne. Le conflit peut aussi s'identifier entre des normes de droit international ou une norme de droit interne et une norme de droit international. Dans l'arbitrage d'investissement, ces deux dernières sources appartiennent au même rang et leur articulation reste appréciée par l'arbitre en l'absence de hiérarchie prévue¹⁰⁹.

26. Hypothèses. L'analyse des rapports de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux sous le prisme des conflits normatifs permet de révéler les déséquilibres substantiels dans leur relation et la généralisation des risques alimentaires parfois difficilement identifiables dans le droit international des investissements. A partir de cet état des lieux, il apparaît qu'un rééquilibrage des normes et des responsabilités pourrait contribuer à un rééquilibrage de l'intérêt public alimentaire et de l'intérêt privé économique. Nous proposons de mettre en place une grille de lecture permettant au juge d'identifier le risque alimentaire et d'opérer à un examen de proportionnalité sur le fondement de critères adaptés aux enjeux de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux lorsque les normes entrent en conflit. Pour ce faire, il faut tout d'abord admettre et saisir l'existence des conflits de normes entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Il convient donc de les identifier et de déterminer leurs modes de formation. Serait-il envisageable de les éviter, de les réduire ou de les corriger ? Ensuite, il apparaît que les techniques classiques de résolution des conflits de normes soient inopérantes. Dès lors, il serait intéressant d'analyser la pertinence de la

¹⁰⁸ Voy. E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, CUP, Version numérique Kindle, 2014, p. 136.

¹⁰⁹ Par exemple, la Convention de Washington ne prévoit aucun cumul entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international. Art. 42 (1) « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière ». Voy. D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur les traités d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet, Lexis Nexis, 2013, p. 20.

technique de la proportionnalité en vue de résoudre de tels conflits. Néanmoins, avant de prétendre à l'usage d'un tel procédé, des correctifs ex ante devraient être envisagés. Il apparaît qu'un rehaussement de la norme alimentaire et qu'une refonte des responsabilités demeurent inévitable. Une fois la norme et la responsabilité alimentaire traitées, l'étape de la résolution du conflit n'en est pas pour autant accomplie. En revanche, le juge détient un dispositif normatif plus équilibré. De cette manière, le juge intervenant dans l'hypothèse d'un conflit de normes ne tranchera pas en présence de normes et de responsabilités asymétriques. Une fois cette bascule normative appréhendée, il conviendra de mesurer si le principe de proportionnalité est susceptible de contribuer à la résolution des conflits de normes entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux.

27. Délimitation du sujet. La réglementation des investissements internationaux peut constituer un frein ou un stimulant à la sécurité alimentaire. Ces dernières années, les rencontres de ces deux disciplines se sont multipliées à l'intérieur et à l'extérieur du droit international des investissements. L'étude s'intéressera principalement aux jonctions dans le domaine du droit international des investissements et particulièrement dans l'arbitrage d'investissement constituant le mode de règlement commun des différends dans ce domaine. Les analyses s'intéressent donc essentiellement aux interactions dans le contentieux du droit international des investissements, même si parfois, une sortie, hors de cet espace, s'avère nécessaire pour mieux revenir et saisir la nature des relations entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. C'est le cas lors de l'observation des investissements agricoles à grande échelle qui feront l'objet d'une analyse à l'intérieur du droit international des investissements sur la base d'une étude de cas portée devant le CIRDI mais impose aussi une appréhension à l'extérieur de cet espace comme « *un phénomène*¹¹⁰ » que le droit ne parvient pas à saisir dans sa globalité. Les situations observées par l'entrée des conflits de normes révèlent les déséquilibres normatifs et les risques alimentaires à l'appui des affaires portées devant le juge de l'investissement. De sorte que ce sont les règles du droit des investissements qui sont appliquées à des situations relevant de la sécurité alimentaire. Or, il n'existe aucune garantie que l'arbitre, juge des parties, se comporte en garant de la sécurité alimentaire. Il ne s'agit pas de sa mission. En revanche, il demeure un témoin privilégié des contradictions qui sommeillent entre les deux disciples et aboutissent à une généralisation des risques alimentaires.

¹¹⁰ J.-S. BERGÉ, « Quelle approche des phénomènes par le droit ? Le cas de la circulation totale au-delà du contrôle », *D.* 2017. 2546

28. Critiques. La résolution des conflits normatifs par les techniques connues suppose l'application d'une norme au profit ou en défaveur d'une autre¹¹¹. La solution reste à l'appréciation du juge, souvent privé. La prééminence de la norme alimentaire sur la norme de protection des investissements permettrait une garantie indéfectible de la sécurité alimentaire dans les investissements. Or, il n'en est rien en l'absence de hiérarchie expresse entre les normes. Au contraire, les droits des investisseurs sont susceptibles d'être choisis au détriment de la norme alimentaire. Ce phénomène demeure certainement accentué en raison du lieu de rencontre des deux disciplines lorsqu'un contentieux est observé qui intervient dans le champ du droit international des investissements, souvent devant les tribunaux arbitraux d'investissement et dont la réception de normes extérieures ne s'avère pas aisée.

29. Intérêt du sujet. L'intérêt porte sur l'articulation du droit de réglementation alimentaire des Etats et le droit des investisseurs d'obtenir des garanties protectrices de leurs investissements. En effet, les Etats, qui accueillent des investissements sur leur territoire, désirent garder le contrôle de leur liberté normative et de leur souveraineté. Dans le même temps, certaines opérations d'investissements menacent le droit de réglementation des Etats par la mise en oeuvre simultanée des droits des investisseurs. L'étude s'inscrit donc dans « *l'objectif d'équilibre (ou plutôt de rééquilibrage) entre le droit des États et les droits des investisseurs*¹¹² ». Une norme alimentaire est susceptible d'entrer en contradiction avec une norme liée aux investissements internationaux imposant à l'Etat des obligations contradictoires. Cela conduit à s'interroger sur la préservation véritable de l'intérêt public alimentaire et sa capacité à s'intégrer dans le modèle de règlement des différends adopté par les investissements internationaux¹¹³.

30. Croire qu'il suffit dans l'hypothèse d'une expropriation de réparer le préjudice par une indemnisation afin de résoudre les difficultés constitue un trompe-l'oeil. C'est une voie de rééquilibrage qui devrait prendre effet à côté d'autres. Cela ne garantit en aucun cas une sécurité alimentaire pleine et entière notamment en raison de la faiblesse de la norme alimentaire dans l'espace des investissements internationaux. En effet, lorsque l'on souhaite garantir la sécurité alimentaire par

¹¹¹ H. RUIZ FABRI, L. GRADONI et Groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice. France. (Dir.), *Émergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation, Rapport final*, UMR de droit comparé, Université Paris 1 2008, p. 5.

¹¹² M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI*, Pedone, 2017, p. 304. Pour l'auteur, l'intégration d'obligations à la charge des investisseurs dans les accords d'investissements est susceptible de conduire à la réalisation de « l'objectif d'équilibre ».

¹¹³ Voy. De manière générale N. HACHEZ and J. WOUTERS, « International Investment Dispute Settlement in the 21st Century : Does the Preservation of the Public Interest Require an Alternative to the Arbitral Model ? » in F. BAETENS(ed.), *Investment Law within International Law : Integrationists Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, p. 417.

la mise en oeuvre de politique publique et l'indemnisation en cas d'atteintes aux droits des investisseurs, encore faut-il être en mesure d'identifier les situations d'insécurité alimentaire et les risques alimentaires justifiant l'atteinte aux droits des investisseurs. Partant, il s'agit de détecter le moment où l'investisseur doit être indemnisé en raison d'une atteinte à ses droits. A quel moment l'atteinte en vertu de la sécurité alimentaire peut-elle être admise ? L'identification des conflits de normes, sans procéder à un rééquilibrage entre le droit de réglementation des États et le droit de propriété des investisseurs ne permet pas de résoudre les difficultés relatives à l'insécurité alimentaire dans le droit international des investissements. Aussi, les conflits de normes, révélateurs des déséquilibres normatifs et porteurs de risques alimentaires doivent être identifiés avant d'envisager des voies de résolution des conflits. Il apparaît que la solution privilégiée passera par un rééquilibrage à deux niveaux : le rééquilibrage des normes et le rééquilibrage des responsabilités. Il s'agit de mobiliser les outils juridiques aux fins d'une véritable mise en oeuvre de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements. Pour l'heure, l'architecture internationale des investissements reste insuffisante. Dès lors, par les voies de rééquilibrage empruntées et le principe de proportionnalité proposé au nom de ses vertus normatives résolutoires, le juge pourrait être orienté et parfois bénéficier d'un outillage juridique sur lequel s'appuyer, lorsqu'il est amené à trancher un litige où l'intérêt alimentaire entre en contradiction avec les droits de propriété de l'investisseur.

§3. La permanence du phénomène

31. Les conflits de normes, inhérents à tout ordre juridique, semblent se généraliser entre la sécurité alimentaire et les investissements. C'est parce que ce phénomène perdure qu'il convient de ne pas le sous-estimer. Les conflits de normes sont le produit des insuffisances de l'ordre juridique international. Plus particulièrement, les conflits de normes entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux s'avèrent souvent ignorés dans l'ordre juridique international. Pourtant, ils reflètent son dysfonctionnement. Ainsi, par « *l'usage de la notion d'ordre juridique, en l'occurrence international* », il s'agit de saisir la façon dont « *un système organisé sinon toujours formalisé entre un ensemble de normes et la sanction de leur inobservation*¹¹⁴ » fonctionne. Or, l'étude des relations entre les investissements internationaux et la sécurité alimentaire révèle que l'inobservation ou la violation de cette dernière dans le droit international des investissements n'aboutit pas nécessairement à une sanction. De sorte qu'il est observé une rupture entre l'ensemble de normes et la sanction de leur inobservation. Cette rupture et ce dysfonctionnement sont mis en lumière par les conflits normatifs.

¹¹⁴ P.-M. DUPUY, *Ordre juridique et désordre international*, Pedone, 2018, p. 31.

32. Efficacité limitée des techniques de résolution des conflits normatifs. Trois niveaux sont susceptibles d'aiguiller le juge international soumis à un conflit de normes lorsqu'il entend procéder à une priorité entre les normes à la lumière d'un mécanisme hiérarchique. A ce titre, le Professeur Jorge E. Viñuales a tout d'abord précisé qu'une hiérarchie relative aux sources formelles de la norme pourrait s'établir même s'il n'existe pas de hiérarchie entre ces sources.¹¹⁵ Ainsi, il présente les traités et la coutume comme appartenant à des sources principales, les principes subsidiaires relèveraient des sources subsidiaires, la doctrine et la jurisprudence seraient des sources auxiliaires, l'équité, une source alternative. Ensuite, la hiérarchie normative est recherchée dans le contenu des sources, il s'agit d'une hiérarchie matérielle comprenant les concepts du *jus cogens*, des droits de l'Homme, des mécanismes d'exclusion d'illicéité. Enfin, viennent s'ajouter à cette sphère normative selon l'auteur les principes de la *lex posteriori*, de la *lex specialis* ou encore de la volonté des parties, permettant aussi de déterminer une priorité entre les normes. Il est vrai que ce tableau reflétant les priorités normatives comme un tout fonctionnel apparaît séduisant. Si classiquement le droit interne demeure identifié comme une hiérarchie de normes liées entre elles dans « *un rapport généalogique ascendant*¹¹⁶ », cette image hiérarchique n'en est parfois qu'à un stade embryonnaire sur le plan des relations juridiques internationales et le plus souvent complètement inexistante. Elle peut donc apparaître inadaptée ou intransposable en l'état dans un monde réceptif à l'idée d'un transfert de la « pyramide au réseau¹¹⁷ ».

33. A ce sujet, il apparaît d'ailleurs une réticence de la part des tribunaux arbitraux d'investissements lorsqu'il s'agit de se prononcer expressément sur une hiérarchie normative. Mais plus encore, la détermination d'une priorité normative ne demeure pas aisée malgré l'éventail des techniques de résolution proposées. Dans l'affaire CMS c/ Argentine¹¹⁸, le tribunal a refusé l'argumentation de l'investisseur considérant que le traité était la *lex specialis* pour apprécier le comportement de l'investissement et le droit de l'État d'accueil plutôt secondaire¹¹⁹. De fait, certains considèrent que le rapport entre le droit d'accueil et le droit international serait dès lors

¹¹⁵ J.-E. VINALES, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements » in SFDI., *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 409.

¹¹⁶ H. ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, thèse, LGDJ, 2005, p. 3.

¹¹⁷ F. OST, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles - F.U.S.L., 2010.

¹¹⁸ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. n° ARB/01/8, sentence finale, 12 mai 2015.

¹¹⁹ CMS, § 116. « More recently, however, a more pragmatic and less doctrinaire approach has emerged, allowing for the application of both domestic law and international law if the specific facts of the dispute so justifies. It is no longer the case of one prevailing over the other and excluding it altogether. Rather, both sources have a role to play ».

« *plutôt cumulatif que hiérarchique*¹²⁰ ». Par ailleurs, le caractère inopérant des techniques demeure renforcé par le fait que les tribunaux arbitraux d'investissement ne constituent pas des juridictions permanentes, dès lors, ce système ne permet pas « *l'émergence d'une unité méthodologique*¹²¹ ». Cette incohérence pourrait se corriger par le développement de tribunaux permanents tel qu'envisagé dans les accords de nouvelle génération conclus par l'Union européenne. L'inopérabilité des méthodes dans le cadre de la résolution des conflits normatifs présente des risques, notamment celui que le juge fasse prévaloir ses propres valeurs en l'absence d'outils juridiques appropriés à sa disposition¹²².

34. Problématique. Les conflits de normes mettent en lumière les tensions entre le pouvoir réglementaire des Etats et les droits des investisseurs étrangers. Ils confirment les difficultés de respecter parfois simultanément les obligations alimentaires des Etats et leurs obligations de protection des investissements. Or, les tribunaux arbitraux d'investissement sont hostiles à l'usage des termes de conflits de normes et refusent implicitement de se prononcer sur une éventuelle hiérarchie normative. Le problème demeure que chaque tribunal emploie des techniques de résolution des conflits normatifs qui lui sont propres, parfois des techniques « *ad hoc*¹²³ » conduisant à renforcer l'imprévisibilité et l'incertitude des solutions issues des rencontres entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Ces conflits révélateurs des déséquilibres normatifs et porteurs de risques alimentaires renseignent sur le défaut d'articulation entre les obligations alimentaires des États et les droits des investisseurs. **Comment articuler les droits des investisseurs et les obligations alimentaires de l'Etat d'accueil en vue de garantir simultanément la sécurité alimentaire des populations et la protection des droits des investisseurs dans le droit international des investissements ?**

35. Démarche. L'étude commence par l'établissement d'un diagnostic des conflits de normes en utilisant l'analyse étiologique (recherche des causes) et sémiologique (recherche des symptômes). Cette démarche permet de faire ressortir les différents déséquilibres existants dans la relation entre le droit à l'alimentation et le droit international des investissements : déséquilibre des normes, des décisions, des responsabilités et des droits. Cette analyse conduit à observer par une approche pragmatique les relations entre les deux disciplines principalement sur le fondement de la jurisprudence et des lois, puis révèle l'existence des conflits normatifs porteurs de risques

¹²⁰ D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur les traités d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet, Lexis Nexis, 2013, p. 22.

¹²¹ F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, 2011-2, p. 466.

¹²² *Ibid.*, p. 480.

¹²³ J.-E. VINUALES, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements » in SFDI., *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 409.

alimentaires. Par cette méthode, il est extrait quatre critères spécifiques renseignant chacun sur un risque alimentaire présent dans le droit international des investissements. Après un état des lieux des rapports conflictuels entre le droit à l'alimentation et le droit international des investissements, il s'agira de se pencher sur une méthode de résolution des conflits et d'en mesurer la pertinence.

36. Sens du principe de proportionnalité. Dans cette étude, la proportionnalité désigne un instrument de mesure destiné à soupeser des intérêts en vue de la résolution de conflits normatifs. De manière générale, il s'agit d'une technique de mise en balance utilisée afin de parvenir à un équilibre¹²⁴ et de déterminer la légitimité d'une mesure prise par rapport à un objectif recherché. L'idée d'un usage du principe de proportionnalité dans le but d'appuyer des raisonnements juridiques a commencé à faire son chemin dans la jurisprudence et dans la doctrine du droit international des investissements¹²⁵. L'auteur Kai Möller a rappelé que la validité de la proportionnalité répondait à certaines conditions en explicitant le sens de ces dernières¹²⁶: 1°) la mesure étatique doit poursuivre un but légitime ; 2°) la mesure doit être adaptée. Dans cette perspective, « *il doit exister un lien rationnel entre la politique et la réalisation de l'objectif; en d'autres termes, la loi doit être un moyen approprié d'atteindre l'objectif au moins dans une faible mesure*¹²⁷ » ; 3°) la mesure doit être nécessaire c'est-à-dire qu'il ne faut pas qu'il existe d'autres moyens, moins restrictifs et donc plus appropriés d'atteindre l'objectif poursuivi ; 4°) la mesure doit être proportionnée. Lorsqu'un conflit normatif est observé, il s'agira de choisir laquelle des normes à la priorité. C'est ce qu'il convient de désigner le test de proportionnalité.

37. L'efficacité conditionnée du principe de proportionnalité. L'analyse des contentieux sur la question révèle des oppositions entre la sécurité alimentaire et les droits des investisseurs, particulièrement dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Très souvent, cela conduit à un dilemme manichéen entre les mains des arbitres et une dichotomie qui repose d'un côté sur la primauté de la sécurité alimentaire au détriment des droits de propriété de l'investisseur ou la primauté des droits de investisseurs au mépris des victimes du droit à l'alimentation. Une mise en balance par la prise en compte des intérêts de chacun est une voie intéressante. En revanche, cette prise en compte n'apparaît pertinente qu'à la condition que les droits de l'alimentation et le droit international des

¹²⁴ H. RUIZ FABRI, L. GRADONI et Groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice. France. (Dir.), *Émergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation, Rapport final*, UMR de droit comparé, Université Paris 1 2008, p. 3.

¹²⁵ G. BÜCHELER, *Proportionality in investor-state arbitration*, Oxford University Press, 2015; C. HENCKELS, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge University Press, 2015.

¹²⁶ K. MÖLLER, « Proportionality: Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, Vol.10, Issue 3, July 2012, pp. 711-716.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 711.

investissements soient pourvus tous deux d'une force normative. Or, le droit à l'alimentation ne bénéficie pas d'une protection juridique substantielle comparable à celle des investisseurs. Le renforcement des droits à la sécurité alimentaire est nécessaire si l'on veut procéder à une balance des intérêts équitable. Ensuite, si l'alimentation ne devrait pas dépendre du système de libre-échange, il n'en reste pas moins qu'elle fait partie intégrante des échanges commerciaux. Dans ce sens, la stabilité alimentaire est liée à la stabilité économique. Dès lors, porter atteinte à la protection des investissements conduit aussi, dans certaines hypothèses à fragiliser la sécurité alimentaire¹²⁸.

38. L'inadéquation du principe de proportionnalité sans le principe de balancier. Le principe du balancier constitue le principe actif dans le traitement des conflits normatifs par le principe de proportionnalité. Sans la garantie d'une molécule de rééquilibrage, le traitement ne fonctionne pas. En d'autres termes, le principe de proportionnalité qui demeure une voie de solution dans la résolution des conflits normatifs apparaît comme un traitement curatif fiable. En revanche, il reste dépourvu de son plein effet sans l'assurance préalable d'un balancier fonctionnel dans la relation entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Par définition, un balancier constitue « *une pièce qui, par ses oscillations isochrones, régularise le mouvement d'un mécanisme*¹²⁹ ». Avant de procéder à la mise en balance entre la norme alimentaire et la norme d'investissement, le principe de balancier impose les bons dosages normatifs, de sorte qu'en l'absence d'identification des risques alimentaires spécifiques au droit international des investissements et de véritable force normative de la sécurité alimentaire, la mise en balance apparaît dénuée d'intérêt. Dès lors, le principe de balancier impose de connaître les risques alimentaires puis de pratiquer un rééquilibrage des normes et des responsabilités afin que le mouvement de balance des intérêts sur lequel repose le principe de proportionnalité fonctionne correctement.

39. Finalités. La finalité principale demeure la réalisation véritable de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements et donc la concrétisation d'une émulsion normative¹³⁰. Si l'étude des interactions de ces deux disciplines sous le prisme des conflits de normes révèle les déséquilibres normatifs et les risques alimentaires, les contradictions rappellent surtout les anomalies

¹²⁸ Le savoir-faire de certaines entreprises dans le secteur alimentaire n'est plus à prouver. L'idée de fragiliser les droits des investisseurs conduit à la fuite des capitaux, pourtant nécessaire dans certains pays qui aspirent à un développement économique et social durable.

¹²⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

¹³⁰ Le terme d'émulsion désigne la « *dispersion, sous forme de particules très fines, d'un liquide au sein d'un autre liquide dans lequel il n'est pas soluble* », V. *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition, disponible en ligne. Dès lors, si l'on souhaite un mélange, il s'agit de connaître le ou les composants permettant une émulsion entre deux éléments non miscibles, tels que l'eau et l'huile. Appliqué à notre objet d'étude, il s'agit de déterminer les mécanismes ou les composants normatifs en vue de parvenir à une émulsion entre la norme alimentaire la norme liée aux investissements internationaux. C'est ce que nous nommons une « émulsion normative ».

du système. Elles contribuent à saisir les raisons de l'insuffisance de la norme et de la responsabilité alimentaire dans la sphère des investissements internationaux. Il convient donc de penser des remèdes dans le but de parvenir à un rééquilibrage des droits des investisseurs, des droits des victimes d'insécurité alimentaire et des obligations alimentaires des Etats d'accueil avant d'envisager la résolution du conflit devant le juge de l'investissement. En vue de mesurer l'efficacité du principe de proportionnalité dans la résolution des conflits normatifs, il faudra s'assurer que les normes et responsabilités soumises à la balance des intérêts devant le juge soient fondées sur un système fonctionnel dont l'appareillage juridique garantit un équilibre. Etant entendu que l'équilibre parfait n'existe pas. Une fois ce nouvel équilibre proposé, la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international devrait faire l'objet d'une force normative comparable, de sorte qu'en cas de conflit, le juge ne soit pas forcé de privilégier une norme plutôt qu'une autre en raison d'une architecture normative internationale dysfonctionnelle. Chemin faisant, une fois le traitement balancier mis en place, la mise en balance des intérêts est susceptible de fonctionner dans la résolution des conflits de normes.

40. Présentation du plan. Cette démarche commande, d'une part, d'établir un diagnostic des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée aux investissements internationaux en vue de saisir la formation de ces derniers. Le diagnostic révélera les déséquilibres normatifs entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux, puis conduira à émettre un pronostic portant sur la généralisation des risques alimentaires dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissement (Partie I). D'autre part, les conditions d'un traitement des conflits normatifs par le principe de proportionnalité seront envisagées comme principal remède par un rééquilibrage des normes et des responsabilités alimentaires dans le droit international des investissements (Partie 2).

Partie 1. L'existence des conflits normatifs entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux

« It is paradoxical, but hardly surprising, that the right to food has been endorsed more often and with greater unanimity and urgency than most other human rights, while at the same time being violated more comprehensively and systematically than probably any other right¹³¹ ».

41. L'étude des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux impose d'en déceler les nombreux rouages, « ... de même qu'en une horloge, ou en quelque autre machine automate, dont les ressorts sont un peu difficiles à discerner, on ne peut pas savoir quelle est la fonction de chaque partie, ni quel est l'office de chaque roue, si on ne la démonte, et si l'on ne considère à part la matière, la figure, et le mouvement de chaque pièce¹³² ». Dès lors, l'analyse de cette relation par un regard à la loupe nécessite un démontage juridique des sources et des principes qui régissent les deux régimes. Par un diagnostic, il s'agira de mettre en lumière la nature de leurs rapports. Dans certaines circonstances, des tensions et des conflits normatifs émergent, ces derniers révèlent ainsi les déséquilibres entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux (Titre 1). Puis, après le diagnostic vient le pronostic. L'analyse des jurisprudences et des lois révèle que sans une prise en compte, les conflits de normes porteurs de risques alimentaires se généraliseront dans le droit international des investissements (Titre 2).

¹³¹ P. ALSTON, « International Law and the Human Right to Food », in P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (ed.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 9.

¹³² T. HOBBS, *Le Citoyen ou Les Fondements de la politique*, Flammarion, 1982, p. 71.

Titre 1.- La révélation des déséquilibres normatifs entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux : le diagnostic des conflits de normes

42. Si les dangers des conflits entre les normes demeurent indéniables, il semble difficile de ne pas se résoudre à ce qu'ils soient inhérents à tout ordre juridique¹³³. La permanence de ces conflits intervient comme une alerte sur un dysfonctionnement et rappelle que rien est immuable. Si le système normatif international revêtait un caractère pleinement satisfaisant, il permettrait un assemblage des catégories de droit comme un puzzle dont les pièces seraient reliées avec cohérence. Jusqu'alors, il n'en est rien et la garantie d'une norme par la violation d'une autre, qui transparait dans le rapport entre le droit à l'alimentation et le droit international des investissements, s'avère inquiétante. Ce duel normatif révèle des désordres juridiques et invite à se pencher sur l'articulation des normes, parfois difficile à coordonner. Par un diagnostic, il s'agira de procéder à une analyse étiologique et sémiologique des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international. L'analyse étiologique désigne l'étude des causes (Chapitre 1) tandis que l'analyse sémiologique permet de décrypter les symptômes d'une maladie (Chapitre 2).

¹³³ Ch. LEBEN, « Remarques introductives de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGE, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, p. 23.

Chapitre 1.- L'analyse étiologique des conflits normatifs : les causes

43. L'analyse étiologique des conflits de normes révèle au moins deux causes génératrices de conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. Elles sont nous semble-t-il, les causes principales du rapport conflictuel entre le droit à l'alimentation et le droit international des investissements. D'une part, l'étude des fondements de chacune des disciplines tournées vers des finalités distinctes fait ressortir des sortes de cloisons normatives dans leur conception et renseigne sur leur disparité (Section 1). D'autre part, le processus de fragmentation attaché au droit international constitue l'un des maux des conflits de normes. Le Professeur Alain Pellet a dit qu'il fallait « *considérer la fragmentation du droit international comme un fait du droit international contemporain, sans porter de jugement. Toute distinction entre aspects positifs et aspects négatifs de cette fragmentation est forcément subjective, et politique par essence*¹³⁴ ». Partant, nous tenterons d'analyser la fragmentation avec neutralité en vue d'identifier les aspects positifs et négatifs sur les interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux (Section 2).

Section 1.- La disparité des fondements du droit de l'alimentation et du droit des investissements internationaux

44. La disparité des fondements s'explique par des origines et des finalités distinctes créant des formes de cloisons normatives (§1) et éclaire sur le contraste marqué des forces normatives entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux (§2).

§1.- Les cloisons normatives conceptuelles de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux

45. L'observation des cloisons normatives conceptuelles entre les deux disciplines indique qu'elles ont été façonnées l'une et l'autre en vue de répondre à des besoins qui en principe n'appelaient pas particulièrement à se croiser (A). La connaissance de leurs origines respectives renseigne sur leur absence de connexion normative (B).

A.- Les finalités distinctes

46. La distinction des finalités de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux impose de se pencher sur le besoin d'une protection des droits alimentaires des populations (1°), puis sur le besoin d'une protection des droits de propriété des investisseurs (2°).

¹³⁴ A. PELLET, Comptes rendus analytiques des séances de la cinquième-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1er mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, Vol I, 2006, A/CN.4/SER.A/2006 p. 254.

1°) Le besoin d'une protection des droits alimentaires des populations

47. Le besoin d'une protection des droits alimentaires correspond en partie à des besoins vitaux et a commencé à être encadré par le droit contemporain sur la base de deux instruments juridiques : la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (DUDH) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Tout d'abord, en adhérant à la DUDH, les Etats s'engagent à respecter et garantir les droits de l'Homme, ils doivent en assurer la bonne exécution, l'effectivité et s'abstenir de les restreindre. L'article 25 de la DUDH prévoit que :

Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

48. Ce sont les prémisses du droit à l'alimentation et du concept de la sécurité alimentaire. Malgré sa valeur déclarative, à partir de la DUDH, d'autres textes essentiels ont vu le jour, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et ses deux Protocoles facultatifs ainsi que le PIDESC. L'article 11 du PIDESC, qui a valeur contraignante, consacre le droit à un niveau de vie suffisant pour toute personne, y incluant le droit à la nourriture. Ainsi, il est précisé que les Etats parties au Pacte reconnaissent le droit fondamental pour toute personne « *d'être à l'abri de la faim* ». Par conséquent, les Etats ont l'obligation de tout mettre en œuvre pour :

(...) améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d'éducation nutritionnelle et par le développement ou la réforme des régimes agraires, de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles (...) *(et)* pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires.

49. L'article 11 du PIDESC et l'article 25 de la DUDH posent les bases juridiques du droit de l'alimentation et du concept de sécurité alimentaire en imposant des obligations aux Etats parties au Pacte qui doivent en assurer la mise en œuvre. En 1987, le Comité des droits sociaux, économiques et culturels fut institué afin de garantir la pleine réalisation des droits énoncés dans le Pacte. L'approche normative de la sécurité alimentaire sous-entend la notion de responsabilité¹³⁵. En parallèle du PIDESC et de la DUDH, l'élaboration de textes spécifiques est constatée. C'est le cas de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1970),

¹³⁵ A. MAHIOU et F. SNYDER (dir.) *La sécurité alimentaire - Food Security and Food Safety*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2006, p. 257.

la Convention relative aux droits de l'enfant (1989) et la Convention relative au statut des réfugiés (1951). Ces corpus juridiques prévoient des dispositions relatives à la sécurité alimentaire et appartiennent aux textes contraignants les plus importants dans cette matière.

50. Malgré la mise en place d'outils juridiques dans le droit international en réponse aux besoins alimentaires des populations, ces derniers restent mal appréhendés. Or, comme les besoins des opérateurs du commerce international et des investissements internationaux, les populations ont besoin de liberté et de sécurité alimentaire¹³⁶. Si la notion de besoin du commerce international permet de justifier l'existence de règles matérielles propres¹³⁷, la transposition aux besoins des investissements internationaux constitue une justification à l'existence d'un corpus de règles adaptées à l'exigence de protection attendue par l'investisseur étranger. Aussi, l'application de la notion aux besoins alimentaires conforte l'exigence d'un renforcement du développement du droit de l'alimentation et renseigne sur l'inadaptation des règles juridiques en vue de répondre à l'ensemble des nécessités alimentaires.

51. La liberté alimentaire peut s'entendre comme un renvoi aux préférences alimentaires, c'est-à-dire le droit de pouvoir manger ce que l'on souhaite. Dans cette hypothèse, la liberté alimentaire est consubstantielle à la sécurité alimentaire et nécessairement liée à d'autres libertés telles que la liberté religieuse (respect des pratiques alimentaires religieuses), mais aussi à la liberté économique (pouvoir manger ce que l'on souhaite en toutes circonstances implique une libre circulation des denrées alimentaires). Dans d'autres circonstances, la liberté alimentaire devrait être limitée en vue d'assurer la réalisation de la sécurité alimentaire. Par exemple, la libre circulation non contrôlée des denrées alimentaires est susceptible de conduire dans certaines zones à des pollutions massives en raison d'une agriculture intensive, dès lors, la liberté économique alimentaire pourrait se voir limitée en vertu de la sécurité alimentaire. Ceci étant précisé, les finalités de la sécurité alimentaire n'en restent pas pour autant plus lisibles. La sécurité alimentaire repose sur deux approches : une approche quantitative et une approche qualitative. Sous l'angle quantitatif, la finalité constitue la disponibilité des denrées alimentaires. Celle-ci ne pourra être garantie sans une répartition équitable des ressources et une accessibilité physique et économique aux denrées alimentaires. Sous le prisme de la dimension qualitative de la sécurité alimentaire, la finalité demeure la garantie d'une alimentation adéquate par le respect de la spécificité culturelle et le respect de l'équilibre écologique.

¹³⁶ Sur les besoins de liberté et de sécurité, voy. J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^e éd., 2011, p. 6.

¹³⁷ J.-B. RACINE, « Quel sens dans le passé et pour l'avenir des besoins du commerce international ? », Table ronde, in J.-S. BERGÉ ET G.-C. GIORGINI (dir.), *Le sens des libertés économiques de circulation*, Colloque international tenu du 23 au 24 mai 2019, Nice. A paraître.

D'une part, la dimension qualitative sous-entend le respect par les investisseurs de valeurs culturelles liées au droit à l'alimentation, notamment dans l'hypothèse d'opérations d'investissements effectuées sur des terres ancestrales appartenant à des communautés autochtones. D'autre part, les investisseurs sont invités à respecter et contribuer à l'équilibre écologique en vue de permettre aux générations futures de bénéficier des ressources naturelles. Sans la mise en pratique de ces quatre critères : critère de la répartition équitable, critère d'accessibilité, critère culturel et critère de durabilité, la sécurité alimentaire dans le droit des investissements internationaux ne se réalisera pas. Ces quatre critères répondent à des besoins vitaux et sont susceptibles d'être malmenés par des opérations d'investissement.

2°) Le besoin d'une protection des droits de propriété des investisseurs

52. Le terme de besoin renvoie à la nécessité d'une existence. Dans le contexte des investissements étrangers, le besoin désigne la nécessité d'obtention de garanties en vue d'assurer l'existence de l'investissement. Ces garanties peuvent être apportées par l'État d'accueil désirant offrir les meilleures conditions d'investissement à ses hôtes étrangers. Les investisseurs étrangers ont donc besoin d'une protection de leurs investissements effectués sur le territoire d'un État ne répondant pas nécessairement aux mêmes lois que leurs États d'origine. La finalité principale sous l'angle des investisseurs demeure économique. C'est la volonté d'une rentabilité, d'un retour sur investissement. De manière générale, les besoins des opérateurs du commerce international englobent les besoins des opérateurs du droit international des investissements. Il s'agit comme indiqué préalablement du besoin de liberté et de sécurité. Les meilleures conditions d'investissement s'obtiennent donc dans un climat combinant ce duo. A l'image du droit du commerce international, les investissements internationaux sont élaborés « *comme un champ privilégié de libéralisation et de déréglementation*¹³⁸ ». La liberté est donc au cœur du système des investissements. Ensuite, il y a le besoin de sécurité. Cette dernière est « *construite par les opérateurs eux-mêmes, principalement par le recours au contrat et à l'arbitrage*¹³⁹ » ainsi que par les États *via* l'élaboration de normes juridiques assurant une protection aux investissements¹⁴⁰.

53. Lorsqu'un investisseur souhaite développer son activité à l'étranger, ce dernier demeure confronté à une série de difficultés. Il devra s'assurer que le territoire sur lequel il souhaite s'installer

¹³⁸ J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, « Cours », 3^e éd., 2018, p.7 ; Voy. aussi, J.-B. RACINE, « Brefs propos sur la notion de besoins du commerce international », *RDAI/IBLG*, n°4, 2019, pp. 375-388.

¹³⁹ J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁰ *Ibid.*

est propice à la réception d'investissements par la garantie d'une stabilité économique, politique, juridique et sociale. Par conséquent, si la prévisibilité parfaite n'existe pas, l'investisseur exigera tout de même des garanties avant la mise en œuvre de l'opération d'investissement. Pour autant, la durée des investissements étrangers peut s'étaler sur plusieurs années comme plusieurs décennies. L'investissement reste donc sujet aux variations des politiques étatiques¹⁴¹ ou aux crises sous toutes leurs formes : économiques, sociales, politiques¹⁴². Elles sont susceptibles d'être des freins à leurs activités conduisant soit à des atteintes à leurs investissements ou dans les pires formes à la disparition de l'investissement. Imaginons un investisseur étranger dont les investissements auraient été réduits en cendre par un changement radical de politique et le renversement du gouvernement de l'État hôte. Le nouveau pouvoir étatique peut décider de nationaliser certains secteurs stratégiques ou encore confisquer des biens appartenant à l'investisseur. Dès lors, en vue d'obtenir une indemnisation, l'investisseur a la possibilité d'intenter un recours devant les juridictions nationales dans un pays où la confiance en la justice pourrait faire défaut ou engager une procédure devant des instances internationales.

54. Le développement du droit des investissements, et avant même la naissance de cette discipline, l'essor de mécanismes de protection des investissements répondent à de véritables besoins des investisseurs. Sous l'angle de notre étude, la confrontation de l'investissement à une crise ou une épreuve alimentaire conduit à renforcer les inquiétudes. En effet, le besoin de protection de l'investissement se retrouve en conflit avec un besoin vital, le besoin alimentaire, et la nécessité d'apporter aux populations la sécurité alimentaire. Imaginons un investissement étranger sur plusieurs hectares de terres proposés par un État. Au préalable, afin d'assurer à l'investisseur des portions de terres suffisantes, l'État procède à la destruction de zones forestières et à la confiscation de terres agricoles qui comprennent des terres appartenant à des communautés autochtones. En raison de la diminution des parcelles de terre dédiées à l'alimentation, le prix de certaines denrées alimentaires augmente dans cette région. L'usage de certains pesticides sur les terres et la forte consommation en eau génèrent de vives tensions avec les populations. Des émeutes surgissent de toutes parts et s'accroissent lors de la découverte de pollutions massives sur des terres, générées par les activités de

¹⁴¹ Voy. p. ex. CIRDI, *Vattenfall AB and others c. Allemagne*, aff. n°ARB/12/12, notice d'arbitrage, 31 mai 2012. L'Allemagne a décidé de modifier sa loi sur l'énergie et de commencer une suppression progressive de l'énergie nucléaire. Pour ce faire, il avait été envisagé la fermeture de certains des réacteurs les plus anciens du pays. L'investisseur Vattenfall a déclaré que cette mesure conduisait à une perte de revenus de 1,5 milliards de dollars US. Il a donc engagé une requête en arbitrage devant le CIRDI à l'encontre de l'Allemagne et auprès de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne.

¹⁴² Voy. p. ex. La crise socio-économique en Argentine dans les années 2000 et ses effets sur les investissements étrangers ayant conduit à une multiplication des requêtes d'arbitrage devant le CIRDI en vertu des violations des droits des investisseurs : CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n°ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006 ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi (ex-Compagnie Générale des Eaux) c. Argentine*, aff. n°ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000 ; CIRDI, *AES Corporation c. Argentine*, aff. n°ARB/02/17, décision sur la compétence, 26 avril 2005 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. n°ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005.

l'investisseur étranger. Désirant arrêter au plus vite les contestations et les manifestations d'une extrême violence sur son territoire, l'État, en difficultés économiques, procède à l'expropriation des terres de l'investisseur étranger sans compensation au nom du droit de l'alimentation de sa population. Ce dernier entend respecter ses engagements alimentaires conformément aux accords internationaux signés et à sa législation nationale. Dans le même temps, l'État avait invité ce même investisseur à opérer d'importants investissements dans le secteur minier qu'il envisageait de développer. Après un changement gouvernemental, l'investisseur ne répondant plus aux nouvelles exigences légales se voit refuser un permis environnemental. De plus, le nouveau gouvernement entend arrêter les activités minières en raison d'une pollution des eaux sur son territoire. L'investisseur estime à plusieurs centaines de millions de dollars la perte financière et soupçonne l'État d'instrumentaliser le droit de l'alimentation à des fins économiques.

55. Voici le type de scénario poussé à son paroxysme auquel l'investisseur est susceptible d'être confronté. Notons que dans cet exemple, les quatre critères nécessaires à la réalisation de la sécurité alimentaire développés précédemment - les critères de répartition équitable, d'accessibilité, de durabilité et culturel- entrent en conflit avec l'investissement international. Dès lors, l'arbitre confronté à une ou plusieurs des situations mises en scène dans l'illustration se prononcera simultanément sur la protection des droits des investisseurs et la protection des droits alimentaires des populations, malgré lui.

56. Dans l'ensemble des hypothèses du scénario, les activités économiques de l'investisseur portent atteinte à la sécurité alimentaire sous toutes ces formes, tandis que cette dernière constitue un véritable frein ou un motif d'élimination de l'activité économique de l'investisseur. L'absence d'encadrement commun des besoins des investisseurs par les États contribue à générer du forum shopping ainsi que du dumping environnemental, alimentaire et social. La mise en place d'un cadre commun permettrait certainement de ne pas céder aux exigences et aux besoins des investisseurs s'ils contredisent les normes alimentaires. S'accorder, c'est prévoir un degré de protection des valeurs non marchandes, lesquelles ne pourraient pas être méprisées au profit des besoins des investissements. Cela sous-entend que les États répondent ensemble aux besoins des investisseurs en prenant en compte les spécificités de certains investissements, et en n'accordant pas en amont d'autorisation à des investissements porteurs de haut risque alimentaire.

B.- L'absence de liaisons d'origine

57. En plus des finalités distinctes, l'étude des cloisons normatives de ces deux domaines implique de saisir les origines normatives de la sécurité alimentaire (1°) et celles des investissements internationaux (2°).

1°) Les origines normatives de la sécurité alimentaire

58. Les origines normatives de la sécurité alimentaire peuvent s'appréhender en deux phases. Une première phase relative aux premiers jalons (a) puis une deuxième phase révélant l'influence du développement durable dans ce domaine (b).

a) Les premiers jalons de la sécurité alimentaire : première vague

59. Les premiers jalons de la sécurité alimentaire se sont posés par la consécration de la DUDH et du PIDESC, instruments juridiques développés dans les lignes précédentes. Ces derniers ont contribué à construire les premières pierres de l'édifice à côté de la naissance des organisations alimentaires internationales ainsi que des conférences et sommets mondiaux.

60. Organisations internationales alimentaires. Le 16 octobre constitue la journée mondiale de l'alimentation, et commémore la naissance en 1945 de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture¹⁴³ (FAO). Cette organisation spécialisée a comme premier objectif la création des conditions nécessaires pour éradiquer la faim, l'insécurité alimentaire et la malnutrition dans le monde¹⁴⁴. Il s'agit d'élaborer des politiques et des outils alimentaires volontaires en partenariat avec les États et les acteurs du développement. La Conférence est la composante principale de l'institution. Elle définit les règles directrices et approuve le budget tous les deux ans lors de la réunion des représentants des États membres connue sous le nom de « la Conférence de la FAO ». Pour

¹⁴³ Sur cette organisation, voy. FAO, « Acte constitutif », *Textes fondamentaux de l'Organisations des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture*, Vol I et II, 2017, disponible en ligne : <http://www.fao.org/3/K8024f/K8024f.pdf>; Pour une définition de la FAO : A. QUIN et J.-P BUGNICOURT in F. COLLART DUTILLEUL et J.-P. BUGNICOURT (dir.), *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Larcier, 2013, p. 478 ; Parmi de nombreuses publications de la FAO et pour une analyse approfondie des travaux de l'organisation voy. FAO catalogue 2019, disponible en ligne : <http://www.fao.org/3/ca3601en/ca3601en.pdf>. ; Voy. aussi. F. COLLART DUTILLEUL, Analyse de la contribution du Secrétariat de la FAO pour la définition des objectifs et les possibles décisions du Sommet mondial des 16, 17 et 18 novembre 2009 sur la sécurité alimentaire, 2009, disponible en ligne <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00716826>.

¹⁴⁴ Cinq objectifs principaux sont fixés : « 1. Créer les conditions nécessaires pour éradiquer la faim, l'insécurité alimentaire et la malnutrition; 2. Intensifier et améliorer de manière durable la fourniture de biens et de services par l'agriculture, la foresterie et les pêches; 3. Réduire la pauvreté rurale; 4. Veiller à la mise en place de systèmes agricoles et alimentaires plus efficaces et plus ouverts aux niveaux local, national et international; 5. Améliorer la résilience des moyens de subsistance face à des menaces ou en situation de crise ». FAO, *Cadre stratégique révisé 2010-2019*, C 2013/7, Trente-huitième session, Conférence, Rome, 15 - 22 juin 2013.

l'année 2018-2019, le budget de la FAO s'élève à 2,6 milliards de dollars¹⁴⁵. En complément de la FAO, le Fonds international de développement agricole (« FIDA ») est une agence spécialisée des Nations Unies créée par la Conférence alimentaire mondiale en 1974 et établit en qualité d'institutions financières en 1977 qui a pour but d'éradiquer la pauvreté dans les milieux ruraux des pays en développement¹⁴⁶.

61. Le Fonds finance des projets agricoles dans les pays en développement pour agir sur la production alimentaire. Ce dernier a souligné à de nombreuses reprises que l'insécurité alimentaire serait liée à des difficultés structurelles relatives à la pauvreté et pointe la fragilité des populations rurales sur ces questions. Dans son rapport de 2016 relatif au cadre stratégique 2016-2025, le FIDA fixe plusieurs objectifs¹⁴⁷ : le renforcement des capacités productives des populations rurales, la promotion des populations rurales afin qu'elles s'intègrent sur le marché ainsi que le renforcement de la viabilité environnementale. Le Fonds s'intéresse également aux questions de changement climatique et leurs effets sur les activités économiques en milieu rural. Une autre composante importante dans le domaine alimentaire qui œuvre aux côtés du FIDA et de la FAO est le Programme Alimentaire Mondial des Nations Unies (« PAM »). Il demeure la première organisation mondiale à vocation humanitaire qui lutte contre la faim dans le monde et agit sur la base des Objectifs du développement durable (ODD) ratifiés en septembre 2015. Au cours de cette même année, le PAM a assisté 76,7 millions de personnes dans 81 pays en vue de combattre l'insécurité alimentaire¹⁴⁸.

62. La FAO, le FIDA et le PAM financent le Comité de la sécurité alimentaire mondiale (« CSA »), créé par la Conférence mondiale de l'alimentation le 16 novembre 1974. Il est composé de pays membres de l'ONU, d'institutions et organismes des Nations Unies, ainsi que d'acteurs du secteur privé spécialisés dans le domaine de la sécurité alimentaire. Il constitue une plateforme internationale et intergouvernementale qui produit des directives, des recommandations et des principes volontaires dans l'objectif d'apporter un cadre de référence aux acteurs publics et privés au sein du domaine alimentaire¹⁴⁹. La composition et les règles de l'organisation du Comité sont

¹⁴⁵ Le financement arrêté pour la période 2018-2019 est le suivant : 39 % provient des contributions mises en recouvrement auprès des États membres et 61 % des contributions volontaires d'États membres et d'autres partenaires. Voy. le site de l'organisation. <http://www.fao.org/about/strategic-planning/fr/>.

¹⁴⁶ Pour une analyse des politiques et actions entreprises par le FIDA, voy. les rapports annuels du FIDA disponible en ligne sur le site de l'organisme.

¹⁴⁷ FIDA, *Cadre stratégique du FIDA 2016-2025, Favoriser une transformation inclusive et durable du monde rural*, Rapport 2016, p. 6.

¹⁴⁸ PAM, *Faim Zéro : Au cœur de l'agenda 2030*, juin 2016, p. 1.

¹⁴⁹ Le Comité de la sécurité alimentaire mondiale a achevé le 9 octobre 2018 à Rome, sa 45^{ème} session visant à formuler « des Directives volontaires pour les systèmes alimentaires et la nutrition » à destination des États et des acteurs dans le domaine alimentaire. Voy. Rapport du Comité de la sécurité alimentaire mondiale, Quarante-cinquième session « Sécurité alimentaire et nutrition – faire la différence », 45^{ème} session, CFS 2018/45/Report, Rome (Italie), 15-19 octobre 2018.

déterminées par la Conférence. L'augmentation des tarifs des produits alimentaires de 2007 à 2008, suivie par la crise financière en 2009 a accentué les difficultés relatives à la faim et mis en lumière la faiblesse des structures à l'échelle internationale¹⁵⁰. Pour ces raisons, le CSA a fait l'objet d'une réforme en 2009. Son rôle parfois négligé a été dénoncé dans l'histoire de la sécurité alimentaire par ses membres, alors que ce Comité demeure une plateforme qui regroupe l'ensemble des acteurs pour garantir la sécurité alimentaire et la nutrition. Le 12 octobre 2015, le CSA a établi un cadre d'action comprenant de nouveaux outils¹⁵¹. Le but consiste à mettre en œuvre la sécurité alimentaire et la nutrition des populations touchées par des crises prolongées, ou qui pourraient l'être¹⁵². Le Comité a énoncé vouloir traiter les principaux symptômes et renforcer la résilience.

63. Conférences mondiales historiques sur la sécurité alimentaire. En parallèle de l'élaboration des instruments juridiques et du développement des organisations et organismes internationaux alimentaires, des conférences internationales ont influencé les politiques alimentaires des acteurs publics et privés. Parce qu'il faut un point de départ, la Conférence de Hot Springs tenue du 18 mai au 3 juin 1943 constitue certainement le marqueur par excellence du commencement d'une ère fondamentale dans le droit de l'alimentation. Notons à ce titre que la FAO trouve son origine dans la Conférence. L'initiative provient du Président des Etats-Unis Franklin D. Roosevelt. Ce dernier est à l'origine, en pleine guerre mondiale, de la réunion de quarante-quatre États au cours de l'année 1943, en vue d'émettre des propositions portant sur une politique alimentaire générale. Pour la première fois lors de cette Conférence, la mise en œuvre du droit à l'alimentation est envisagée comme une condition *sine qua non* de garantie de la paix dans le monde. Mais cela n'est que trente années plus tard, en 1974, que la Conférence mondiale sur le droit à l'alimentation tenue à Rome a révélé les prémices du concept de sécurité alimentaire conçu par la FAO. La Conférence a proclamé « *le droit inaliénable d'être libéré de la faim et de la malnutrition*¹⁵³ ». L'engagement international sur la sécurité alimentaire mondiale pose les bases du concept de sécurité alimentaire minimale¹⁵⁴. Le principe reste alors défini par rapport aux enjeux de cette époque, à savoir, la stabilité des approvisionnements et la production, principalement en vue de répondre aux inquiétudes relatives à

¹⁵⁰ Réforme du comité de la sécurité alimentaire mondiale, version finale, Rome, 14, 15 et 17 octobre 2009, 36ème session, cfs:2009/2 Rev. 2 p. 1.

¹⁵¹ CSA, *Cadre d'action pour la sécurité alimentaire et la nutrition lors des crises prolongées* (CSA-CDA), 13 octobre 2015, p.4.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Rapport de la Conférence mondiale de l'alimentation (E/CONF.65/20). Nations Unies, New York, 1975.

¹⁵⁴ Voy. G. PARENT et S. MORALES in F. COLLART DUTILLEUL, J.-P. BUGNICOURT (dir.), *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Larcier, 2013 p. 618; Proposition du directeur général concernant une action internationale destinée à assurer des stocks suffisants de grands produits alimentaires, in CL 60-REP §81-99 cit in A. BENSALAH-ALAOUI, *La sécurité alimentaire mondiale*, Paris, LGDJ 1989, pp.73-87.

l'apparition de famines¹⁵⁵.

64. La Conférence de Stockholm tenue du 5 au 16 juin 1972¹⁵⁶ a aussi marqué le départ d'une volonté d'approcher l'écosystème de façon globale et non plus seulement au travers des souverainetés étatiques. A l'issue de cette conférence, 26 principes et 109 recommandations seront dégagés, pour atteindre les objectifs fixés autour de la problématique environnementale. De la Conférence est donc issue « la Déclaration de Stockholm » renseignant sur la volonté des Nations Unies de se préoccuper de l'environnement et de trouver les voies d'une protection environnementale mondiale. Déjà en 1972, le point 2 de la Déclaration précisait déjà que :

La protection, l'amélioration de l'environnement est une question d'importance majeure qui affecte le bien-être des populations et le développement économique dans le monde entier ; elle correspond au vœu ardent des peuples du monde entier, et constitue un devoir pour tous les gouvernements¹⁵⁷.

Dans ce contexte, la création du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) constitue un pas considérable mettant en lumière la nécessité d'une coopération internationale. Une autre Conférence importante s'est déroulée en 1977, la Conférence des Nations Unies Mar del Plata¹⁵⁸. Lors de cet événement, l'accent sera mis sur la nécessité pour tout être humain de pouvoir accéder à l'eau, et ce, quelle que soit sa situation économique. L'apport principal de cette Conférence repose ainsi sur la qualification de l'eau. Elle sera considérée comme étant un bien commun devant faire l'objet d'une appropriation partagée par l'humanité. Par la suite, le droit à l'eau va sommeiller. Son affirmation s'observera bien plus dans des déclarations d'intentions que dans des textes juridiques à valeur contraignante.

65. Depuis les premiers jalons de la sécurité alimentaire fixés, les Conférences et Sommets se sont démultipliés renseignant sur les dynamiques et les volontés de penser des nouvelles voies alimentaires et environnementales. Une deuxième vague autour du développement durable a contribué à la construction de la sécurité alimentaire dans l'espace international.

¹⁵⁵ G. PARENT et S. MORALES *op. cit.*, p. 618.

¹⁵⁶ Déclaration de Stockholm, Conférence des Nations Unies sur l'environnement, du 5 au 16 juin 1972, Doc. NU A/CONF. 48/14/Rev. 1 ; 11 I.L.M. 1416, 1420. Pour une étude approfondie de la Conférence et de la déclaration, Voy. A.-C. KISS et J.-D. SICHAULT, « La Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5/16 juin 1972) », *AFDI*, 1972, pp. 603-628.

¹⁵⁷ Déclaration de Stockholm, Point 2. *op.cit.*.

¹⁵⁸ Conférence Mar del Plata, Conférence des Nations unies sur l'eau, 14 au 25 mars 1977, Doc NU E/CONF.70/29.

b) L'impulsion du développement durable sur la sécurité alimentaire : deuxième vague

66. Les objectifs mondiaux liés à la sécurité alimentaire. De la Conférence de Hot Springs en 1943 à l'adoption du Programme de développement durable à l'horizon 2030¹⁵⁹, le 25 septembre 2015, le concept de sécurité alimentaire n'a cessé d'évoluer et de s'adapter aux enjeux de son époque avec plus ou moins de succès. De nombreux sommets internationaux organisés par l'ONU demeurent consacrés au développement durable et offrent une voie à la sécurité alimentaire. Pour autant, en 2015, l'ensemble des objectifs fixés dans la Déclaration du Millénaire de 2000 n'était pas atteint. Le Sommet du Millénaire a eu lieu du 6 au 8 septembre 2000 et fut le plus grand rassemblement des chefs d'État et de gouvernements jamais connu. Le Sommet a conduit à l'adoption de la Déclaration du Millénaire pour le développement (OMD) qui affirme :

L'exigence de « réduire de moitié, d'ici à 2015, la proportion de la population mondiale dont le revenu est inférieur à un dollar par jour et celle des personnes qui souffrent de la faim et de réduire de moitié, d'ici à la même date, la proportion des personnes qui n'ont pas accès à l'eau potable ou qui n'ont pas les moyens de s'en procurer¹⁶⁰ ».

Les Objectifs du développement durable (ODD) se sont substitués aux Objectifs du Millénaire pour le développement. Dans le cadre du Programme de développement durable à l'horizon 2030, 17 objectifs de développement durable (ODD) assortis de 169 cibles sont intégrés et indissociables. Dans cette optique, les États membres s'engagent à :

L'élimination de la pauvreté et la faim partout dans le monde d'ici à 2030 ; à combattre les inégalités qui existent dans les pays et d'un pays à l'autre ; à édifier des sociétés pacifiques et justes, où chacun a sa place ; à protéger les droits de l'homme et à favoriser l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes et des filles ; à protéger durablement la planète et ses ressources naturelles¹⁶¹.

67. En complément, le Programme d'action d'Addis-Abeba, généré lors de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement tenue à Addis-Abeba du 13 au 16 juillet 2015¹⁶² constitue un mécanisme additionnel des ODD. Il reconnaît la réalisation de très grande ampleur des investissements à effectuer et encourage l'intensification des investissements publics et privés dans le domaine. Le Programme d'action d'Addis-Abeba sur le financement du développement et l'Accord de Paris au titre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques¹⁶³ soulignent la volonté d'encadrer, de faire évoluer et de garantir le concept de la sécurité alimentaire.

¹⁵⁹ A/RES/70/1, 21 octobre 2015, sur la résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015.

¹⁶⁰ A/RES/55/2, Déclaration du Millénaire, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 8 septembre 2000. Voy. « III. Développement et élimination de la pauvreté »

¹⁶¹ A/RES/70/1, *op.cit.*

¹⁶² A/RES/69/313, Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement, résolution du 7 août 2015.

¹⁶³ Accord de Paris, Paris, 30 novembre-11 décembre 2015, Convention-cadre sur les changements climatiques, FCCC/CP/2015/L.9., 12 décembre 2015.

68. Les Objectifs du développement durable (ODD) ont été formulés lors de la Conférence des Nations unies sur le développement durable dite Rio+20, qui s'est déroulée du 20 au 22 juin 2012 à Rio de Janeiro. Il s'agissait de faire perdurer les idées développées vingt années plus tôt lors du Sommet de Rio tenu en 1992 qui avait posé les fondements d'une politique de développement durable mondiale. La déclaration finale de Rio +20 nommée « *L'avenir que nous voulons* » a affirmé quelques mesures, notamment la volonté de restructurer le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), mais sa portée apparaît modeste en comparaison d'autres instruments prévus lors du premier Sommet de Rio en 1992 tels que l'Agenda 21¹⁶⁴. En effet, son adoption constitue, malgré sa valeur non contraignante, un instrument juridique influent en matière de développement durable. Cette conférence a débouché sur la signature de textes juridiques fondamentaux¹⁶⁵. Les principes, les objectifs et le programme d'action de l'Agenda 21 dévoilent une approche intégrée en proposant un guide afin de garantir le développement durable dans un cadre global. La volonté d'un développement économique associé au développement social est marquée.

69. Cela repose sur une stratégie environnementale nécessaire afin d'améliorer le sort juridique de la sécurité alimentaire. Le Chapitre 3 de l'Agenda 21 prévoit un ensemble de normes visant à lutter contre la pauvreté. L'article 3.8.1) met en lumière la nécessité : « *(d') entreprendre des activités visant à promouvoir la sécurité alimentaire et, le cas échéant, l'autosuffisance alimentaire dans le contexte de l'agriculture durable* ». Le Chapitre 14 de l'Agenda 21 insiste également sur la promotion d'un développement agricole et rural durable¹⁶⁶. A côté de l'Agenda 21, la même année, la Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable¹⁶⁷ a établi un constat alarmant sur la situation de l'eau et notamment sa raréfaction. Un programme d'action et

¹⁶⁴ Agenda 21. §18, Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement à Rio, Doc.NUA/CONF.151/26/Rev.1., du 3 au 14 juin 1992.

¹⁶⁵ Signature des textes juridiques fondamentaux à la suite du Sommet de Rio, en 1992 : Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Convention sur la diversité biologique, Déclaration de Rio sur l'environnement, Principes cadres pour la gestion, la conservation et le développement durable de tous les types de forêts.

¹⁶⁶ Agenda 21. Chapitre 14 - Promotion d'un développement agricole et rural durable : « 14.1 *En l'an 2025, 83 % de la population mondiale qui, selon les prévisions, atteindra 8,5 milliards d'habitants, vivront dans les pays en développement. Or, l'incertitude demeure quant à la capacité des ressources et des techniques disponibles de satisfaire les besoins de cette population croissante en denrées alimentaires et autres produits agricoles. L'agriculture devra relever ces défis, principalement en augmentant la production sur les terres déjà exploitées et en évitant d'empiéter encore sur des terres qui ne sont que marginalement aptes à la culture.* 14.2 *Pour créer les conditions propres à un développement rural et agricole durable, il faudra procéder à des ajustements majeurs dans la politique agricole, environnementale et macro-économique, aux niveaux national et international, tant dans les pays développés que dans les pays en développement. L'objectif essentiel d'un développement agricole et rural durable est d'assurer un accroissement soutenu de la production alimentaire et d'améliorer la sécurité alimentaire. Pour ce faire, il faudra organiser des activités d'éducation, adopter des mesures d'incitation économiques et promouvoir des technologies nouvelles appropriées de manière à garantir une offre stable de denrées alimentaires d'une valeur nutritive adéquate, auxquelles les groupes vulnérables auront accès et permettant une production commerciale; créer des emplois et des revenus pour réduire la pauvreté; gérer les ressources naturelles et protéger l'environnement* » (...).

¹⁶⁷ Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, disponible sur le site internet : <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/francais/icwedecef.html>.

quatre principes directeurs furent mis en place et nommés « *les principes de Dublin* » : 1) « *L'eau douce est une ressource fragile et non renouvelable, indispensable à la vie au développement et à l'environnement* ». Il s'agit de protéger l'eau en tant que ressource dans le cadre d'une approche globale. Dans ce sens, la logique économique doit être associée à la protection de l'écosystème. 2) La gestion de l'eau doit être exécutée par l'ensemble des acteurs de ce secteur, dans le cadre d'une approche participative, que ce soit les décideurs comme les populations. 3) Les femmes dans certains espaces jouent un rôle primordial dans « *l'approvisionnement, la gestion et la sauvegarde de l'eau* ». 4) L'eau est un bien économique. Ces instruments renseignent sur la nouvelle vague du développement durable qui influence la sécurité alimentaire dans l'espace mondial. Quelque temps plus tard, le premier Sommet mondial de l'alimentation prenait place.

70. Sommets mondiaux de l'alimentation. Quelques années après le Sommet de Rio en 1992 est intervenu le Sommet mondial de l'alimentation à Rome en 1996. Dans ce contexte, deux documents principaux ont été consacrés : la Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire mondiale et le Plan d'action du Sommet mondial de l'alimentation. L'objectif du Sommet visait à aboutir à un engagement mondial en vue d'éradiquer la faim et la malnutrition puis d'assurer à tous une sécurité alimentaire durable. La Déclaration de Rome prévoit sept engagements afin de garantir la sécurité alimentaire et le Plan d'action énonce les objectifs ainsi que les moyens de mise en œuvre de la sécurité alimentaire. La finalité principale de ce Sommet était la réduction du nombre de personnes souffrant de sous-alimentation de moitié avant l'année 2015. La Déclaration réaffirme « *le droit d'être à l'abri de la faim* » et « *le droit d'accès à une nourriture saine et nutritive*¹⁶⁸ ». Le Plan d'action prévoit des objectifs communs, notamment la sécurité alimentaire sous toutes ses formes, aux niveaux « *individuel, familial, national, régional et mondial*¹⁶⁹ ». C'est à cette occasion que la définition de la sécurité alimentaire a intégré une dimension qualitative : « *tous les êtres humains ont, à tout moment, un accès physique et économique à une nourriture suffisante, saine et nutritive leur permettant de satisfaire leurs besoins énergétiques et leurs préférences alimentaires pour mener une vie saine et active*¹⁷⁰ ». Le duo quantité/qualité demeure essentiel en vue d'assurer une sécurité alimentaire effective, l'un ne va pas sans l'autre. Le deuxième Sommet mondial de l'alimentation s'est déroulé du 10 au 13 juin 2002, à Rome. A cette occasion, « l'urgente nécessité » d'amplifier les efforts entre les partenaires a été soulignée pour parvenir à la réalisation des objectifs fixés lors du Sommet de 1996. Le Conseil de la FAO a été invité à élaborer un Groupe de travail

¹⁶⁸ La Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire mondiale tenue à Rome, le 13 novembre 1996, réaffirme « *le droit de chaque être humain d'avoir accès à une nourriture saine et nutritive conformément au droit à une nourriture adéquate et au droit fondamental de chacun d'être à l'abri de la faim* », disponible en ligne sur le site internet de la FAO.

¹⁶⁹ FAO, *Plan d'action du Sommet mondial de l'alimentation*, disponible sur le site internet de la FAO.

¹⁷⁰ *Ibid.*

intergouvernemental et établir des directives volontaires¹⁷¹ à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate. Les directives volontaires de la FAO demeurent un instrument juridique non contraignant de lutte contre la faim et la pauvreté. L'objectif principal était d'intensifier les actions afin d'accélérer la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement¹⁷².

71. Remarques. Les impulsions destinées à l'établissement d'une politique mondiale alimentaire ne font aucun doute. Si progressivement s'est dessinée une protection juridique, l'application effective des instruments reste variable. La construction normative de la sécurité alimentaire prend sa source dans une diversité de secteurs du droit dont la connexité est nécessaire. L'établissement de ponts juridiques apparaît inéluctable, de telle façon qu'il faudra s'assurer de la cohérence et de la fonctionnalité des liens normatifs entre les domaines en vue d'éviter la multiplication des contradictions. Cet esprit implique le développement de la sécurité alimentaire et nutritionnelle autour d'un noyau dur de principes et de normes lisibles aptes à s'intégrer dans d'autres catégories de droit. A cet égard, des dynamiques sont observées en vue de tisser des liens entre le droit de l'alimentation et le droit international des investissements. Les principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires¹⁷³, les Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers¹⁷⁴ et le futur Guide législatif sur les contrats d'investissement en terres agricoles¹⁷⁵ développé par le Groupe de travail d'Unidroit en collaboration avec la FAO et le FIDA constituent des premiers pas vers cette nécessité de connexité normative. Mais le chemin reste long. La portée de ces nouveaux instruments dans le droit international des investissements reste incertaine (le Guide est en cours d'élaboration) ou limitée s'agissant des Principes et Directives élaborés par le CSA. Or, les juges privés de l'investissement international sont amenés à se prononcer sur des situations alimentaires. En l'absence de règles répondant aux besoins alimentaires dans cette discipline, ce sont donc les règles du droit international des investissements qui s'appliquent. Les règles des investissements internationaux se sont construites en réponse aux besoins de protection des investisseurs. Elles n'ont donc aucun lien avec

¹⁷¹ FAO, *Projet de déclaration du Sommet mondial de l'alimentation : cinq ans après*, Rome, 10-13 juin 2002, § 10.

¹⁷² FAO, *Directives volontaires*, adoptées à la cent vingt-septième session du Conseil de la FAO, Novembre 2004, Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture, Rome, 2005.

¹⁷³ CSA, *Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires*, 2014.

¹⁷⁴ CSA, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, 2012.

¹⁷⁵ Le futur Guide a pour objectifs la fourniture « (d')orientations détaillées pour accompagner la préparation, la négociation et la mise en œuvre de contrats d'investissement en terres agricoles, de façon pleinement conforme aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, aux Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers, des pêches et des forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale (VGGT), aux Principes du CSA pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires (Principes CSA-RAI) et à d'autres instruments internationaux ». Propos recueillis en ligne sur le site UNIDROIT le 09 juin 2019, <https://www.unidroit.org/fr/current-studies-fr/contrats-en-terres-agricoles/consultation-en-ligne>

la construction de la sécurité alimentaire, et ce malgré le rôle joué par l'investissement dans le domaine alimentaire.

2°) Les origines normatives des investissements internationaux

72. Le droit de l'investissement est loin d'être récent. Ses origines et son application sous d'autres formes que le droit international d'aujourd'hui, demeurent anciennes et s'expliquent par la volonté des États d'assurer certaines protections aux étrangers présents sur leurs territoires (a)¹⁷⁶. Au XX^e siècle, le droit international des investissements s'est principalement fondé sur les traités bilatéraux d'investissements qui connaissent désormais une évolution (b).

a) De la protection diplomatique aux contrats d'État : première vague

73. La protection des intérêts économiques étrangers s'est élaborée par le biais de mécanismes répondant aux besoins des investisseurs qui ont contribué à poser les bases juridiques contemporaines des investissements internationaux. Les règles de protection des intérêts des personnes étrangères et de leurs propriétés prennent leurs sources dans les relations entre les pays européens et se sont développées en qualité d'instrument de protection des intérêts des États exportateurs de capitaux et de leurs ressortissants lors des périodes coloniales¹⁷⁷. La mise en œuvre d'une norme minimale de protection internationale des intérêts étrangers est fondée sur la protection diplomatique et trouve ses racines dans des traités datés du XIX^e siècle et du XX^e siècle. Ces traités dits « *traités d'amitié, de commerce et de navigation* » désignent la forme ancienne des traités bilatéraux d'investissement. Par exemple, l'article 8 du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre la France et le Mexique le 13 mars 1831 prévoyait que « *les citoyens de chacun des deux États (...) recevront respectivement une constante et complète protection pour leurs personnes et leurs propriétés, ils auront un libre et facile accès auprès des tribunaux de justice pour la poursuite de la défense de leurs*

¹⁷⁶ Ch. LEBEN, « Un survol historique », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 1-79. L'auteur décrit l'histoire du droit international des investissements comme « *l'histoire d'une tension entre les aspirations des uns et des autres, tension se résorbant périodiquement dans une synthèse provisoire, constamment remise en cause par l'évolution des forces en présence* », p. 2.

¹⁷⁷ K. MILES, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Version numérique Kindle, 2013, p. 19.

*droits*¹⁷⁸ (...) ». Cette clause se retrouve dans d'autres traités à cette période dans des formulations similaires¹⁷⁹.

74. Les insuffisances de la protection diplomatique. La protection diplomatique constitue un mécanisme par lequel un État est susceptible d'actionner la responsabilité d'un autre État qui aurait causé un dommage à l'un de ses ressortissants sur son territoire en agissant à sa place au niveau international¹⁸⁰. Si ce mécanisme est en recul, il n'a pas totalement disparu¹⁸¹. Il permet à l'État de nationalité de prendre « *fait et cause* » pour son ressortissant¹⁸². En d'autres termes, l'État va défendre son droit propre en s'assurant que son ressortissant reste traité en conformité avec le droit international. L'une des conditions essentielles de mise en œuvre de la protection diplomatique demeure l'exigence d'un lien de rattachement par la nationalité¹⁸³. Au fil du temps la protection diplomatique est apparue limitée. Le Professeur Charles Leben a énoncé les insuffisances de la protection¹⁸⁴, notamment le fait qu'elle suppose l'épuisement des voies de recours internes, ou encore que l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire. En effet, ce dernier n'est pas dans l'obligation de mettre en œuvre la protection. En réponse au besoin d'un renforcement de protection, de nouveaux modèles de règlements des différends sont apparus. Le traité de Jay, connu aussi sous l'appellation de traité de Londres, signé le 19 novembre 1794 entre les États-Unis et le Royaume-Uni a instauré des commissions mixtes. Cet organe nouveau et précurseur à cette époque a été créé en vue de résoudre les différends entre les deux États. Ce n'est pas sans faire écho aux juridictions internationales contemporaines. Il s'agissait de regrouper les contentieux au lieu de recueillir des demandes individuelles et de faire face à une multiplication d'actions générées par le mécanisme de la protection diplomatique¹⁸⁵.

¹⁷⁸ Article 8 du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre Sa Majesté le roi des Français et les États-Unis du Mexique le 13 mars 1831, disponible en ligne <https://basedoc.diplomatie.gouv.fr>.

¹⁷⁹ Voy. p. ex. l'article 4 du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre la France et la République de Honduras le 22 février 1856 qui reprend dans des termes similaires ceux du traité d'amitié conclu entre la France et le Mexique. Disponible en ligne <https://basedoc.diplomatie.gouv.fr>.

¹⁸⁰ Voy. B. STERN, Responsabilité internationale, *Rép. Dalloz*, Décembre 1998 (actualisation : Janvier 2019), spec. § 219-230.

¹⁸¹ Voy. p. ex récemment. Affaire *Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c. République démocratique du Congo*, arrêts portant sur les exceptions préliminaires, 24 mai 2007, *Rec. p.* 582; arrêt du 30 novembre 2010, *Rec. p.* 639, arrêt sur les indemnités, 19 juin 2012, *Rec. p.* 324.

¹⁸² CPIJ, *Grèce c. Royaume-Uni, Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Série A, n°2, p. 12 : « *C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international* ».

¹⁸³ Sur les difficultés de mise en œuvre de la condition de la nationalité aux personnes morales. Voy. p.ex. CIJ *Belgique c. Espagne, aff. Barcelona Traction*, 5 févr. 1970, *Rec.* 1970, p. 3 ; CIJ *Elettronica Sicula*, 20 juill. 1989, *Rec.* 1989, yp. 15 ; B. STERN, « La protection diplomatique des investissements internationaux, De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI*, 1990, pp. 896-948.

¹⁸⁴ Voy. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, spec. pp. 216-217.

¹⁸⁵ Sur ce point, voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2017, pp. 22-25.

75. L'émergence du contrat d'État. Le contrat d'État¹⁸⁶ désigne un contrat passé entre une partie étatique et une partie privée étrangère. L'objectif est « *(d')établir un lien égalitaire entre l'État et son cocontractant*¹⁸⁷ ». Très souvent, des clauses protectrices y sont intégrées. Les clauses de stabilisation constituent un exemple intéressant puisqu'elles permettent à l'investisseur de se protéger contre tout changement, par exemple politique ou fiscal qui pourrait intervenir pendant la durée du contrat conduisant à bloquer comme un arrêt sur image le droit applicable. Il s'agit de geler le droit national applicable à la date de conclusion du contrat en vue d'obtenir une prévisibilité contractuelle et en empêchant toutes modifications qui pourraient être appliquées ultérieurement. La clause d'intangibilité se retrouve également comme une clause phare des contrats d'États et s'inscrit dans les mêmes finalités de prévision et de sécurité. Elle permet des modifications du droit applicable par l'État mais ces dernières demeurent inapplicables au contrat. Dans tous les cas, l'extranéité du contrat conclu par l'État lui impose de repenser son autorité étatique, et conduit à extraire celui-ci de l'ordre juridique interne. L'impartialité exigée de l'État dans le cadre de ces contrats le conduit à accepter d'être dépourvu d'un grand nombre de prérogatives afin d'assurer une sécurité juridique à l'investisseur. Il y a l'idée de « *neutraliser le pouvoir normatif de l'État*¹⁸⁸ » et de procéder à une « *délocalisation du droit applicable*¹⁸⁹ » sur lequel l'État n'a pas la main. Cet ensemble de raisons pousse à résoudre les désaccords par l'arbitrage¹⁹⁰. Certains ont des effets considérables sur la pratique arbitrale¹⁹¹ et la structuration des investissements internationaux.

76. A l'origine, l'idée d'une émergence d'un contrat de droit international dans l'espace du droit international public n'apparaissait pas évidente. Ce n'est que progressivement que l'existence d'un droit international des contrats s'est imposée¹⁹². Dans les affaires *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. la Lybie*,¹⁹³ les sociétés américaines avaient obtenu des concessions pétrolières nationalisées vingt ans après par le gouvernement libyen, sans indemnisation dans les années 1970. Les sociétés ont donc introduit une requête d'arbitrage. L'internationalisation du contrat se fondait sur la clause d'arbitrage et une des clauses de droit applicable qui disposait que:

¹⁸⁶ Pour une étude approfondie, Voy. not. J.-M. JACQUET, « Contrat d'Etat », *JCP droit international*, fasc. 565-60.

¹⁸⁷ Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, p. 241.

¹⁸⁸ P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, 1986, p. 5-78.

¹⁸⁹ Ch. LEBEN, *op. cit.*, p. 258.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Voy. p.ex. G. BURDEAU, « Droit international et contrats d'États, La sentence *Aminoil contre Koweït* du 24 mars 1982 », *AFDI*, 1982, Vol 28, n°1, pp. 454-470.

¹⁹² Voy. p. ex. H. ASCENSIO, *Droit international économique*, P.u.f, 2018, p. 67.

¹⁹³ *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. Etat libyen*, Sentence du 19 janvier 1977, *JDI* 1977, pp. 350-389. Pour un commentaire, G. COHEN-JONATHAN, « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen » *AFDI.*, 1977, pp. 452-479.

La présente concession sera régie par et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international; et, en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international, elle sera régie par et interprétée conformément aux principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales.

77. L'arbitre a considéré que les contrats de concession avaient un caractère obligatoire, que les mesures de nationalisations entreprises s'avéraient contraires aux obligations qui résultaient des contrats et a reconnu l'existence et les conditions d'un droit international des contrats¹⁹⁴. L'internationalisation du contrat¹⁹⁵ a permis aux acteurs privés de développer leur influence dans un espace où les États sont dépourvus d'autorité souveraine. Ainsi, la partie privée a réussi à s'opposer au déséquilibre originel imposé par la puissance publique, puisqu'elle était soumise aux seules lois nationales de chaque État, en passant par le processus d'internationalisation du contrat. Cette technique permet d'éviter un asservissement économique des entreprises par les États. Les lois nationales des États vont être respectées dans la mesure où elles sont conformes au droit international. Sous le prisme du CIRDI, dans l'affaire *Letco c Libéria*¹⁹⁶, le contrat avait été conclu sur le fondement du droit libérien. Le tribunal arbitral a estimé que le droit libérien devait s'appliquer puisque les lois de cet État respectaient les principes du droit international public. Dans d'autres affaires, les arbitres ont déclaré que le droit étatique pouvait être complété. Dans l'affaire *Agip c. la République populaire du Congo*¹⁹⁷, une des clauses confirmait cette logique en stipulant que le droit congolais s'appliquait, mais pouvait être complété par le droit international. Dans les cas où le droit étatique fait défaut, le droit international peut notamment combler les failles juridiques en regard des principes établis et acceptés par l'ensemble des acteurs privés comme publics. C'est ainsi que les parties ont la possibilité de choisir le droit applicable, à défaut, c'est l'arbitre qui déterminera ce dernier. Cette structure conventionnelle laisse une liberté normative aux parties et évolue au fil des jurisprudences. La marge d'interprétation laisse entrevoir des divergences, mais traduit l'aspect hybride et fragmenté qui caractérise les investissements internationaux. Au fil du temps, on a assisté à un recul de la figure du contrat d'État laissant place à un véritable droit international des investissements.

¹⁹⁴ Dans cette perspective, l'arbitre s'est opposé à la célèbre formule déclarée dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens selon laquelle « *Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale* ». Voy. CPJI, *affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, arrêts n°14 pour les emprunts serbes et 15 pour les emprunts brésiliens, 1929, Série A, n°20/21, p. 41.

¹⁹⁵ Voy. sur ce point. P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969-III, vol. 128, spec. sur l'internationalisation directe des liens contractuels pp. 120-188.

¹⁹⁶ CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c. Liberia*, aff. n°ARB/83/2JDI, sentence du 31 mars 1986.

¹⁹⁷ CIRDI, *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, affaire n°ARB/77/1, sentence du 30 nov. 1979.

b) L'essor des traités bilatéraux d'investissement : deuxième vague

78. Le traité bilatéral de promotion et de protection des investissements¹⁹⁸ désigne « *un acte écrit, concerté entre deux États souverains, destiné à produire entre eux des effets de droit, et régi par le droit international*¹⁹⁹ ». Le premier traité bilatéral d'investissement a été conclu entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959. Depuis, ces instruments juridiques ont connu un développement fulgurant ces dernières décennies et sont devenus la source majeure du droit international des investissements. Pour autant, cette discipline n'en reste pas moins marquée par un manque d'unification selon certains. En effet, la présence limitée de conventions multilatérales et le foisonnement de la jurisprudence arbitrale non tenue par la règle du précédent demeurent propices à l'insécurité juridique²⁰⁰ et sous l'angle de notre objet d'étude au développement de conflits normatifs. Ceci étant, le succès de ces accords reste indéniable. Il est dénombré en juin 2019 près de 2353 traités bilatéraux d'investissement en vigueur selon les chiffres de la CNUCED²⁰¹. La première sentence rendue sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement nommée *APPL c. République du Sri Lanka* du 27 juin 1990²⁰² a admis que la demande d'arbitrage pouvait se rendre non pas en vertu du contrat d'État, mais sur le fondement du traité bilatéral d'investissement. Dès lors, l'investisseur dispose d'un « *droit direct d'action en arbitrage*²⁰³ ». L'essor des traités bilatéraux d'investissement s'est aussi concrétisé par la performance du modèle arbitral de règlement des différends proposé dans ce type d'accord. Souvent critiqué, il n'en reste pas moins vrai que les tribunaux arbitraux ont contribué au succès de cet instrument juridique dans le droit international des investissements.

79. **Les tribunaux arbitraux d'investissement.** Des organes parfois spécialisés interviennent dans la résolution des différends liés aux investissements internationaux. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) est l'organe principal de l'organisation qui s'intéresse à l'harmonisation des règles dans ce domaine par le biais de lois types, de recommandations, de séminaires ou de conférences. Elle propose un règlement d'arbitrage adopté en

¹⁹⁸ Les termes de conventions bilatérales et d'accords bilatéraux sont synonymes dans cette étude.

¹⁹⁹ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, t. 250, p. 107. A l'origine, la définition des traités en droit international est précisée par l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 : « L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ».

²⁰⁰ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 2018, p. 804.

²⁰¹ CNUCED, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

²⁰² CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, aff. n° ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990.

²⁰³ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 824.

1976 et révisé en 2010²⁰⁴ où sont exposées des dispositions détaillant la procédure et les règles nécessaires à la conduite d'un arbitrage ad hoc ou institutionnel. La CNUDCI ne constitue pas un Centre d'arbitrage, mais les parties peuvent choisir son règlement et y recourir via la Cour permanente d'arbitrage²⁰⁵ ou encore la Chambre de commerce internationale²⁰⁶ (CCI). Deux composantes importantes dans le cadre du règlement des différends, liées aux investissements internationaux. Toutefois, l'institution par excellence dans ce domaine demeure le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements²⁰⁷ (CIRDI) créé par la Banque mondiale sur le fondement de la Convention de Washington en 1965. En droit international des investissements, la majorité des arbitrages est présentée devant cette institution spécialisée. La convention (Convention CIRDI) reste l'illustration parfaite du succès de l'arbitrage en matière d'investissements internationaux et a contribué en partie à l'évolution du droit international des investissements. La Convention CIRDI est entrée en vigueur le 14 octobre 1966. L'objectif poursuivi repose sur la garantie et la promotion des investissements. L'article 25 de la Convention CIRDI prévoit que le Centre est compétent à la condition qu'un « *État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant* » soient parties à la Convention et que le différend demeure en « *relation directe avec un investissement*²⁰⁸ ». L'affaire doit être introduite par une requête adressée au secrétaire général du CIRDI, en français, anglais ou espagnol, les trois langues officielles. Les parties choisissent les arbitres. La majorité de ceux-ci devront être ressortissants d'un autre État que celui de l'investisseur.

80. Le 30 juin 2018, 153 États avaient ratifié la Convention CIRDI²⁰⁹. Dans la même année, le CIRDI a été saisi sur sa compétence à 60% sur le fondement de traités bilatéraux d'investissements,

²⁰⁴ Trois versions du Règlement sont proposées, la version d'origine de 1976, la version révisée en 2010 et la version révisée en 2013, entrée en vigueur le 1er avril 2014 incorporant le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondés sur des traités

²⁰⁵ Voy. Rapport annuel de la Cour permanente d'arbitrage, 2017 ; UNCTAD, *Dispute Settlement, 1.3 Permanent Court of Arbitration*, (overview), UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.26, 2003.

²⁰⁶ Voy. p. ex. C. IMHOOS, E. SCHÄFER et H. VERBIST, *L'arbitrage de la CCI en pratique*, Bruylant, 2019 ; J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2012-2015*, parution 2019 pour les dernières sentences.

²⁰⁷ Pour un regard historique voy. A. R. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2^e éd., 2017. Pour une étude de la jurisprudence arbitrale : E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, vol I, 2004; vol II, 2009; Pour une étude de la Convention CIRDI : Ch. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001 ; Pour un bilan du CIRDI : F. HORCHANI (dir.), *Le CIRDI : 45 ans après, bilan d'un système*, Paris, Pedone, 2011 ; Pour une étude régionale : W. BEN HAMIDA, J.-B. HARELIMANA et A. NGWANZA, *Un demi-siècle africain au CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs*, L.G.D.J, 2019.

²⁰⁸ Article 25 de la Convention de Washington, Chapitre II « De la compétence du centre » : « (1) *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.* »

²⁰⁹ Liste des Etats contractants et signataires de la convention au 30 juin 2018, rapport annuel du CIRDI 2018, p.16.

8 % sur le Traité de la Charte de l'Energie (TCE), 2% sur l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), 5% sur la loi relative à l'investissement de l'État hôte et 14 % sur des contrats d'investissement entre l'investisseur et l'État hôte²¹⁰. En parallèle du succès du système d'arbitrage CIRDI, l'insatisfaction grandissante et le sentiment pour certains États d'une suprématie des droits de l'investisseur ont donné lieu à un rejet du système²¹¹. Sur le fondement de l'article 71 de la Convention, la Bolivie²¹², l'Equateur²¹³ et le Venezuela²¹⁴ ont dénoncé la Convention CIRDI. Pour autant, au cours de l'année 2018, le CIRDI a enregistré 57 nouvelles affaires, en augmentation de 16 % par rapport à l'année précédente et a administré 279 affaires, ce qui correspond au nombre le plus élevé d'affaires jamais administrées au cours d'un même exercice. Les secteurs économiques concernés par les nouvelles affaires sont à 4% dans le domaine de l'eau, l'assainissement et la protection contre les inondations, 6% concernent l'agriculture, la pêche et les forêts, et 21 % portent sur le secteur du pétrole, du gaz et des mines²¹⁵. Concrètement, 31 % des nouvelles affaires enregistrées sont donc susceptibles de produire des effets sur la sécurité alimentaire.

Après cette brève présentation des deux disciplines, nécessaire à la bonne compréhension de leurs mécanismes respectifs, penchons-nous sur la force normative de la sécurité alimentaire et du droit international des investissements.

§2.- Le contraste des forces normatives entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux

81. Les différences de forces normatives entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux sont saisissantes. Le régime des investissements internationaux est fondé sur la protection des investisseurs étrangers lorsqu'il opère sur le territoire d'un État d'accueil. Qualifiée d'exclusive, cette protection s'avère aussi critiquée en raison de l'asymétrie qu'elle génère dans les accords d'investissements internationaux (A). En parallèle, le régime de la sécurité alimentaire offre une protection limitée et ne parvient que difficilement à s'imposer en dépit des évolutions du concept de sécurité alimentaire ces dernières années (B).

²¹⁰ Rapport annuel du CIRDI 2018, p. 28.

²¹¹ J. CAZALA, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, 2012, pp. 551-565; W. BEN HAMIDA, « La dénonciation de la convention CIRDI, un adieu ou un simple au revoir », in F. HORCHANI (dir.), *Le CIRDI : 45 ans après, bilan d'un système*, Paris, Pedone, 2011, spec. p.128-133. W. BEN HAMIDA, « La Dénonciation de la Convention Cirdi en Amérique Latine: Significations et Conséquences », *RBA*, n°30 - Abr-Jun/2011-Doutrina internacional, pp. 66-93; B. REMY, *JDI* n° 1, Janvier 2016, Chronique des sentences arbitrales, spec. *De l'effet de la dénonciation de la Convention CIRDI sur le consentement de l'État à l'arbitrage*, p. 215.

²¹² La Bolivie a dénoncé la Convention CIRDI le 2 mai 2007, douze ans après sa ratification en date du 23 juin 1995.

²¹³ L'Equateur a dénoncé la Convention CIRDI le 6 juillet 2009, vingt-trois ans après son entrée en vigueur en date du 14 février 1986.

²¹⁴ Le Venezuela a dénoncé la Convention CIRDI le 24 janvier 2012, dix-sept ans après son entrée en vigueur en date du 1er juin 1995.

²¹⁵ Rapport annuel du CIRDI 2018, p. 31.

A.- L'efficacité protectrice des fondements juridiques des investissements internationaux

82. Les investisseurs internationaux disposent d'un arsenal juridique performant en vue de protéger leurs investissements lorsqu'ils sont effectués sur les territoires des États hôtes (1°). Pour autant, cette protection a fait l'objet de contestations ces dernières années et a contribué à une évolution des traités bilatéraux d'investissement (2°).

1°) Le paradigme de la protection exclusive des droits des investisseurs

83. Si les fondements des investissements internationaux restent multiples, ils peuvent d'une part, être décryptés par l'étude des réglementations non conventionnelles, et d'autre part, être identifiés par l'étude des fondements conventionnels dominant la matière. Les sources du droit des investissements étrangers ont fait l'objet de nombreuses études²¹⁶. La densité normative du droit des investissements a été l'une des plus remarquées. Un mille-feuille de législations nationales, régionales et internationales s'est mis en place pour régir cette branche du commerce international. Pour certains, si la multiplicité des normes a eu l'effet d'un désordre apparent, en revanche, ce désordre n'est qu'illusoire et peut entre autres s'expliquer par l'évolution rapide et profonde qu'a connue la matière²¹⁷. Pour d'autres, le désordre est difficilement contestable²¹⁸ et serait le fruit du morcellement du contentieux et de la prolifération des normes notamment des traités²¹⁹.

84. **Le droit de réglementation des États.** C'est la règle de principe. Chaque État réglemente sur son territoire l'ensemble des investissements étrangers. De cette règle découlent des lois

²¹⁶ Voy. p.ex. Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN et J.E. VINUALES, (ed.), *The foundations of international Investment Law*, Oxford University Press, 2014 ; spec. R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, spec. pp. 12-19. ; Ph. KHAN, Th. W. WALDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff, 2007; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 55-161; C. CRÉPET DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », Chapitre 1, in Ch. LEBEN (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015 pp.83-115; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2010, pp 614-634; M. AUDIT, « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », Chap. 2, in Ch. LEBEN (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 pp.119-133, A. PARRA, «Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes », *ICSID Review – FILJ*, 1992, pp. 428-452; G. SACERDOTI, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *RCADI*, 1997, vol. 269, pp. 255-463; OCDE, *Droit international de l'investissement : Un domaine en mouvement, Complément aux Perspectives de l'investissement international*, 2005.

²¹⁷ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, t.250, pp. 9-216; Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, vol. 50, 2004. pp. 683-685.

²¹⁸ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in F. HORCHANI (Dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, p. 195.

²¹⁹ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, Vol 51, p. 601.

dispersées dans le monde qui peuvent être traduites par des codes d'investissements selon les États. Autrement dit, le principe de souveraineté est au cœur des investissements internationaux. D'un côté, l'État peut refuser l'investissement sur son territoire, notamment si celui-ci est jugé inopportun. Cette appréciation est déterminée en fonction de l'opportunité et de la valeur ajoutée que l'investissement est susceptible d'apporter. D'un autre côté, l'État peut aussi tenter d'attirer les investisseurs internationaux, tout en protégeant ses propres intérêts dans le cadre de placements de capitaux qui touchent à des secteurs stratégiques sensibles. En France, l'article L 151-1 du Code monétaire et financier (CMF) prévoit que les investissements étrangers effectués en France sont libres, mais doivent s'exercer en conformité avec les engagements internationaux souscrits par la France. Toutefois, dans certains secteurs sensibles et stratégiques affectant des intérêts publics essentiels, les investissements internationaux sont soumis à une autorisation préalable²²⁰. Par cela, les investisseurs étrangers sont invités à investir en France sous le respect de la loi française et ce, sans porter atteinte « à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale²²¹ ». Depuis l'entrée en vigueur du Programme d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, « La Loi Pacte », on a assisté à un renforcement du contrôle de l'État sur les investissements étrangers²²² portant sur des secteurs stratégiques notamment par le biais de l'obligation de l'autorisation préalable. Cette autorisation²²³ concerne sous certaines conditions des opérations d'investissement dans des secteurs susceptibles de porter atteinte à la sécurité alimentaire, notamment à l'intégrité, la sécurité et la continuité de l'approvisionnement en eau dans le respect des normes édictées dans l'intérêt de la santé publique (article R153-2 b du CMF) ou encore des activités pouvant agir sur la protection de la santé publique (article R153-2 f du CMF).

²²⁰ Voy. Décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable.

²²¹ Article L151-3 du Code monétaire et financier : « I. – Sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants : a) Activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ; b) Activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives. Un décret en Conseil d'Etat définit la nature des activités ci-dessus et des investissements soumis à autorisation. II. – L'autorisation donnée peut être assortie le cas échéant de conditions visant à assurer que l'investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux visés au I. Le décret mentionné au I précise la nature et les modalités de révision des conditions dont peut être assortie l'autorisation ».

²²² Voy. X. DELPECH, « Loi PACTE : renforcement du contrôle des investissements étrangers en France, Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (TA n° 258, 11 avr. 2019), art. 152 », *D. actualité*, avril 2019.

²²³ Par exemple, l'article R153-2 du Code monétaire et financier prévoit que peuvent être concernés « les investissements étrangers mentionnés à l'article R. 153-1 réalisés par une personne physique qui n'est pas ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, par une entreprise dont le siège social ne se situe pas dans l'un de ces mêmes Etats ou par une personne physique de nationalité française qui n'y est pas résidente » (...).

85. La compétence exclusive de l'Union européenne. L'Union européenne est dotée d'une compétence exclusive dans le cadre de la politique commerciale commune, étendue aux investissements internationaux. Les articles 206 et 207 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoient les règles devant être suivies pour la politique commerciale et pour le droit des investissements. Le droit de l'Union européenne prévoit que la liberté d'investir relève de la liberté d'établissement²²⁴ (TCE. Art 49) et de la libre circulation des capitaux (TCE. art 46). A ce titre, elles permettent de protéger « *les investissements directs, par la prise de participation et de contrôle d'une entreprise, et au titre de la libre circulation des capitaux peuvent également être protégés les investissements de portefeuille ou les investissements immobiliers*²²⁵ ». A l'origine, ces libertés prévues dans le cadre des États membres de la communauté européenne suffisaient à protéger les investissements internationaux. Mais parallèlement, des TBI ont été signés et se sont démultipliés, notamment avec les pays d'Europe de l'Est qui après la chute du mur de Berlin et de l'Union soviétique sont pour un grand nombre devenus des membres de l'Union européenne. Dès lors, des conflits normatifs susceptibles d'émerger entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements, ainsi que des doutes quant à la protection véritable des intérêts publics lors des arbitrages État-investisseur ont contribué à des évolutions importantes dans ce domaine et à une volonté de changer l'architecture des investissements internationaux²²⁶.

86. La protection effective des accords de libre-échange. Les traités bilatéraux d'investissement coexistent avec d'autres sources essentielles comme la loi nationale, la coutume et les principes généraux du droit international²²⁷. Ces derniers restent au cœur de la matière et prédominent largement la scène des investissements internationaux. Pour autant, d'autres modèles existent et demeurent efficaces dans la protection des investissements internationaux. C'est le cas des accords de libre-échange. Il est vrai que ces instruments juridiques n'ont pas pour objet direct la protection des investissements internationaux, mais un domaine commercial plus large. En revanche, il n'en reste pas moins des sources importantes des investissements internationaux qu'ils traitent très souvent sous le prisme d'un chapitre. L'exemple repris par excellence est celui du chapitre 11 de

²²⁴ Sur ce point, voy. notamment J. HEYMANN, « De la mobilité des sociétés dans l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, 425 ; G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *RIDE* 2010, 351. Si cette liberté apparaît défendue avec vigueur par la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97), certaines limites strictes ont été soulevées (CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01).

²²⁵ L. AZOULAI et W. BEN HAMIDA, « La protection des investissements par le droit primaire - Droit conventionnel des investissements et Droit primaire communautaire : Etude comparée des régimes et des approches », in C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, LGDJ, 2009, p.71.

²²⁶ *Supra* §§ 2-3.

²²⁷ Sur les sources nationales et internationales du droit de l'investissement, Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, pp. 57-140.

l'ALENA²²⁸. Il constitue l'un des modèles les plus aboutis à l'échelle régionale s'intéressant aux investissements internationaux et a conduit à la création en 1994 de la plus grande région de libre-échange jamais connue²²⁹. Depuis sa constitution, les investissements directs étrangers n'ont cessé de se développer dans les trois pays visés. Cela reste notamment dû à un régime très favorable aux investisseurs étrangers et à des restrictions quant aux marges de manœuvre des États²³⁰.

87. Le chapitre 11 du traité prévoit le régime juridique des investissements et comporte les clauses traditionnelles protectrices des investissements internationaux. Il s'agit du cœur des droits des investisseurs repris dans la majorité des traités bilatéraux des investissements. C'est ainsi que la clause sur le traitement national vise à accorder aux investisseurs étrangers un traitement non moins favorable que celui accordé dans des circonstances analogues à un investisseur national (article 1102). La clause de la nation favorisée implique d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement non moins favorable que celui accordé dans des circonstances analogues à d'autres investisseurs étrangers susceptibles d'être plus favorisés (article 1103). La clause portant sur la norme minimale de traitement signifie que les États accordent aux investissements effectués par les investisseurs étrangers un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales (article 1105). La clause relative à l'expropriation et à l'indemnisation prévoit que les États ne pourront pas directement ou indirectement nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur étranger. Il en est de même dans l'hypothèse d'une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation sauf a) pour une raison d'intérêt public; b) sur une base non discriminatoire; c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6 (article 1110). L'ensemble de ces dispositions sont reprises et précisées dans le nouvel Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) visant à remplacer l'ALENA, signé le 30 novembre 2018. Toutefois, le mécanisme de règlement des différends investisseur/État est supprimé entre les États-Unis et le Canada, et maintenu dans certaines hypothèses entre les États-Unis et le Mexique.

²²⁸ Accord de libre-échange nord-américain. Accord entre les États-Unis, le Mexique et le Canada établissant une zone de libre-échange, 1994.

²²⁹ La littérature relative à l'ALENA est abondante. Voy. A. LEMAIRE, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA », *Rev.arb.*, 2001 n°1, p. 80; A. MILANOVA, « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atouts discrets d'une hégémonie », *JDI*, 2003, pp. 87- 100; G. MAZET, Colloque à Bello « Le droit des investissements dans l'ALENA: de la protection à la sécurité », Centre de Recherches sur l'Amérique Latine CNRS, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine, Université Paris 3 Sorbonne Nouvelle ; Pour une étude plus large des accords commerciaux préférentiels : H. GHERARI, *Les accords commerciaux préférentiels*, Larquier, 2013.

²³⁰ G. MAZET, *op.cit.*

88. La protection substantielle des traités bilatéraux d'investissement. Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) constituent une source majeure du droit international des investissements²³¹. Il est communément admis que « *ces traités d'investissement sont généralement des instruments dont l'unique fonction consiste à protéger les investisseurs étrangers et leurs actifs, et non à leur imposer des obligations ou des responsabilités légales*²³² ». Ils visent à encourager les flux d'investissements privés internationaux et donnent un cadre juridique certain et durable aux opérations. Les États disposent d'un modèle de traité bilatéral²³³ sur lequel repose la protection de leurs ressortissants désormais susceptibles de se regrouper sous l'égide d'une protection uniformisée et initiée récemment par l'Union européenne. Notons aussi que le modèle de traité bilatéral européen s'oppose au modèle américain²³⁴. Pour autant, il y est inséré des dispositions communes. Les dispositions des TBI sont généralement composées de clauses récurrentes, caractéristiques de la modélisation des traités²³⁵. La substance des TBI comprend principalement la définition des termes, le champ d'application du traité, les règles de conditions relatives à l'accueil de l'investissement, les standards de protection, les règles de traitement dans le cas de crises ou guerres, les transferts de fonds et le règlement de différends²³⁶. Les différentes clauses permettent d'homogénéiser la matière. Toutefois, les termes restent de manière générale, vagues laissant place à une marge d'interprétation, parfois dangereuse lors des rencontres avec la sécurité alimentaire. Les standards internationaux, qui ont pénétré la matière des investissements sont des référents permettant une protection minimale. La fragmentation du réseau des traités bilatéraux d'investissement apparaît étonnante. En effet, les clauses dans la majorité de ces traités sont similaires ou comparables. Dès lors, il aurait été intéressant

²³¹ Voy. D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH et A. HAMANN, *Droit international économique*, Dalloz, 6^e éd., 2017, spec. pp. 567-571; E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.*, 2003, pp. 853-875; J. PAULSSON., « Arbitration without privity », *ICSID Review*, 1995, pp. 232-257; W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents », *JDI*, 2004, pp. 419-441; B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires ? » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Litec, 2000, p. 223 et ss; G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-38.

²³² L.E PETERSON, « Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États », *Droits et Démocratie, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique*, 2009, p. 12; Voy aussi sur les droits et devoirs de l'investisseur : P. JUILLARD, « Table ronde - Le système actuel est-il déséquilibré ? »; in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, 2006, p. 190.

²³³ Voy. p. ex. US Model BIT - Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2012) ; France Model BIT, Draft agreement between the government of the Republic of France and the government of the republic of (...) on the reciprocal promotion and protection of investments (2006) ; Indian Model Text of BIPA, Agreement between the government of the Republic of India and the government of the Republic of (...) for the promotion and protection of investments (2003).

²³⁴ P. JUILLARD, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 669-682.

²³⁵ C. CRÉPET DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », Chapitre 1, in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 p. 96 ; D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 4^e éd., 2010 p. 421.

²³⁶ Voy. C. CRÉPET DAIGREMONT, *op. cit.*, p. 94.

qu'un accord multilatéral voie le jour en vue d'une uniformisation internationale de la protection des investissements internationaux. Un accord multilatéral d'investissement (AMI) a déjà été pensé, mais n'a jamais été concrétisé²³⁷, laissant place à une série d'échecs malgré les efforts répétés²³⁸.

89. Le succès isolé de certains traités multilatéraux : l'exemple du traité sur la Charte de l'énergie²³⁹ A coté des accords de libre-échange, certains traités multilatéraux isolés et spécifiques demeurent des instruments performants. La Charte de l'énergie²⁴⁰ sur ce point s'avère une belle illustration. Ces dispositions consacrent la protection des investissements internationaux dédiés au secteur énergétique et s'inspirent des traités bilatéraux d'investissement²⁴¹. Cet accord sectoriel prévoit l'encouragement et la création de « *conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes* ». L'article 26 précise les modalités du règlement des différends par la voie de l'arbitrage et la possibilité de saisir le CIRDI, un tribunal arbitral constitué en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

90. Le paradigme de la responsabilité sociale. Les rapports, recommandations, et principes élaborés par les organisations internationales nourrissent la matière des investissements internationaux. Les principes directeurs de l'OCDE constituent une illustration des recommandations

²³⁷ Voy. J. KARL, « On the way to multilateral investment rules-some recent policy issues », *ICSID Review*, FILJ, 2002, vol. 17, pp. 293- 319 ; SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999 ; D. JOHNSON, « L'accord multilatéral sur l'investissement : ami ou ennemi ? », *Politique étrangère*, 1998, Vol 63, N°2, pp. 359-376.

²³⁸ Voy. p. ex Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) - projet de texte consolidé. Document rédigé pendant les négociations de l'AMI qui ont eu lieu entre 1995 et 1998, DAFPE/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998 ; Pour une explication des différentes tentatives d'édification d'un accord multilatéral, Voy. Charte de la Havane, 14 mars 1948, article 12, ou encore Résolution du Conseil de l'OCDE, 12 octobre 1967, sur le projet de convention portant sur la protection des biens étrangers in D. CARREAU, P. JUILLARD, PATRICK, R. BISMUTH, et A. HAMANN, *Droit international économique*, Dalloz, 6^e éd., 2017, p. 541 et p. 558.

²³⁹ JOCE, n° L 380, 31 déc. 1994. Voy. aussi Décis. n° 98/181/CE-CECA-Euratom du Conseil et de la Commission 23 sept. 1997, JOCE, n° L 69, 9 mars 1998).

²⁴⁰ Voy. notamment R. LEAL-ARCAS, (ed.) *Commentary on the Energy Charter Treaty*, Edward Elgar Publishing, 2018 ; F. POIRAT, « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, 1998, pp. 45-84 ; R. BABADJI, « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) », *AFDI*, 1996, pp. 872-893 ; Th. WÄLDE, « Investment under the 1994 Energy Chapter Treaty », *Journal of World Trade Law*, 1995, t.29, n°5 ; T. WÄLDE et K. HOBER, « The first Energy Charter Treaty Arbitral Award », in Ch. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 307-329 ; A. KONOPLYANIK et Th. WALDE, « Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy », *24 J. Energy Nat. Resources* L. 523, 558 (2006). ; A. A. FATOUROS, « An international legal framework for energy », *RCADI*, 2008, pp. 409-443.

²⁴¹ Pour des affaires fondées sur le traité de la Charte de l'énergie, Voy. CPA, *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) c. Russie*, affaire CPA n°AA 208, sentence du 18 juillet 2014 ; CNUDCI, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Russie*, aff. n° AA 228 ; CIRDI *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n°ARB/14/1, sentence du 16 mai 2018 ; CIRDI *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, aff. n° ARB/09/6 (formerly Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG c. Allemagne), sentence 11 mars 2011.

que ces organisations mettent en œuvre. L'organisation a mis en place un ensemble d'orientations à la disposition des entreprises et des investisseurs, consciente que « *l'investissement privé constitue un puissant catalyseur de l'innovation, de la croissance économique et de la réduction de la pauvreté*²⁴² ». Cette organisation œuvre en faveur des droits les plus fondamentaux, notamment en vue d'obtenir un investissement responsable durable, qui permettrait d'harmoniser le développement économique et social. Les recommandations de l'OCDE sont un gage d'efficacité théorique pour les droits fondamentaux et les investissements internationaux. L'applicabilité des principes énoncés progresse, malgré une effectivité souvent altérée. Les principes directeurs de l'OCDE constituent un ensemble de recommandations à l'intention des entreprises et des investisseurs. Ils ont pour fins l'organisation d'une « *conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationales admises*²⁴³ ». Le constat d'une absence de référence directe à la sécurité alimentaire ne signifie pas qu'elle n'est pas visée. Ce socle de droits non contraignants est destiné à l'ensemble des droits humains. D'autres manifestations de la volonté des organisations internationales d'améliorer le sort des investissements internationaux dans une logique de développement économique et social existent. Les principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger²⁴⁴ en sont une illustration. Il est par exemple précisé à l'article II. 5 que des restrictions sont applicables aux investissements internationaux pour les motifs suivants : des raisons d'ordre public, de santé publique et de protection de l'environnement. De nombreuses initiatives des organisations internationales visent les entreprises internationales et les investisseurs en leur proposant des outils non contraignants pour respecter les de l'Homme dans le cadre de leurs activités économiques. Bien sûr, ces principes ne constituent que des recommandations. Ce ne sont pas des normes contraignantes pour les investisseurs.

91. Il est important de noter que ces dernières années, l'intégration directe de clauses relatives à la responsabilité sociale des investisseurs a fleuri dans les nouveaux traités bilatéraux d'investissement²⁴⁵. Pour autant, les premières dispositions de cet ordre consistaient à encourager les investisseurs sur la base du volontariat à respecter les normes de responsabilité sociale des entreprises communément acceptées par la communauté internationale. Finalement, l'inclusion de clauses de responsabilisation non contraignantes n'a fait que conforter l'idée d'un déséquilibre des responsabilités entre les obligations contraignantes des États et les obligations non contraignantes des

²⁴² Voy sur ce point. C. FOLARD-FABREGOULE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'égard des multinationales, Contribution à l'étude de la circulation normative et au dialogue entre institutions l'aune de l'exemple de la gouvernante environnementale », *RGDIP*. 2016, p. 579.

²⁴³ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2011, p. 3.

²⁴⁴ Voy. P. M. PROTOPSALTIS, « Les principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger », *RCADI*, 2007.

²⁴⁵ *Infra* § 141. Voy aussi sur ce point : L. DUBIN, « RSE et droit des investissements, les prémises d'une rencontre », *RGDIP*. 2016, pp. 867-891.

investisseurs. Ce contraste entre des obligations extra économiques, mais non contraignantes à destination des investisseurs étrangers et les obligations économiques contraignantes des États a conduit aux difficultés de prise en compte de l'intérêt public et notamment l'intérêt public alimentaire dans le droit international des investissements. Par la suite, les dispositions relatives à la responsabilité sociale se sont renforcées et les États ont commencé à intégrer des clauses relatives aux droits de l'Homme et à l'environnement²⁴⁶. Ce constat s'inscrit dans la dynamique d'un renforcement des pouvoirs de réglementation des États²⁴⁷. Néanmoins, l'intégration de telles clauses étudiées dans les lignes ci-dessous en vue de mesurer le degré d'admission de la sécurité alimentaire dans la sphère des investissements internationaux n'aura pas suffi à empêcher la remise en cause du réseau des traités bilatéraux d'investissement ainsi que son modèle de règlement des différends.

92. Les configurations déséquilibrées dans le droit international des investissements.

L'arbitrage transnational, figure centrale du modèle de règlement des investissements internationaux dans les traités bilatéraux d'investissement, a commencé à soulever des questions²⁴⁸. Des critiques des États²⁴⁹ et de la société civile²⁵⁰, parfois virulentes, surgissent de toutes parts et mettent en lumière les déséquilibres procéduraux et substantiels dans le droit international des investissements. Sous l'angle procédural, l'arbitrage État-investisseur conduit à positionner l'État d'accueil en situation de défendeur devant le CIRDI²⁵¹. Dès lors, l'État n'a pas la possibilité devant ce Centre d'activer une procédure à l'encontre des investisseurs sauf dans l'hypothèse des demandes reconventionnelles qui restent encore rares²⁵². Sous le prisme substantiel, l'atteinte à la liberté normative de l'État a été vivement dénoncée et contribue à douter d'un équilibre possible entre les intérêts privés et publics dans l'arbitrage d'investissement²⁵³. La remise en cause de la souveraineté des États par des atteintes à son pouvoir de réglementation aurait même entraîné certains tribunaux à contrebalancer cette

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Voy. not. T. EL GHADBAN, C.-M. MAZUY et A. SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers: vers une réaffirmation de l'Etat ?* Paris, Pedone, 2018.

²⁴⁸ Voy. p. ex. J.-E. ALVAREZ et K. P. SAUVANT, « The Evolving International Investment Regime : Expectations, Realities, Options », *Oxford University Press*, 2011, pp. 174-193; R. BACHAND et A. VEILLEUX, « Droits et devoirs des investisseurs : Existe-t-il un espace juridique transnational ? », *Cahier de recherche*, 2001, vol.1, n°13 ; P. JUILLARD, « The Law of International Investment : Can be Imbalance be Redressed ? », *Yearbook on international investment law and policy*, vol. 2008-2009, pp. 273 et s.

²⁴⁹ J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI* n° 1, Janvier 2017, doct. 3.

²⁵⁰ Voy. notamment des associations ou ONG, souvent dans une ligne altermondialistes, et militantes qui dénoncent de manière virulente l'arbitrage Etat-investisseur, p.ex. france.attac.org. ou le Collectif Stop CETA.

²⁵¹ Voy. H. HELLIO, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatifs aux investissements étrangers », *RGDIP*, 2009/3, pp. 589 et s.

²⁵² Voy. p. ex. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, aff. n°ARB/08/5, demandes reconventionnelles, 7 février 2017.

²⁵³ Sur les tensions entre les intérêts privés et publics de manière générale dans le droit international des investissements. Voy. p.ex. E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications*, CUP, Version numérique Kindle, 2014.

tendance. C'est ainsi qu'il a été mis en avant le recours à « *des techniques interprétatives étant instrumentalisées à cet effet*²⁵⁴ ». Sur la base de cette idée, le Professeur Franck Latty précise que certaines références telles que l'intention des parties à un TBI permettraient de limiter la protection des droits des investisseurs²⁵⁵ ce qui s'inscrit dans une optique de rééquilibrage.

93. « *Qui a des droits, normalement, a des devoirs*²⁵⁶ ». Ces termes du professeur Patrick Juillard visaient à souligner l'absence traditionnelle des devoirs à la charge des investisseurs étrangers dans les TBI tandis que l'État a des devoirs vis-à-vis des investisseurs, mais pas de droits. Dans ce contexte, la difficulté principale reste que l'État doit assurer la sécurité alimentaire de sa population. Dès lors, le droit peut apparaître comme un obstacle. La source principale de ce déséquilibre s'explique par la « *modélisation conventionnelle*²⁵⁷ ». Les États développés envoient leur modèle conventionnel aux pays en développement qui vont les signer²⁵⁸. L'inégalité contractuelle commence à ce moment précis. Ceci dévoile la distinction de force dans la négociation internationale qui se traduit ensuite dans les systèmes normatifs. Les responsabilités demeurent partagées. Les investisseurs ne sont pas les seuls à défendre cette protection substantielle. Les États peuvent des fois en être les complices : « *A l'image des paradis fiscaux, certaines multinationales ont dirigé leurs activités vers les paradis de la pollution*²⁵⁹ ». C'est ainsi que certains investisseurs orientent leurs activités vers les États étant les plus conciliants et parfois les moins protecteurs de la sécurité alimentaire de leurs populations. La responsabilité n'est pas seulement l'apanage des investisseurs. Les États d'accueil qui font preuve « *de complaisance coupable*²⁶⁰ » à l'égard des investisseurs en ne protégeant pas leur population des opérations d'investissement négatives sur leur territoire ont aussi leur part de responsabilité.

2°) L'évolution des traités bilatéraux d'investissements internationaux

94. **La montée des contestations.** Si les traités bilatéraux d'investissement ont connu un succès fulgurant ces dernières années, il semblerait que cette dynamique se soit estompée. Plusieurs raisons peuvent être invoquées. D'une part, les doutes quant à la capacité du modèle de règlement des différends proposé dans les traités à considérer les intérêts publics, notamment sous le prisme de

²⁵⁴ F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, 2011/2, p. 477.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ P. JUILLARD, « Table ronde - Le système actuel est-il déséquilibré ? »; in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, 2006, p. 190.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ P.-M. DUPUY, « Bilan de recherche de la section française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », in *La pollution transfrontière et le droit international*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international de la Haye, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1985, § 51.

²⁶⁰ *Ibid.*, § 54.

l'étude, la sécurité alimentaire²⁶¹, mais aussi l'environnement²⁶² et la santé publique²⁶³. Dès lors, de vives critiques ont pris place et une volonté de changement a émergé. Certains pays ont clairement montré un rejet radical du mécanisme de l'arbitrage transnational. L'Équateur a par exemple inscrit dans sa constitution l'interdiction de la conclusion des traités ou instruments internationaux par lesquels l'État équatorien céderait sa souveraineté à des entités arbitrales internationales en visant clairement les différends classiques entre États et investisseurs²⁶⁴. D'autre part, le regroupement de certains États à l'échelle régionale sous l'égide d'une entité unique conduit à la suppression des traités bilatéraux au profit d'un seul et même accord²⁶⁵.

95. Dernièrement, dans sa décision du 6 mars 2018, la CJUE s'est clairement opposée à l'arbitrage d'investissement en déclarant l'incompatibilité du droit de l'Union européenne avec le système d'arbitrage investisseur-État contenu dans les traités bilatéraux d'investissement intra-UE²⁶⁶. La Cour a donc semblé rejoindre les positions de la Commission européenne qui n'avait pas hésité à saisir celle-ci d'un recours à l'encontre de la Roumanie en vertu de l'absence de récupération intégrale des sommes payées d'un montant de 92 millions d'euros considérées illégales des suites de l'exécution d'une sentence CIRDI²⁶⁷. Dans un arrêt du 18 juin 2019, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision de la Commission européenne en faveur des investisseurs²⁶⁸ créant

²⁶¹ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/03/17, sentence du 30 juillet 2010.

²⁶² CIRDI, *Vattenfall AB and others c. Allemagne*, aff. n° ARB/12/12.

²⁶³ CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A., Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, aff. n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016.

²⁶⁴ Article 422. Constitution of the Republic of Ecuador. National Assembly Legislative and Oversight Committee, 2008, Published in the Official Register : « *Treaties or international instruments where the Ecuadorian State yields its sovereign jurisdiction to international arbitration entities in disputes involving contracts or trade between the State and natural persons or legal entities cannot be entered into. The treaties and international instruments that provide for the settlement of disputes between States and citizens in Latin America by regional arbitration entities or by jurisdictional organizations designated by the signatory countries are exempt from this prohibition. Judges of the States that, as such or their nationals, are part of the dispute cannot intervene in the above. In the case of disputes involving the foreign debt, the Ecuadorian State shall promote arbitration solutions on the basis of the origin of the debt and subject to the principles of transparency, equity, and international justice* ».

²⁶⁵ Voy. Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AECG ou dénommé ci-après CETA comme dans sa version anglaise), Journal Officiel de l'Union européenne n° L 11 du 14 janvier 2017, signé le 30 octobre 2016. En application partielle et provisoire.

²⁶⁶ CJUE, *arrêt Achmea*, aff. C-284/16. Voy. sur ce point : E. GAILLARD, « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques », *Rev. crit. DIP* 2018. 616 ; J. CAZALA, « Incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE. À propos de l'arrêt *Slowakische Republik. Achmea* du 6 mars 2018 (C-284/16) », *RTD eur.* 2018, p. 597 ; S. LEMAIRE, *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements*, *Rev. arb.*, 2018. 424 ; G. CARDUCCI, « A State's Capacity and the EU's Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate – and "Preclude" in *Achmea* – a Treaty or BIT of Member States, a State's Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties and EU Law, and the CJEU's Decisions on EUSFTA and *Achmea*. Their Roles and Interactions in Treaty and Investment Arbitration », *ICSID Review*, Spring 2018, Vol. 33 Issue 2, pp. 582-619.

²⁶⁷ Commission européenne - Communiqué de presse, Aides d'État: la Commission saisit la Cour de justice d'un recours contre la Roumanie pour non-récupération d'aides illégales d'un montant de 92 millions d'euros, Bruxelles, le 7 décembre 2018.

²⁶⁸ Arrêt du tribunal de l'UE, *European food e.a. / Commission*. affaire T-624/15, 18 juin 2019.

un nouveau rebondissement. Aussi, quelques mois plus tôt, dans son avis du 30 avril 2019, la CJUE a déclaré la compatibilité du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par le CETA et le droit de l'Union européenne²⁶⁹. Dans cette perspective, elle a rappelé que la finalité à terme demeurerait la création d'un tribunal multilatéral d'investissement. Pour l'heure, un tribunal et un tribunal d'appel sont visés. La Cour a également estimé que l'accord ne portait pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. En effet, elle a souligné dans l'avis que les clauses insérées privaient les tribunaux de leur compétence dans l'hypothèse où ces derniers pourraient remettre en cause :

« le niveau de protection de l'ordre public, de la sécurité publique, de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation de l'innocuité alimentaire, des végétaux, de l'environnement, du bien-être au travail, de la sécurité des produits, des consommateurs ou encore de droits fondamentaux²⁷⁰ ».

96. Notons que la sécurité alimentaire est directement prise en compte par la CJUE. Or, elle n'apparaît traditionnellement qu'indirectement dans les accords d'investissements internationaux²⁷¹. Par ailleurs, dans le cadre de sa 50^e session à Vienne tenue du 3 au 21 juillet 2017, la CNUDCI a envisagé une réforme portant sur le système du règlement des différends investisseurs-États (RDIE). Dans cette perspective, le groupe de travail III a été chargé d'examiner si une cour multilatérale permanente des investissements composé d'un mécanisme d'appel serait souhaitable. Les travaux sont en cours. Néanmoins, cette proposition est notamment soutenue par l'Union européenne qui a fait part de ses positions dans une communication adressée à la CNUDCI le 18 janvier 2019²⁷². Quoiqu'il en soit, des aspirations à un traitement de l'intérêt public comprenant une plus haute considération dans la sphère des investissements internationaux surgissent avec vigueur et s'inscrivent dans une réaffirmation du pouvoir de réglementation des États²⁷³.

97. Cette tendance s'observe aussi à l'échelle nationale. A ce titre, en France, rappelons que la loi PACTE s'inscrit dans une ligne de réaffirmation de l'intérêt public par un contrôle renforcé des investissements internationaux²⁷⁴. Au niveau européen, la substitution souhaitée par l'Union européenne du système d'arbitrage actuel d'investissement par un système juridictionnel marque clairement la volonté d'une rupture avec le mode de règlement des différends présents dans les traités

²⁶⁹ CJUE, 30 avr. 2019, avis 1/17, *D.* 2019. 941; *JCP* 2019, 493, obs. D. Berlin.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Infra* § 137 et s.

²⁷² Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI portant sur la mise en place d'un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, le 18 janvier 2019.

²⁷³ Voy. not. T. EL GHADBAN, C.-M. MAZUY et A. SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers: vers une réaffirmation de l'Etat ?* Pedone, 2018.

²⁷⁴ X. DELPECH, *op. cit.*

bilatéraux d'investissement²⁷⁵. Plusieurs points sont mis en avant afin de justifier le bien-fondé de l'instauration d'un tribunal multilatéral d'investissement : la permanence d'une institution internationale en substitution d'arbitres nommés au cas par cas, la garantie de la nomination de juges permanents, indépendants et libres de tout conflit d'intérêts, la prévisibilité des décisions, la mise en place d'un mécanisme d'appel, des économies d'échelle et la garantie d'un système transparent²⁷⁶. L'ensemble de ces points demeure développé en opposition au système actuel d'arbitrage d'investissement. Pour autant, rien ne permet d'affirmer que les déséquilibres disparaîtront dans les nouvelles formes proposées de règlements de différends. A cet égard, certains ont déjà soulevé l'inaptitude du chapitre 8 du CETA à régler les difficultés issues des croisements entre les investissements internationaux et certaines valeurs extra économiques telles que la transition énergétique²⁷⁷. En effet, plus qu'un changement d'acteurs, ce sont les normes qui avant toute chose paraissent déséquilibrées. Dès lors, une refonte du modèle de règlement des différends sans une refonte des normes et des responsabilités ne permettra pas sous notre angle de garantir une véritable articulation des droits des investisseurs et de l'intérêt public alimentaire dans le droit international des investissements, et ce, avec ou sans permanence du système juridictionnel.

98. C'est ainsi qu'il est relevé une protection substantielle des droits des investisseurs étrangers. En revanche, la sécurité alimentaire demeure très loin de prétendre à de telles prétentions protectrices.

B.- L'efficacité limitée des fondements juridiques de la sécurité alimentaire

99. La protection juridique alimentaire reste marquée par sa faiblesse (1°), en dépit de certaines évolutions constatées ces dernières années (2°).

1°) La protection relative des instruments juridiques alimentaires

100. **Les jonctions de la sécurité alimentaire avec les catégories de droit.** La sécurité alimentaire a des liens avec de nombreuses catégories juridiques. Elle impose la prise en compte de nombreux autres droits pour être pleinement satisfaite. Le droit de propriété, le droit de la consommation, le droit de l'agriculture, le droit de l'environnement pour n'en citer que quelques-uns

²⁷⁵ Voy. p.ex. C. KESSEDIAN et L. VANHONNAEKER, « Les différends entre investisseurs et États hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *RTD eur.* 2017. 633; F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *RGDIP.* 2018, n°4, pp. 893-931.

²⁷⁶ Commission européenne, Fiche d'information de la Commission sur le tribunal multilatéral des investissements, 2017, disponible en ligne sur le site de la Commission : <https://www.consilium.europa.eu>.

²⁷⁷ S. GROSBON, « Investissements et changements climatiques : le chapitre 8 de l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) face aux impératifs de transition énergétique », *JDI*, n°2, Avril 2019, doct. 5.

sont un ensemble de catégories juridiques susceptibles d'être reliées à la sécurité alimentaire. Si les influences de ces droits sur la sécurité alimentaire ne sont pas développées, elles ne peuvent pas être niées. C'est le cœur du principe qui nous intéresse. La sécurité alimentaire a été directement ou indirectement consacrée au travers d'autres droits, comme le droit à la santé, ou le droit de ne pas être discriminé dans de nombreuses conventions ou traités internationaux, qui très souvent visent des personnes dites vulnérables, ou des domaines spécifiques²⁷⁸.

101. Cette multiplicité normative révèle les tentatives d'encadrement de la sécurité alimentaire et la complexité du réel par les liens qu'entretient la sécurité alimentaire avec d'autres catégories de droit. Les Directives volontaires de la FAO après 2004 révèlent la diversité des catégories et leurs convergences dans le réel. Si bien que la norme, même non contraignante est établi de telle façon qu'elle permet de saisir les chevauchements des matières. La convergence du droit de la propriété et de la sécurité alimentaire est appréhendée dans le cadre des Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale de 2012²⁷⁹. La convergence entre la biodiversité et la nutrition est précisée dans le cadre des Directives d'application volontaire pour la prise en compte systématique de la biodiversité dans les politiques, programmes et plans d'action nationaux et régionaux relatifs à la nutrition²⁸⁰. Cet ensemble de convergence témoigne d'une part de la complexité d'encadrer la sécurité alimentaire et d'autre part, de la nécessité de penser à l'articulation des normes en vue de mettre en œuvre la sécurité alimentaire.

102. Les dispositions protectrices de la sécurité alimentaire peuvent se présenter par une phase relative aux droits universels comprenant le droit d'être à l'abri de la faim, le droit à un niveau de vie suffisant et le droit à une nourriture suffisante. Il s'ajoute aussi des droits régionaux sur lesquels reposent les droits des populations et qui ont vu le jour en parallèle aux traités internationaux.

²⁷⁸ A titre d'exemple, le droit à la santé a été reconnu dans la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée le 18 décembre 1979, la convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 prévoit la lutte contre la malnutrition, le droit à la santé et le droit à un niveau de vie suffisant.

²⁷⁹ *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, FAO, 11 mai 2012.

²⁸⁰ FAO, *Directives d'application volontaire pour la prise en compte systématique de la biodiversité dans les politiques, programmes et plans d'action nationaux et régionaux relatifs à la nutrition*, FAO, Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, 2016.

Penchons-nous tout d'abord sur les droits universels :

103. Le droit d'être à l'abri de la faim. Rappelons que l'article 25 (1) de la DUDH prévoit la disposition suivante : « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation (...)* ». Les prémices du droit d'être à l'abri de la faim sont exposées mais vont être consolidées par l'article 11 (2) du PIDESC²⁸¹ : « *Les Etats parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim* ». Le PIDESC souligne la nécessité « *d'une coopération internationale* » et impose aux États de respecter ce droit par la mise en œuvre de « *mesures* » et « *programmes concrets* ».

104. Le droit à un niveau de vie suffisant. Ce droit est traduit directement ou indirectement dans de nombreux instruments internationaux. L'article 11 (1) du PIDESC²⁸² consacre directement le droit à un niveau de vie suffisant. L'article 12 (1) poursuit indirectement la reconnaissance de ce droit en insistant sur « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* »²⁸³. Pour être effectif, ce droit doit agir de concert avec la réduction de la pauvreté et de la faim. L'adoption des objectifs du millénaire pour le développement est un programme des Nations Unies²⁸⁴ datant de 1990, qui précisait huit objectifs à accomplir avant 2015 dont le premier était de réduire la pauvreté et la faim. La diminution du taux de pauvreté est significative dans les régions en développement : 47% en 1990 et 14% en 2015²⁸⁵. L'Observation générale n°15 consiste « *en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun* »²⁸⁶. L'Observation générale n°15 relative au droit à l'eau²⁸⁷ repose sur le PIDESC, et permet de se saisir de la contenance du droit de l'eau en qualité de droit de l'Homme. Dans son introduction, il est précisé que « *L'eau est une ressource naturelle limitée et un bien public; elle est essentielle à la vie et à la santé. Le droit à l'eau est indispensable pour mener une vie digne. Il est une condition préalable à la réalisation des autres droits de l'homme* ». L'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/RES/64/292 du 28 juillet 2010 a précisé en son article 1^{er} que « *le droit à l'eau*

²⁸¹ Art. 12 § 2. PIDESC adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

²⁸² Article (1) du PIDESC : « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. (...)* ».

²⁸³ Article 12 du PIDESC, *op. cit.*

²⁸⁴ Objectifs du millénaire pour le développement, Rapport 2015, Nations Unies, 2015.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 14.

²⁸⁶ Observation générale n°15 des Nations unies, E/C.12/2002/11 relative au droit à l'eau, disponible sur le site internet : <http://www.unhcr.fr/4ba352cc6.html>, le 10 janvier 2014.

²⁸⁷ Observation générale n°15 des Nations unies, E/C.12/2002/11 relative au droit à l'eau, disponible sur le site internet : <http://www.unhcr.fr/4ba352cc6.html>, le 10 janvier 2014.

potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme ». Si le droit fondamental à l'eau a été reconnu comme droit de l'Homme depuis peu, les démarches pratiques consistant à placer l'eau au centre des priorités existent depuis bien longtemps. Les volontés pour une mise en œuvre effective d'un droit à l'eau sont multiples et désordonnées.

105. Le droit à une nourriture suffisante : Le droit à une nourriture suffisante est consacré dans l'Observation générale n°12, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui est chargé de vérifier si le PIDESC est respecté. Le Comité a précisé que le droit à une nourriture suffisante est :

« réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer »²⁸⁸.

Il a ajouté que :

le contenu essentiel du droit à une nourriture suffisante comprend les éléments suivants: La disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu; L'accessibilité ou possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme²⁸⁹.

Ainsi, le droit à une nourriture suffisante repose sur deux principes : le droit à une alimentation disponible et le droit à une alimentation accessible. L'observation générale n°12 a permis de préciser les obligations des États et le contenu du droit à l'alimentation.

106. Les droits régionaux. Parallèlement aux traités internationaux, des traités et mécanismes régionaux se sont développés. Le droit à l'alimentation a été reconnu à des degrés divers sur les continents avec des exigences divergentes selon les régions et le niveau de développement économique et social. Les Etats-Unis ont reconnu le droit à l'alimentation à travers l'article 12 alinéa 1er du Protocole de San Salvador²⁹⁰ qui prévoit que « *Toute personne a droit à une alimentation adéquate qui lui assure la possibilité d'atteindre son plein développement physique et son plein épanouissement affectif et intellectuel* ». En Afrique²⁹¹, le droit à l'alimentation n'est pas directement

²⁸⁸ Observation générale n°12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5.

²⁸⁹ V. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 mai 2008, p. 69, sur l'Observation générale n°12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5.

²⁹⁰ Protocole de San Salvador, adopté à le 17 novembre 1988, El Salvador, disponible le 04 mars 2014 sur le site internet de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/e.sansalvador.htm>. Voy. C. GOLAY, M. ÖZDEN, Le droit à l'alimentation, brochure, Une collection du Programme Droit Humains du Centre Europe-Tiers Monde (CETIM), disponible sur le site internet <http://www.eoi.at/d/EOI%20-%20Jahresberichte/Monaco/bro1-alim-A4-fr.pdf>, le 10 février 2014.

²⁹¹ V. A. MAHIOU et F. SNYDER (dir.) *La sécurité alimentaire - Food Security and Food Safety*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2006, pp 237-238.

garanti, mais des prémices apparaissent indirectement dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant²⁹². L'article 16 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁹³ consacre implicitement le droit à l'alimentation à travers le droit à la santé et à l'assistance médicale²⁹⁴. De même, la Charte sociale européenne ne consacre pas directement le droit à l'alimentation. La garantie de ce droit résulte indirectement du droit à la santé²⁹⁵ ainsi que de l'assistance sociale et médicale²⁹⁶. Le droit à l'alimentation est garanti par les États membres « afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social, notamment par la défense et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁹⁷ ». En Asie²⁹⁸, il n'existe pas de textes ou de charte consacrant le droit à l'alimentation, toutefois des expressions de ce droit, directes ou indirectes, existent dans certains États, au travers de leur Constitution²⁹⁹. A titre d'exemple, l'Inde consacre le droit à la vie dans sa Constitution. L'interprétation extensive du droit à la vie permet aisément d'y intégrer le droit à l'eau et à l'alimentation, dans la mesure où sans ces ressources vitales, les autres droits de l'Homme n'ont aucun sens. Aussi, la Cour constitutionnelle de l'Inde a reconnu le droit à l'alimentation à la suite de l'affaire *Union populaire pour les libertés civiles* « transformant des options politiques en droits exigibles³⁰⁰ ». D'autres pays ont suivi cette voie juridique, notamment en Europe. En Suisse, le droit à la vie a fait l'objet d'une interprétation extensive, le droit à l'alimentation est protégé sur la base du droit à la protection de la dignité humaine. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a précisé que :

Toute personne qui n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidée et assistée et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine³⁰¹.

²⁹² Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, CAB/LEG/153/Rev.2, Addis-Abeba (Ethiopie), juillet 1990.

²⁹³ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée par la dix-huitième Conférence des Chefs d'état et de Gouvernement, juin 1981 Nairobi, Kenya.

²⁹⁴ Dans ce sens, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant sur la base de son article 5 proclame le droit à la vie, notamment à la survie et au développement, l'article 14 prévoit une protection du droit à la santé et rappelle la nécessité de prendre les mesures adéquates pour lutter contre la malnutrition avec des moyens appropriés.

²⁹⁵ Article 11, Partie I, Charte sociale européenne (révisée), Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 163 Strasbourg, 3.V.1996 « Toute personne a le droit de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre ».

²⁹⁶ Article 13, Partie I, Charte sociale européenne (révisée), Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 163 Strasbourg, 3.V.1996 : « Toute personne démunie de ressources suffisantes a droit à l'assistance sociale et médicale ».

²⁹⁷ Charte sociale européenne (révisée), Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 163 Strasbourg, 3.V.1996.

²⁹⁸ V. A. MAHIOU et F. SNYDER, *op. cit.*, pp 238-239.

²⁹⁹ *Directives volontaires de la FAO sur le droit à l'alimentation*, Novembre 2004, FAO, p.134.

³⁰⁰ O. DE SCHUTTER « Combattre la faim par le biais du droit à l'alimentation ». Progrès réalisés au niveau national en Afrique, en Amérique latine et en Asie du Sud », note d'information, mai 2010 p. 4.

³⁰¹ Tribunal fédéral suisse, ATF 121 I 367, 371, 373 V. = JT 1996 389. A la suite de ce jugement, ce nouveau droit a été reconnu dans la Constitution nationale (à l'article 12). In C. GOLAY, M. ÖZDEN, *Le droit à l'alimentation*, brochure, Une collection du Programme Droit Humains du Centre Europe - Tiers Monde (CETIM), disponible sur le site internet <http://www.eoi.at/d/EOI%20-%20Jahresberichte/Monaco/bro1-alim-A4-fr.pdf>, le 10 février 2014.

2°) L'évolution du concept de sécurité alimentaire

107. Le premier objectif de la FAO était la réduction de la faim. On parle désormais d'éradiquer la faim. Il s'agit bien de « l'éliminer » selon les termes du Directeur Général de la FAO, José Graziano da Silva³⁰². L'évolution de la terminologie renseigne sur les changements du processus et des objectifs relatifs à la sécurité alimentaire afin de s'adapter aux enjeux contemporains. L'impression que les organisations sont passées à une double vitesse est grande. La définition de cinq objectifs dans le Cadre stratégique révèle une autre manière de travailler et d'importants changements quant au fonctionnement de la FAO³⁰³.

108. **Le droit à une alimentation adéquate.** Bien que l'article 25 (1) de la DUDH prévoie sans employer ces termes le droit à une alimentation adéquate, l'expression a commencé à fleurir après la définition du droit à l'alimentation par Jean Ziegler, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation³⁰⁴:

Le droit à l'alimentation est le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires, à une nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante, correspondant aux traditions culturelles du peuple dont est issu le consommateur, et qui assure une vie psychique et physique, individuelle et collective, libre d'angoisse, satisfaisante et digne³⁰⁵.

Partant, les termes d'un droit à l'alimentation adéquate ont été repris dans de nombreux instruments internationaux. Les Directives volontaires de la FAO, adoptées en 2004³⁰⁶ révèlent l'évolution du concept de sécurité alimentaire, l'expression « *alimentation adéquate* » indique que le droit à l'alimentation repose sur la quantité et la qualité. Il s'agit de :

(...) garantir qu'une nourriture de bonne qualité est disponible en quantité suffisante, de façon à répondre aux besoins diététiques des individus, que tous y ont accès, du point de vue physique et économique, y compris les groupes vulnérables, qu'elle est exempte de substances nocives, qu'elle est acceptable du point de vue culturel et que tous ont les moyens de l'obtenir³⁰⁷.

109. On ne doit plus seulement « être à l'abri de la faim », mais pouvoir obtenir une alimentation de qualité, culturellement acceptable, avec le respect des préférences alimentaires, et ce,

³⁰² Avant-propos du Directeur général de la FAO, *Cadre stratégique révisé*, C 2013/7, Trente-huitième session, Conférence, Rome, 15 - 22 juin 2013.

³⁰³ Avant-propos du Directeur général de la FAO, *Cadre stratégique révisé 2010-2019*, C 2013/7, Trente-huitième session, Conférence, Rome, 15 - 22 juin 2013.

³⁰⁴ Commission, Le droit à l'alimentation. Rapport présenté par M. Jean Ziegler, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, 7 février 2001, Doc.N.U. E/CN.4/2001/53, §14.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ FAO, *Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, adoptées à la cent vingt-septième session du Conseil de la FAO, Novembre 2004.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 7.

de façon durable. Les directives volontaires de la FAO orientent les acteurs de la sécurité alimentaire en vue de la réalisation d'un droit à l'alimentation adéquat. A ce titre, l'objet des Directives volontaires est de :

(...) donner aux États des orientations pratiques pour assurer la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, de manière à atteindre les objectifs du Plan d'action du Sommet mondial de l'alimentation³⁰⁸ ».

Dans le même sens, en 2006, la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a adopté les directives pour la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement³⁰⁹. Les objectifs étaient de promouvoir une eau salubre et de qualité acceptable pour tous, un accès économique et physique sans danger, et une quantité suffisante et constante d'eau. L'idée de durabilité sonne comme un écho au développement durable, devenu le fer-de-lance de nombreux textes à l'échelle internationale, régionale et nationale. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation n°12 a précisé que :

« La notion de durabilité est intrinsèquement liée à celle de nourriture suffisante ou sécurité alimentaire et implique que les générations actuelles et futures aient la possibilité d'obtenir cette nourriture³¹⁰ ».

110. Le droit à une alimentation adéquate ne peut se réaliser sans le respect d'une alimentation durable. Il demeure donc étroitement lié au droit à l'environnement et aux politiques générales des États sur la question. Pour que ce droit soit garanti, les ressources ne doivent pas être polluées. L'objectif de durabilité demeure omniprésent dans les politiques publiques nationales, européennes et internationales. Par exemple, en France, le droit à l'eau aurait pu être rattaché au Préambule de la Constitution de 1946 en regard du droit à la santé. Il est également étroitement lié au droit à l'environnement équilibré et aux lois concernant le droit à un logement décent, puisque l'eau est nécessaire à la salubrité du logement³¹¹. La loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006 précise le contenu du droit à l'eau et est venue modifier l'article 210-1 du Code de l'environnement :

« Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous³¹² ».

Il s'agit d'introduire de manière durable un droit à l'assainissement pour inciter les pouvoirs publics

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 3.

³⁰⁹ Voy. Rapport du Rapporteur spécial, El Hadji Guissé, La réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement, E/CN.4/Sub.2/2005/25, Commission des droits de l'Homme Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme Cinquante-septième session, 11 juillet 2005.

³¹⁰ V. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 mai 2008, p. 68, sur l'Observation générale n°12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5.

³¹¹ B. GRAEFFCHAGASPINTO, « Le nouveau cadre juridique des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et les droits fondamentaux », *Droit comparé*, Petites affiches, 16 mai 2007 n° 98, p. 4.

³¹² JO no 303 du 31 décembre 2006, p. 20285 et 20286.

à prendre en considération l'ensemble des besoins des territoires, également des territoires moins équipés, où l'assainissement pose encore des difficultés. Il convient d'investir pour promouvoir et améliorer l'accès de la qualité de l'eau et des moyens pour assurer un assainissement efficient³¹³. Ainsi, la mise en œuvre d'une alimentation adéquate exige une disponibilité quantitative (répartition équitable et accès), mais aussi une disponibilité qualitative par le respect des préférences alimentaires, notamment culturelles, et la garantie de sa durabilité.

111. Ce développement descriptif sur les fondements de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux apparaissait nécessaire en vue de saisir les rouages de ces deux disciplines. Si ces derniers demeurent marqués par leurs disparités, c'est en raison de leur mode de conception et de leurs finalités distinctes. Cette disparité constitue l'une des causes de formation des conflits normatifs au côté du processus fragmentaire caractéristique du droit international.

Section 2.- L'incidence de la fragmentation du droit international sur la relation entre le droit de l'alimentation et le droit des investissements internationaux

112. Selon l'angle de vue, la fragmentation conduit à des résultats distincts. Soit l'on considère qu'elle a une portée contraignante, que ce phénomène est négatif puisqu'il contribue au morcellement du droit et donc au risque d'une prolifération de normes contradictoires, soit, la fragmentation constitue une richesse parce qu'elle repose sur une diversité de sources qu'il faut saisir afin qu'une coordination normative se réalise. Son étude à la lumière des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux révèle des incidences majoritairement négatives (§1) malgré certains éléments positifs qu'il conviendra de soulever (§2).

§1.- Les incidences négatives majoritaires

113. Le propos vise à mettre en lumière des voies par lesquelles la fragmentation est susceptible de manifester sa négativité dans le droit international. La finalité n'est autre que de saisir la provenance des conflits de normes, et plus spécifiquement, des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. Pour ce faire, il sera appréhendé le risque d'un désordre normatif (A) et le caractère insuffisant des convergences juridiques entre ces deux normes en dépit de la multiplication des interactions (B).

³¹³ B. GRAEFFCHAGASPINTO, *op.cit.*

A.- Le risque des désordres normatifs généré par le processus fragmentaire³¹⁴

114. Après s'être intéressé à la notion et la nature de la fragmentation (1^o), il conviendra de se pencher sur les liens entre la fragmentation et les contradictions (2^o) en vue de saisir les risques des désordres normatifs.

1^o) Unité et diversité

115. Le juriste Wilfried Jenks a développé la notion de fragmentation en soulignant l'absence d'un organe législatif général au sein du droit international³¹⁵. Depuis, les débats sur l'unité ou la fragmentation du droit international ont fait couler de l'encre³¹⁶. Le morcellement de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux met en scène « *des fragments de droit qui n'ont pas été conçus pour vivre dans un même environnement juridique*³¹⁷ ». L'idée que deux disciplines en principe diamétralement opposées puissent se croiser alors qu'elles appartiennent à deux blocs de réglementations distincts conduit à des questionnements sur les rapports conflictuels et les failles détectées lors de ces rencontres. Sous le prisme du droit international, l'étude des rapports entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux conduit à l'observation de conflits normatifs. La recherche des sources de ces contradictions révèle que la fragmentation caractérisant le droit international constitue la cause principale. D'une part, la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement sont naturellement fragmentées dans le système du droit international. Elles relèvent

³¹⁴ A titre non exhaustif : sur le désordre normatif et les investissements internationaux, voy. F. HORCHANI, (dir.) *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2006 ; Sur l'ordre juridique et le désordre international, voy. P.-M. DUPUY, *Ordre juridique et le désordre international*, Pedone, 2018 ; Sur l'enchevêtrement de l'ordre et du désordre, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F, 1988.

³¹⁵ W. JENKS, « The Conflict of Law -Making Treaties », *British Yearbook of International Law* (BYBIL), vol. 30 (1953), p. 403 in Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 13.

³¹⁶ Voy. p.ex. A. PELLET, « Notes sur la 'fragmentation' du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unity and Diversity in International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, pp. 757-784 ; J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 85-105; P.-M. DUPUY, « Unification Rather than Fragmentation of International Law ? The case of International Investment Law and Human Rights Law », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009, pp. 45-61; P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *Cours général de droit international public*, *RCADI*, 2002, Vol. 297; A. REINISCH, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : The Threat of Fragmentation vs. The promise of a More Effective System ? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration », in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH (ed.), *International Law Between Universalisation and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 107-125; P.-M. DUPUY, « A doctrinal debate in the globalisation era: on the "fragmentation" of international law, *European Journal of legal studies* », 2007, Vol I, n°1, pp. 26-41.

³¹⁷ G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE et M.-L. NIBOYET, « Remarques introductives de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, p. 14.

de réglementations juridiques distinctes qui n'apparaissent pas devoir s'emboîter au premier regard. Le Professeur Ch. Leben a souligné (qu') « *il peut même se produire des collisions entre sous-systèmes qui au départ, étaient totalement étrangers les uns par rapport aux autres et semblaient n'avoir aucun point commun qui puisse les mettre en concurrence*³¹⁸ ». Il donne l'exemple du droit communautaire et du droit international des investissements. Cela demeure similaire avec le droit de la sécurité alimentaire et le droit international des investissements. D'autre part, en plus de ces rencontres, la sécurité alimentaire et les investissements internationaux font également l'objet d'un morcellement de sources dans leurs propres domaines ce qui ne rend pas la tâche d'une coordination normative aisée.

116. Le terme de « fragmentation ». Ce terme est évolutif et polysémique. Il correspond à différents processus en fonction des époques. Il peut s'agir d'une spécialisation des règles à outrance, de l'absence de procédés contraignants, de la multiplication des traités. A cela vient s'ajouter les risques de la production de normes qui peuvent être concurrentes, comme les normes régionales qui accentuent un peu plus le phénomène de morcellement du droit. Comme l'a dit Anne-Charlotte Martineau « *Soit la fragmentation est un processus d'éclatement (le droit se fragmente et se divise), soit elle en est le résultat (le droit est fragmentaire ou parcellaire)*³¹⁹ ». C'est aussi en cela que le terme de « *fragmentation* » est polysémique.

117. Dans sa thèse sur l'analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international, l'auteure fait remarquer que « *le débat sur la fragmentation renvoie à la tension libérale qui existe entre deux besoins apparemment contradictoires, mais tout aussi indispensables l'un que l'autre : le besoin d'unité (de centralité ou de contrôle) et le besoin de diversité (de liberté individuelle ou d'innovation)*³²⁰ ». L'objectif étant que l'unité ne devienne pas l'uniformité et que la diversité ne devienne pas l'anarchie³²¹. Elle dresse un tableau de l'état des débats de la fragmentation en droit international et expose par une approche normative et sociologique des composantes de ce processus. Elle considère qu'aucune position ne peut dominer l'autre, « *toutes les positions oscillent entre ces deux pôles d'argumentation que sont le besoin d'assurer une unité normative (utopique) et le besoin*

³¹⁸ Ch. LEBEN, « Remarques introductives de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Paris, Paris, 2011, p. 23.

³¹⁹ A.-C. MARTINEAU, « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », Biennial Conference of the European Society of International Law, Paris, 2006, International law: do we need it?, disponible en ligne le 11 avril 2019 : <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Martineau.PDF>, p. 2.

³²⁰ A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international, Une analyse critique*, Bruylant, 2015, p. 14. Publication de thèse, Paris I, soutenue en 2013.

³²¹ *Ibid.*, p. 15.

*de faciliter une diversité factuelle (apologétique)*³²² ». La fragmentation est renforcée par l'absence de coordination normative pourtant nécessaire dans un monde où les normes de chaque système se rencontrent, se chevauchent et se concurrencent. C'est tout d'abord en cela que la portée de la fragmentation est négative. Ce risque normatif n'a pas été envisagé. Le Professeur Ch. Leben a d'ailleurs précisé que « *la plupart du temps rien n'est prévu pour une telle coordination et l'on peut aboutir effectivement à des contradictions*³²³ », avant de rappeler que celles-ci « *se rencontrent dans tout ordre juridique positif*³²⁴ ». Si ce processus nous permet de saisir les limites de l'organisation sociale des normes, il met surtout l'accent sur les risques d'une fragmentation incontrôlée et de l'instabilité qui pourrait en découler. Sans oublier les bienfaits de la pluralité normative, les débats sur la fragmentation des normes invitent à réfléchir aux dysfonctionnements normatifs créateurs d'insécurité juridique.

2°) Fragmentations et contradictions

118. Identification des causes de la fragmentation. Avant de penser de nouveaux outils, il est nécessaire de s'intéresser aux causes de la fragmentation pour mieux se saisir de ce pluralisme juridique. Dans son rapport à la Commission du droit international des Nations Unies, de 2000, Gerhard Hafner a détecté sept sources de fragmentation du droit « *1) L'absence d'organes centralisés; 2) La spécialisation (droits de l'homme, droit de la mer, droit de l'environnement, etc.); 3) Des structures juridiques différentes (normes synallagmatiques classiques aux côtés de devoirs envers les particuliers et de devoirs envers la communauté internationale); 4) Des réglementations parallèles (niveau universel, régional par exemple); 5) Des réglementations concurrentes (concurrence entre la réglementation du commerce et de l'environnement, par exemple); 6) L'élargissement du champ d'application du droit international (élargissement du champ d'application matériel, multiplication des acteurs et prolifération de mécanismes de «suivi» conventionnels; 7) Des régimes différents pour les règles secondaires* »³²⁵. Cinq de ces sept causes sont directement liées à la prolifération des traités³²⁶ et au processus de densification du droit³²⁷.

³²² *Ibid.*, p. 24.

³²³ Ch. LEBEN, *op. cit.*, p. 23.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ G. HAFNER, « Les risques que pose la fragmentation du droit international », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, annexe pp. 310 et s. *cit in* J. CARDONA LLORENS, « Le rôle des traités », *in* R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, 20-21 mai 2005, Bruylant, 2006, p. 25.

³²⁶ J. CARDONA LLORENS, « Le rôle des traités » *in* R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *op. cit.*

³²⁷ Voy. C. THIBIERGE et alii, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris : Mare & Martin, 2013.

La fragmentation du droit se caractérise par un foisonnement normatif et une concurrence normative, deux éléments contribuant à la généralisation des conflits entre les normes.

119. Le foisonnement normatif. La multiplicité des normes, des organes juridiques et des acteurs conduit à la fragmentation. Qualifiés de « fléau³²⁸ », les domaines de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux n'échappent pas à l'inflation législative. Des centaines d'instruments internationaux contraignants et non contraignants relatifs au droit à l'alimentation avaient déjà été comptabilisés il y a une trentaine d'années³²⁹. Pourtant l'insécurité alimentaire perdure. La prolifération des tribunaux internationaux a également inquiété puisqu'elle contribue à la création de normes contradictoires, même si elle pourrait être finalement « *la bonne fortune du droit des gens* »³³⁰. A cela s'ajoute le manque d'opérabilité de certains droits tels que le droit de l'Homme à l'alimentation dans un contexte où la fragmentation pourrait empirer ce phénomène. Le Professeur Gérard Cohen-Jonathan se demandait déjà il y a près de vingt ans si le droit international offrait « *des droits de l'homme une vision suffisamment rassemblée, pour pouvoir convier tous les hommes à les respecter* »³³¹. La multiplication des textes nationaux, régionaux et internationaux à côté de l'émergence de nouveaux acteurs et organes juridiques contribue à rendre les régimes de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux brumeux et morcelés dans l'espace globalisé. Cette fragmentation renforce l'incapacité des États à contrôler les normes. Partant, ce foisonnement, riche par sa diversité, contribue dans le même temps au défaut de coordination normative et favorise les conflits entre les normes.

120. Concurrence normative. La globalisation a généré « *des marchés du droit* » dans lesquels aucune gouvernance ni régulation mondiale n'existe³³². Dans ce contexte de pluralisme juridique, cette situation révèle un état de concurrence normative défini par le Professeur Benoît Frydman comme « *la situation dans laquelle des sujets de droit se mettent ou sont mis en position de choisir, parmi plusieurs ordres juridiques ou régimes normatifs, les règles qui s'appliqueront à eux,*

³²⁸ É. KERCKHOVE, « Les conflits de normes entre conventions et l'utilisation des méthodes de droit international privé » in F. PÉRALDI LENEUF et S. SCHILLER, *Les conflits horizontaux de normes, Le traitement logistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare et Martin, 2014, p. 83.

³²⁹ K. TOMASEVSKI, *The right to food: guide through applicable international law*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

³³⁰ M. BEDJAOUÏ, « La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 545 ; G. GUILLAUME, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, Vol. 55, n°1, pp. 23-30.

³³¹ G. COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'Homme, une valeur internationalisée », *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, p. 157.

³³² Voy. p.ex. à l'échelle de l'Union européenne E. CAPANO, M. CHASTAGNARET et EMMANUEL MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Larcier, 2016.

*soit de manière générale, soit pour une opération particulière*³³³ ». La fragmentation du droit international renseigne sur la concurrence entre les États souhaitant produire les meilleures normes, ou du moins des normes adaptées aux opérateurs du marché au nom de l'attractivité³³⁴ et l'acquisition d'une autonomie à divers degrés des différents espaces normatifs par rapport aux États³³⁵. D'une part, l'attractivité recherchée va se jouer sur des avantages accordés aux investisseurs étrangers. L'exemple type est celui des négociations en matière fiscale. Cette disparité de fondements dévoile que « *ce qui domine le paysage juridique actuel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique, et trop vite unifié, voire uniformisé, par une intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes*³³⁶ ». D'autre part, les insuffisances de la production normative étatique ont conduit les acteurs privés à répondre aux besoins juridiques générés par leurs activités commerciales. Des acteurs privés ont comblé les vides juridiques. Des normes privées et publiques entrent donc en concurrence tandis que de nouvelles formes de normativité apparaissent. L'essor de la norme technique constitue un bel exemple, cette dernière entrant en concurrence avec la règle juridique. Partant, la norme ISO 26000 pourrait donc « *devenir la norme globale édictant les bonnes pratiques et les procédures à suivre par les entreprises*³³⁷ ». Cet état de concurrence normative demeure propice aux conflits normatifs et oblige le juriste à penser à de nouveaux instruments.

121. Les normes peuvent se retrouver en concours. La concurrence apparaît à tous les niveaux et de tous les côtés, entre les organes publics et privés, entre les ordres juridiques, ou les régimes normatifs. C'est ainsi que des normes appartenant à des régimes normatifs distincts entrent en concurrence. C'est le cas de la norme alimentaire et de la norme liée aux investissements. Le Professeur Jean-Sylvestre Bergé a proposé de dépasser le prisme concurrentiel en vue de « *construire des méthodes de combinaison*³³⁸ » : si des normes se retrouvent en situation de concurrence par leur capacité à traiter un même objet, dès lors, une combinaison mathématique pourrait s'appliquer. La formule $1+2=3$ est mise en lumière, de sorte que la norme 1 + la norme 2 conduirait à la norme 3, résultat de la combinaison qui « *produit un effet juridique propre, distinct*

³³³ B. FRYDMAN, « La concurrence normative européenne et globale », une version préalable de ce papier a été présentée lors du colloque international *Concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne. Théorie et pratique(s)* tenu à Lyon les 19 et 20 novembre 2015. Version disponible en ligne le 10 avril 2019, *Centre Perelman de philosophie du droit, working papers 2016/3*, p. 3 et publication Larcier, 2016.

³³⁴ B. FRYDMAN, « La concurrence normative européenne et globale », *op.cit.*

³³⁵ H. RUIZ FABRI, L. GRADONI et Groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice. France. (Dir.), *Émergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation, Rapport final*, UMR de droit comparé, Université Paris 1 2008, p. 2.

³³⁶ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006 p. 951.

³³⁷ B. FRYDMAN, « La concurrence des normes globales », in *Concurrence des normativités, RIDE*, 2018/3, p. 300.

³³⁸ J.-B. BERGÉ, « La normativité au pluriel : Dépasser le prisme de la concurrence, construire des méthodes de combinaison », in *Concurrence des normativités, RIDE*, 2018/3, pp. 281-287.

*des normes 1 et 2 originaires*³³⁹ ». Pour l'heure, l'ordre juridique évolue « *d'une façon qui échappe en partie à la maîtrise de ses acteurs*³⁴⁰ ». De cette façon, la prédominance des normes l'une sur l'autre constitue le reflet de l'influence des acteurs qui ont su s'imposer.

B.- L'insuffisance des convergences entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement

122. La fragmentation contribue à l'insuffisance de convergences entre les normes alimentaires et celles liées à l'investissement international. Ce phénomène apparaît nettement par l'absence de références directes à la sécurité alimentaire dans les accords d'investissements internationaux (1°). Par un effet papillon, cette absence de référence conduit à une imperméabilité des normes alimentaires dans le droit international des investissements (2°).

1°) L'absence de références directes de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements

123. Conception des traités bilatéraux d'investissement. L'absence de références directes de la sécurité alimentaire dans les investissements apparaît naturelle. Les accords d'investissement n'ont pas vocation à garantir la sécurité alimentaire. La réglementation alimentaire repose sur un système distinct de la réglementation des investissements internationaux. Les investissements internationaux et la sécurité alimentaire ne portent pas sur les mêmes questions et n'ont pas les mêmes finalités. La finalité de la norme alimentaire est de garantir la sécurité alimentaire des populations. La finalité de la norme liée aux investissements internationaux est d'assurer à l'investisseur étranger la protection de son investissement lors d'une opération sur le territoire de l'État hôte. Ni plus ni moins. C'est la raison pour laquelle dans l'arbitrage d'investissement, l'investisseur intervient toujours comme demandeur et l'État comme défendeur³⁴¹. Ces finalités engendrent des déséquilibres et témoignent de la fragmentation du droit applicable lors des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. La multiplication des traités bilatéraux d'investissement à destination des investisseurs et la concentration des pouvoirs économiques entre les mains des acteurs privés révèlent la force normative et économique de ces derniers, parfaitement mesurée lors des

³³⁹ *Ibid.*, p. 282.

³⁴⁰ E. JOUANNET, *L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international*, in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, 20-21 mai 2005, Bruylant, 2006, p. 151.

³⁴¹ P. JUILLARD, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ? » (Table ronde) in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 190-193 ; W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral: réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris, 2003.

conflits dans l'arbitrage d'investissement. Alors que les accords d'investissement devaient protéger les investisseurs privés contre l'arbitraire des Etats, il semble que désormais l'Etat puisse être sévèrement malmené par la force des dispositions des accords qu'ils se sont engagés à respecter. L'absence de normes alimentaires et plus généralement de normes extra-économiques dans les traités démontre les facilités à disposition des investisseurs pour déroger aux règles du droit humain. Les investisseurs internationaux peuvent donc aisément s'astreindre de toutes contraintes normatives. La sécurité alimentaire n'y échappe pas.

124. Le besoin de réglementations hybrides. L'absence de normes alimentaires dans les accords d'investissements et la mise en œuvre de réglementations distinctes contribuent à faire émerger les conflits de normes. Bien sûr, l'expansion de normes distinctes ne conduit pas nécessairement à des conflits normatifs puisque les problématiques de chacune relèvent de sujets en principe sans liens. La difficulté tient à la multiplication des interactions pratiques entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Il n'existe pas de droit portant sur ces interactions qui pourraient guider le juge sur la prévalence d'une norme sur l'autre en droit international des investissements, ni de hiérarchie des normes ou de constitution fondamentale indiquant les solutions juridiques générées par ces interactions. En l'absence de tels mécanismes, la mise en place d'accords fondés sur des réglementations hybrides permet d'appréhender les interactions des investissements internationaux avec d'autres normes extérieures. Ce n'est de toute évidence pas l'intégration de formules détaillées sur la sécurité alimentaire dans les traités qu'il convient de défendre, mais bien plus des principes généraux offrant à la sécurité alimentaire le bénéfice d'une protection générale dans son ensemble à l'image de la norme environnementale. La norme alimentaire est marquée par sa diversité, de sorte que l'intégration de la norme environnementale dans les accords d'investissement ne suffit pas à garantir la sécurité alimentaire, mais seulement à en assurer l'un des volets. Cette situation conforte l'idée selon laquelle la garantie d'un système international performant passe par la recherche de règles communes intégrables dans les traités³⁴² et se caractérise par une flexibilité qui permet une application dans toutes les catégories de droit international.

2°) De l'absence de référence à l'imperméabilité des normes alimentaires dans le droit international des investissements : « l'effet papillon »

125. L'absence de référence à la sécurité alimentaire a conduit à une forme d'imperméabilité des normes alimentaires dans le droit international des investissements susceptible de laisser penser

³⁴² J. CARDONA LLORENS, « Le rôle des traités », in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *op. cit.*, p. 49.

que l'investissement international serait systématiquement hermétique à la norme alimentaire. Or, il faut surtout considérer que l'architecture internationale des investissements internationaux n'a pas été conçue pour accueillir la sécurité alimentaire. En revanche, un chantier et des réaménagements en profondeur restent loin de l'impossibilité.

126. L'effet papillon. L'effet papillon désigne un phénomène à l'origine sans importance qui par une suite d'événements enchaînés conduit à une situation catastrophique. Ainsi compris, l'absence de référence à la sécurité alimentaire dans les accords d'investissement entraîne une imperméabilité des investissements internationaux au droit à l'alimentation et est susceptible d'aboutir à une situation d'une importante gravité : la généralisation de l'insécurité alimentaire dans le droit international des investissements. Cette absence de référence renseigne sur l'inadaptation du traitement de la sécurité alimentaire sur le fondement de la réglementation des investissements internationaux. L'insuffisance de considérations des normes alimentaires au même titre que les normes sociales et environnementales dans les accords d'investissement a conduit à des déséquilibres entre les droits des investisseurs et le droit de la sécurité alimentaire. Les déséquilibres ne sont du reste qu'un miroir de la fragmentation structurelle et conceptuelle attachée classiquement à la sécurité alimentaire et aux investissements internationaux.

127. Cette imperméabilité génératrice de déséquilibres a débouché sur des réactions variées de la part des États et des investisseurs au regard des intérêts en jeu, signe de la densité de l'effet papillon. Sous l'impulsion des versants négatifs de la mondialisation et de la fragmentation, des États ont entrepris des mesures protectrices en réponse aux effets dommageables de certaines activités économiques sur leur territoire. Ces mesures, lorsqu'elles atraient à la sécurité alimentaire des populations génèrent des tensions majeures et des tempéraments étatiques protecteurs. C'est ainsi que des normes alimentaires nationales sont susceptibles d'entrer en conflit avec des normes internationales. Sous le prisme des investisseurs, l'insuffisance ou l'imperméabilité de la norme sociale, environnementale et alimentaire dans les accords d'investissements offre un avantage économique considérable, l'activité économique étant dépourvue de contraintes juridiques extra-économiques pouvant perturber l'investissement.

128. Dans ce schéma juridique, l'imperméabilité contribue à renforcer l'absence d'obligations pesant sur l'investisseur en vertu du traité bilatéral d'investissement. Cette situation renseigne sur la part négative des processus de mondialisation et de fragmentation réveillant certains comportements prédateurs. Le phénomène illustrant par excellence le propos est sans doute celui du *forum*

*shopping*³⁴³. La qualification de *forum shopping* passe par « l'existence d'un choix de la juridiction et l'influence de ce choix sur le droit applicable³⁴⁴ ». Dans ce contexte, le Président du groupe industriel helvético-suédois Asea Brown Boveri (ABB) a déclaré: « Je définirai la globalisation par la liberté pour mon groupe d'investir où il veut, le temps qu'il veut, pour produire ce qu'il veut, en s'approvisionnant et en vendant où il veut, et en ayant supporté le moins de contraintes possible en matière de droit du travail et de conventions sociales³⁴⁵ ». Cette déclaration témoigne des défaillances de la gouvernance mondiale et de la négativité à laquelle peut conduire d'une part, la fragmentation du droit international et d'autre part, le défaut de coordination normative et juridictionnelle. La mondialisation et le morcellement du droit ont permis de renforcer les zones de vide juridique. Alors que la mobilité des sociétés permet aussi de profiter des différences juridiques d'un État à l'autre, les accords internationaux d'investissement n'intègrent pas de dispositions relatives à la norme alimentaire laissant agir l'investisseur dans un contexte quasi libertaire. Jusqu'alors, la mondialisation permet une impunité certaine. Les opérateurs privés qui effectuent des opérations d'investissement sont susceptibles d'esquiver ou d'amoindrir leur responsabilité en jouant avec les législations. Dans cette hypothèse, l'investisseur pourra choisir d'effectuer son opération sur le territoire comprenant les contraintes environnementales, alimentaires, et sociales les plus faibles. En conséquence, le risque négatif de la fragmentation reste qu'elle permet aux investisseurs d'échapper s'ils le souhaitent à leur responsabilité en jouant avec habileté avec le foisonnement, la concurrence et le défaut d'articulation des normes. Si en surface, un consensus existe quant à la nécessité de respecter le développement durable et les droits fondamentaux dans l'espace des investissements internationaux, en revanche, aucun organe unique n'instaure une véritable autorité dans ce domaine.

³⁴³ Par exemple, le Professeur Mathias Audit a rappelé que dans le domaine des investissements internationaux, le contrat d'État, le traité, ou la loi de l'État d'accueil sont susceptibles de fonder la compétence des tribunaux arbitraux. Une opération d'investissement peut conduire à la production de plusieurs procédures arbitrales. Elle peut ainsi donner lieu à un mille-feuille de possibilités contentieuses, et parfois à « *des instances concomitantes ou successives* ». M. AUDIT, « La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », *ACDI*, Bogotá, Vol. 10, 2017, p. 336. De manière générale, l'investisseur étranger dispose de plusieurs choix de stratégies procédurales. Voy. aussi sur le forum shopping et les investissements internationaux : E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, n°3, pp. 853-875; Pour des études approfondies sur le forum shopping de manière plus générale : P. J. BORCHERS, « Punitive Damages, Forum Shopping, and the Conflict of Laws », 70 *La. L. Rev.*, 2010 ; Y. KERBRAT (dir.), *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruylant, 2011; J.-F. FLAUSS et S. TOUZÉ, (dir.), *Contentieux international des droits de l'homme et choix du forum : les instances internationales de contrôle face au forum shopping*, Bruylant, 2012.

³⁴⁴ F.-X. TRAIN, « Forum shopping et fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards de l'internationaliste privatiste », in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, spec. sur le forum shopping en droit des investissements internationaux, p. 136.

³⁴⁵ D. HORMAN, *Mondialisation excluante, nouvelles solidarités, soumettre ou démettre l'OMC*, Coédition CETIM, Gresea, et l'Harmattan, 2001, cit. in M. ÖZDEN, « Sociétés transnationales et droits humains: Etat des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », *CETIM*, 2006, p. 3.

129. Sous l'angle des arbitres, l'absence de références à la sécurité alimentaire dans les accords d'investissements n'est pas sans poser de difficultés. L'insuffisance de coopération normative et juridictionnelle conduit ainsi à des incohérences normatives lorsque dans la réalité des catégories de droit s'entremêlent. Ce défaut de coordination normative et juridictionnelle favorise les conflits de normes. Entre les normes contradictoires et l'imprécision de certaines clauses insérées dans les accords d'investissement, les arbitres se retrouvent dans l'obligation d'interpréter le sens des dispositions³⁴⁶. Ainsi, « *faute de points d'appui, le Juge ne peut s'en remettre qu'à son propre sens du raisonnable, ce qu'il n'est pas toujours prêt à assumer*³⁴⁷ ». Dès lors, la question qui se pose est de savoir si lorsque l'arbitre est amené à se prononcer sur un conflit, il dispose d'un contenu suffisant et équilibré pour rendre une décision en faveur de l'intérêt collectif.

§2.- Les incidences positives minoritaires

130. Bien que le processus fragmentaire contribue au développement des contradictions normatives, il apparaît incontournable. Il ne s'agit donc pas de porter une analyse contre la fragmentation, mais plutôt de s'emparer des éléments susceptibles de mener à une coordination. Une réflexion sur la coordination n'a rien d'originale. En 1956, le Professeur Henri Batiffol précisait déjà à propos de la coordination des systèmes existants qu'elle restait l'objectif du droit international privé³⁴⁸. Jusqu'alors, elle demeure l'objectif du droit international dans son ensemble. Si l'insuffisance de l'enchevêtrement des systèmes subsiste, il n'en reste pas moins que la fragmentation du droit comporte des effets positifs (A) et n'empêche pas une articulation, même occasionnelle, de la norme alimentaire et de la norme liée à l'investissement dans les accords d'investissement (B).

A.- Les apports constructifs de la diversité normative impulsés par le processus fragmentaire

131. La diversité des normes n'est pas un signe de destruction massive de l'ordre juridique et de l'unité du droit international, mais à bien des égards une richesse qu'il convient de saisir (1°). Elle témoigne du caractère novateur et évolutif du pluralisme (2°).

³⁴⁶ Voy. p. ex. S. CUENDET, « Accords d'investissement et développement durable, comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? » in *Conventions, Réguler la mondialisation*, La Note de Conventions n°14, 2014, p. 5. L'auteure met en lumière diverses techniques d'appui à disposition des arbitres: le test de proportionnalité, le principe de bonne foi, le test de nécessité ou encore l'emprunt aux mécanismes de droit interne des standards permettant de contrôler la légalité des mesures de réglementation des États.

³⁴⁷ J.-M. THOUVENIN, « OMC et conflits de normes, le regard de l'internationaliste publiciste », in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, p. 47.

³⁴⁸ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 103.

1°) Ordre juridique et fragmentation

132. Tant que l'ordre juridique en question a les moyens de veiller à une cohésion entre les catégories juridiques, l'unité du droit international n'est pas remise en cause³⁴⁹. Les systèmes normatifs interagissent dans un ordre juridique par lequel des principes généraux au caractère ambivalent s'entremêlent³⁵⁰. La Professeure Emmanuelle Jouannet a précisé dans les termes suivants que « *la multiplicité, la fragmentation, l'enchevêtrement et les contradictions sont devenus peut être les maîtres mots d'une bonne compréhension du droit international contemporain, cela n'empêche pas, nous semble-t-il, de souhaiter - du moins est-ce notre souhait personnel- que cette pluralité nouvelle soit bénéfique à tous et non pas le signe d'un grand bazar international qui ne serait profitable qu'aux plus puissants de ce jeu désorganisé*³⁵¹ ».

133. L'ordre juridique constitue une notion difficile à appréhender. Pour certains, le droit ne peut se résoudre aux seules normes telles qu'exposées par la traduction d'une pyramide³⁵². Conséquemment, le droit serait essentiellement une institution qui sert à édifier un ordre juridique. C'est ainsi que l'ordre juridique « *largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes, mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de structure*³⁵³ ». Dans cette optique, l'institution est primordiale car elle détermine la norme. Les rapports entre l'ordre juridique de l'État et les autres ordres juridiques apparaissent dans cette hypothèse étroitement liés, et se traduisent par « la relevance », c'est-à-dire le fait que « *l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre: cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier*³⁵⁴ ». Dans le cadre de « l'irrelevance », il s'agit du fait « *qu'il n'y a aucune relation entres-eux*³⁵⁵ ». Dès lors, l'hypothèse de l'irrelevance nous apprend que les investissements internationaux et la sécurité alimentaire vont s'ignorer entre eux. Au contraire, dans la situation de « la relevance », on assiste à une interaction entre les deux systèmes, comme si chacun pénétrait l'autre. Il coexiste deux approches, l'idée d'un

³⁴⁹ R. HUESA VINAIXA, « Le rôle de l'opinio juris », in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, 20-21 mai 2005, Bruylant, 2006, p. 57.

³⁵⁰ E. JOUANNET, « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international » in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *op. cit.*, p. 119.

³⁵¹ *Ibid.* p. 116

³⁵² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd. par Charles Eisenmann, L.G.D.J, 1999.

³⁵³ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 27.

³⁵⁴ *Ibid.* p. 106.

³⁵⁵ *Ibid.*

système juridique unique et fermé, et l'idée d'une pluralité de systèmes juridiques qui peuvent détenir des relations de diverses manières, cela peut être par la coordination ou par la subordination.

2°) Le caractère novateur et évolutif du pluralisme

134. Nonobstant la fragmentation des réglementations, la sécurité alimentaire et les investissements internationaux se sont rencontrés de nombreuses fois, dévoilant un épuisement des normes qui restent inadaptées, mais pas incompatibles. Le croisement des systèmes conduit à s'interroger sur l'efficacité des concepts traditionnels du droit répondant aux conflits entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Si le droit des investissements et le droit de l'alimentation entretiennent des rapports conflictuels, il convient non pas de se résoudre à un certain déterminisme, mais d'accepter de tailler ou d'emboîter les pièces d'un puzzle qui pour l'instant restent fragmentées et difficiles à enchevêtrer. La prolifération des normes a conduit aux risques de conflits normatifs. Il s'agit de prendre le monde tel qu'il est. Les normes sont morcelées dans le système international, et ce socle d'instruments juridiques multiples et complexes révèle la richesse d'une pluralité normative qui se veut novatrice et évolutive. Certains ont même observé un nouveau processus, celui de *densification normative*³⁵⁶, qui se manifeste en partie par l'inflation législative, mais désigne aussi autre chose comme « *l'élargissement horizontal de l'emprise du droit sur les objets dont il se saisit, puis l'approfondissement - vertical par conséquent - de ses exigences dans les champs qu'il s'est ainsi taillés*³⁵⁷ ».

135. Le caractère fragmentaire du droit international des investissements et de la sécurité alimentaire contribue à l'évolution du droit et permet à certains égards d'identifier les dysfonctionnements des systèmes. L'ordre juridique n'est pas remis en cause par les contradictions de normes, de telle sorte qu'elles constitueraient des alarmes. En revanche, leurs apparitions régulières indiquent l'essoufflement d'un système. Elles dévoilent les dysfonctionnements normatifs. Le Professeur Charles Leben rappelle la présence « *des difficultés d'articulation entre normes différentes voire incompatibles appartenant aux diverses branches du droit international, aux différents sous-systèmes du système général, mais ce sont là des difficultés pour lesquelles le droit international dispose sans doute (et d'ores-et-déjà) de mécanismes de solution ou les développera*

³⁵⁶ C. THIBIERGE et alii, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013.

³⁵⁷ E. PICARD, Préface, in C. THIBIERGE et alii, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013. p. 27.

*dans un proche avenir*³⁵⁸ ». La portée de la fragmentation contient donc son récipient positif et fait ressortir le caractère évolutif des systèmes normatifs.

B.- L'articulation occasionnelle de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux dans les accords d'investissement

136. Une évolution dans la prise en compte de certaines valeurs extra-économiques est observée ces dernières années dans le droit international des investissements. Pour autant, les enjeux relevant de la sécurité alimentaire ne ressortent pas distinctement dans les accords d'investissements internationaux (1°). En effet, c'est par le biais d'autres normes que la sécurité alimentaire semble bénéficier d'une appréhension dans le droit international des investissements. Cette dernière n'étant pas directement visée. Ainsi, malgré des articulations occasionnelles indirectes, la considération de la sécurité alimentaire dans les accords d'investissements s'avère encore restreinte (2°).

1°) La prise en compte indirecte de la sécurité alimentaire dans les accords d'investissements internationaux

137. Par définition, des valeurs extra-économiques correspondent à toutes valeurs en dehors du champ économique, et plus précisément des valeurs à connotation sociale ou environnementale, mais aussi alimentaire. La prise en compte pleine et entière des valeurs extra-économiques se fera par un changement comportemental des investisseurs, des Etats, des institutions et des consommateurs. En d'autres termes, elle demeure atteignable par une mise en commun des efforts, un changement des mentalités à long terme et certainement par une mise en avant des avantages du développement, spécifiquement pour ce qui nous intéresse, du développement alimentaire. Le respect des valeurs extra-économiques apparaît de manière générale difficile à rejeter par les opérateurs privés et publics. Néanmoins, l'analyse des pratiques renseigne sur l'insuffisance de leur effectivité, et ce, malgré la multiplication de l'intégration de ce type de normes, devenu à la mode. En témoigne la vague des nouveaux accords d'investissement. Pour l'heure, la sécurité alimentaire bénéficie des mécanismes classiques de prise en compte des valeurs extra-économiques qui s'avèrent dans la plupart des circonstances insuffisantes et de l'évolution des clauses d'intégration dans les accords d'investissement. Notons que les techniques classiques sont loin de constituer une garantie fiable à la mise en œuvre de la sécurité alimentaire³⁵⁹. Pour autant, elles doivent être évoquées dans ce

³⁵⁸ Ch. LEBEN, « Remarques introductives de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGE, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), Paris, Pedone, 2011, p. 25.

³⁵⁹ *Infra* § 584 et s.

développement, au moins, comme un point de départ à la perméabilité des investissements internationaux à des normes extérieures.

138. Prise en compte par les exceptions générales. La technique des exceptions générales développée dans le droit du commerce international³⁶⁰ a largement été calquée dans la sphère des investissements internationaux. Dès lors, la protection indirecte de la sécurité alimentaire par le biais de la santé publique ou de l'environnement s'est dessinée sans volonté claire et spécifique d'atteindre l'intérêt alimentaire en prévoyant de manière exceptionnelle des restrictions au commerce ou à la protection de l'investissement en vertu de mesures relatives à l'environnement et à la santé publique.

Nouveau modèle d'accords relatifs aux investissements internationaux canadien (FIPA 2014).

Plusieurs dispositions dans le modèle canadien font référence à des valeurs extra-économiques et sont susceptibles d'être reliées à la sécurité alimentaire. L'article 18 afférent aux exceptions générales prévoit que :

1. Pour l'application du présent accord :
 - a) chacune des Parties peut adopter ou appliquer les mesures nécessaires, selon le cas :
 - i) à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou à la préservation des végétaux,
 - ii) pour assurer le respect de son droit interne qui n'est pas incompatible avec le présent accord,
 - iii) à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques;
 - b) pourvu que les mesures visées au sous-paragraphe a) ne soient pas, selon le cas :
 - i) appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs,
 - ii) une restriction déguisée à l'investissement ou au commerce international. (...)

Dans l'accord de libre-échange conclu entre Singapour et le Sri Lanka entré en vigueur récemment, le 5 janvier 2018, les valeurs extra-économiques demeurent toujours protégées sous la forme de l'intégration d'une clause d'exception générale :

Article 10.23 General Exceptions du Chapitre 11 relatif à l'investissement

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the other Party or its investors where like conditions prevail, or a disguised restriction on investments of investors of the other Party in the territory of a Party, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures:

- (a) necessary to protect public morals or to maintain public order;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:
 - (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on a contract;

³⁶⁰ Article XX b) et g) du GATT, 1994 « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; (...) g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ; (...)

- (ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;
- (iii) safety; or
- (d) relating to the conservation of exhaustible natural resources.
- (e) necessary to protect national treasures of artistic, historic or archaeological value;

139. Prise en compte par les dérogations relatives à la sécurité. La protection alimentaire est susceptible de reposer sur des clauses en référence à la sécurité notamment à la lumière des intérêts essentiels des États. A ce titre, les Etats-Unis ont grandement contribué au développement de ces dérogations par une intégration de ce type de clauses dans de nombreux traités. Par exemple, l'article XI du traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis et l'Argentine prévoit que :

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests³⁶¹.

La protection alimentaire sur la base de ces clauses reste à nuancer. En effet, elles demeurent loin de convaincre dans la mise en œuvre de cette dernière. Toutefois, elles ne peuvent être niées, dans la mesure où elles restent une piste ouverte à la garantie alimentaire.

140. Plus intéressante apparaît l'évolution de la prise en compte de la sécurité alimentaire ces dernières années dans les accords d'investissements internationaux. Un phénomène révélateur de la refonte des investissements internationaux et d'une volonté de mieux considérer l'intérêt public apparaît sous la forme d'une intégration de clauses de responsabilité sociale dans les accords d'investissement internationaux en sus des clauses d'exceptions générales.

141. Intégration de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans les traités bilatéraux d'investissement. Dans certains traités bilatéraux d'investissements, la responsabilité sociale des entreprises est encouragée par les États en vue de mettre en œuvre des valeurs extra-économiques comme la santé et l'environnement. A titre d'exemple, le nouveau modèle d'accords relatifs aux investissements internationaux canadien (FIPA 2014) invite les entreprises qui exercent des activités sur leur sol à respecter les normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises :

Article 16 « Responsabilité sociale des entreprises » du nouveau modèle canadien (FIPA 2014)

Chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer, sur une base volontaire, dans leurs pratiques et politiques internes des normes

³⁶¹ Traité bilatéral entre les Etats Unis et l'Argentine relatif à l'encouragement et à la protection des investissements internationaux entré en vigueur le 20 octobre 1994.

internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions comme le travail, l'environnement, les droits de la personne, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption.

La tendance continue en 2019, l'accord de libre-échange conclu récemment entre l'Argentine et le Chili précise dans une clause de responsabilité sociale des entreprises que les parties réaffirment leur attachement aux normes, directives et principes de responsabilité sociale des entreprises et encourage les investisseurs à respecter les principes directeurs de l'OCDE³⁶². Cette clause est aussi intégrée à l'image du modèle canadien en plus de la clause d'exception générale³⁶³.

Les clauses de RSE intégrées dans les accords d'investissements internationaux pourraient parfaitement devenir des instruments d'aide à la protection alimentaire dans le droit international des investissements. Aussi, un autre mécanisme intéressant réside dans les Préambules et la rédaction des objectifs à la lumière des enjeux sociaux et environnementaux. On peut en trouver des illustrations dans les modèles de TBI norvégien et américain :

Modèle du TBI norvégien (2007). Ce modèle encourage la coordination des systèmes normatifs et déclare dès son préambule la volonté « *d'atteindre ces objectifs d'une manière compatible avec la protection de la santé, la sécurité et l'environnement, et la promotion du droit du travail internationalement reconnu* ». Le Préambule consacre son attachement à « *la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme et des libertés fondamentales conformément à leurs obligations en vertu du droit international, y compris les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme* ».

Modèle du TBI américain (2012) : Le modèle américain reprend la même formule que le TBI norvégien pour assurer d'une part, une protection des valeurs extra-économiques et d'autre part, une protection des investissements. Dans le préambule, il est aussi déclaré la volonté d'atteindre la

³⁶² Article 8. 17 intitulé Responsabilidad social corporativa, Acuerdo comercial entre la República Argentina y la República de Chile, entré en vigueur le 5 janvier 2019 : « *Las Partes reafirman su compromiso con los estándares reconocidos internacionalmente, directrices y principios de responsabilidad social corporativa que hayan sido aprobados o sean apoyados por las Partes, incluidas las Lineas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y cada Parte procurará alentar a las personas que operan en su territorio o sujetas a su jurisdicción para que incorporen voluntariamente estos estándares, directrices y principios en sus prácticas empresariales y en sus políticas internas. Estos estándares, directrices y principios abordan asuntos tales como empleo, medio ambiente, igualdad de género, derechos humanos, relaciones con la comunidad y anticorrupción* ».

³⁶³ Voy. Article 8.19: Excepciones generales, Acuerdo comercial entre la República Argentina y la República de Chile, entré en vigueur le 5 janvier 2019 : « *Siempre que tales medidas no se apliquen de una manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable, y que no constituyan una restricción encubierta al comercio internacional que afecte la inversión, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluyendo medidas ambientales, que considere necesarias para: (a) Proteger la moral o mantener el orden público; (b) Proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, o (c) Proteger la conservación de los recursos naturales agotables, vivos o no vivos, si tales medidas son hechas efectivas en conjunto con restricciones de producción o consumos internos*. Encore une fois, la sécurité alimentaire est visée à travers les termes de protection de « la vie ou de la « santé humaine » et aussi de la nécessité de « conserver les ressources naturelles épuisables ».

combinaison des objectifs de protection de l'investissement avec la protection de la santé, la sécurité et l'environnement et du droit du travail.

142. Les préambules dans les traités n'ont pas de force obligatoire, mais restent des références substantielles pour interpréter les dispositions³⁶⁴. Dans les traités bilatéraux d'investissement récents, la tendance à l'affichage dans les Préambules des objectifs économiques et extra-économiques combinés demeure³⁶⁵. Cela dévoile deux réalités : une volonté claire et précise de rendre compatibles des systèmes aux normes ambivalentes, et une évolution constante du droit quant à son approche dans les apports entre les normes au contenu économiques et les normes relatives aux droits humains.

143. En plus des clauses de responsabilité sociale, les nouveaux accords internationaux d'investissement intègrent également des clauses relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement. Par exemple, l'article 15 portant sur les mesures relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement du nouveau modèle canadien (FIPA 2014) prévoit que :

Les Parties reconnaissent qu'il ne convient pas d'assouplir les mesures nationales en matière de santé, de sécurité ou d'environnement afin d'encourager l'investissement. En conséquence, aucune des Parties ne devrait renoncer ou déroger de quelque autre manière, ni offrir de renoncer ou de déroger de quelque autre manière, à de telles mesures afin d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement d'un investisseur. Si une Partie estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement, elle peut demander la tenue de consultations avec cette autre Partie, et les deux Parties se consultent en vue d'empêcher l'encouragement.

144. Clauses environnementales. D'autres accords consacrent même un article dédié à la relation entre l'environnement et l'investissement. C'est le cas du modèle de TBI américain :

Article 12 Investissement et environnement modèle de TBI américain (2012)

1. The Parties recognize that their respective environmental laws and policies, and multilateral environmental agreements to which they are both party, play an important role in protecting the environment. 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its environmental laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws, or fail to effectively enforce those 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. 3. The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters, and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with paragraph 2 where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources. (...)

³⁶⁴ Voy. O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'Homme, droit de l'environnement » in Ch LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 537.

³⁶⁵ Voy. p. ex un extrait du préambule dans le traité bilatéral conclu entre le Kenya et le Japon entré en vigueur le 14 septembre 2017 : « *Recognising the growing importance of the progressive liberalisation of investment for stimulating initiative of investors and for promoting prosperity in the Contracting Parties; Recognising that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application; »*

Dans la même perspective, le chapitre 24 de l'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne, nommé « CETA » s'intitule « Commerce et environnement » et reconnaît que l'environnement constitue un pilier fondamental du développement durable³⁶⁶. De même le nouvel accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique (l'ACEUM), visant à remplacer l'ALENA comporte un volet environnement. Il est prévu la promotion des politiques et pratiques commerciales et environnementales, la promotion d'un degré élevé de protection de l'environnement et l'application efficace des lois environnementales³⁶⁷. Par ailleurs, les arbitres sont apparus progressivement plus sensibles aux valeurs non-économiques. Dans ce sens, un arbitrage CIRDI³⁶⁸ affirmait déjà que le caractère légitime de l'expropriation de l'investissement relatif à l'environnement doit être reconnu au regard du droit international public, même si cette expropriation légitime et licite ne prive pas l'investisseur d'une indemnisation. Conséquemment, il y a une prise en considération de valeurs environnementales, dans le champ des investissements internationaux qui constitue une porte d'entrée pour la sécurité alimentaire. Si cette dernière n'est pas directement visée dans les accords bilatéraux d'investissement, on peut constater une évolution très nette d'un renforcement du pouvoir de réglementation des États qui pourrait affecter positivement sa mise en œuvre. Néanmoins, la prise en compte indirecte de cette dernière n'est pas sans poser de difficultés.

2°) La portée restreinte de la prise en compte indirecte dans les accords d'investissements internationaux

145. Il est vrai que l'évolution du contenu des accords d'investissements internationaux semble laisser transparaître un glissement vers une affirmation des obligations des investisseurs. Pour autant, il ne faudrait pas se méprendre sur le degré d'intensité des obligations qui dans la majorité des

³⁶⁶ Article 24-2 du CETA « *Les Parties reconnaissent que l'environnement forme un pilier fondamental du développement durable et reconnaissent la contribution que peut avoir le commerce pour le développement durable. Les Parties soulignent qu'une coopération accrue aux fins de la protection et de la conservation de l'environnement a les effets bénéfiques suivants : a) favoriser le développement durable; b) renforcer la gouvernance environnementale des Parties; c) consolider les accords internationaux en matière d'environnement auxquels elles sont parties; d) compléter les objectifs du présent accord* ». Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AECG ou dénommé ci-après CETA comme dans sa version anglaise), Journal Officiel de l'Union européenne n° L 11 du 14 janvier 2017, signé le 30 octobre 2016, en application partielle et provisoire.

³⁶⁷ Voy. p. ex l'article 24-2. 2°) de l'ACEUM : « Le présent chapitre vise à promouvoir des politiques et pratiques commerciales et environnementales qui se renforcent mutuellement, à promouvoir un degré élevé de protection de l'environnement et l'application efficace des lois environnementales, et à accroître la capacité des Parties de trouver des solutions aux problèmes environnementaux se rapportant au commerce, y compris par la coopération, dans l'avancement du développement durable ». Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM), signé le 30 novembre 2018 visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains.

³⁶⁸ CIRDI, *Compania del Desarrollo de Santa Elena c/ Costa Rica*, aff. n°ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, *Cit F. GRISEL*, « L'octroi d'intérêts composés par les tribunaux arbitraux d'investissement », *JDI* n°3, juillet 2011, doctrine 9.

hypothèses restent des incitations et certainement pas des obligations contraignantes lorsqu'elles portent sur la responsabilité sociale des investisseurs. De manière générale, si l'État souhaite obtenir des garanties relatives au comportement de l'investisseur, il peut insérer une clause portant sur la conformité de l'investissement au droit de l'État hôte. Dès lors, il sera en mesure de préciser le degré de protection environnementale ou même alimentaire qu'il souhaite imposer sur son territoire. Pour autant, cette situation est délicate en regard de la mise en œuvre de la sécurité alimentaire puisque de nombreuses situations alimentaires restent mal appréhendées et non visées directement que cela soit dans la législation nationale comme dans les clauses extra économiques intégrées dans les accords d'investissement. Les clauses de responsabilité sociale ou environnementale ne répondent pas toujours adéquatement aux hypothèses d'insécurité alimentaire. En effet, l'environnement par exemple ne constitue qu'un des volets de la sécurité alimentaire laissant les autres situations relevant du domaine alimentaire sans protection directe ou indirecte.

146. A titre d'illustration, l'un des enjeux alimentaires constitue l'appréhension des investissements agricoles à grande échelle³⁶⁹. Ce phénomène désigne « *le processus d'acquisition à grande échelle de terres agricoles sans consultation préalable de la population locale et sans son consentement*³⁷⁰ ». Les États n'appréhendent pas véritablement ce phénomène et il n'existe pas de cadre juridique adéquat y faisant face. C'est donc naturellement que l'on observe l'absence de clause alimentaire sur ce point dans les accords d'investissements internationaux. Cette pratique consiste à investir dans de grandes étendues de terres de préférence dans des lieux où se situent des terres arables et à bas coût³⁷¹. Pour ce faire, certains États procèdent à des expropriations de terres de paysans et parfois de communautés autochtones délaissant donc les populations locales au profit des investissements étrangers. Mais le véritable danger ne se situe pas à ce niveau, il réside dans l'absence de seuils définis permettant l'achat ou la location de grandes étendues de manière quasi infinie. Un pays sujet à des situations de fragilité alimentaire est susceptible de voir 50 % de ses terres détenues par des investisseurs étrangers. Dès lors, dans l'hypothèse d'une famine, il se pourrait que la moitié des denrées alimentaires produites soient exportées.

³⁶⁹ *Infra* § 486 et s.

³⁷⁰ K. NURM, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « L'accapement des terres: une sonnette d'alarme pour l'Europe et une menace imminente pour l'agriculture familiale », (avis d'initiative)NAT/632 – EESC-2014-00926-00-00-AC-TRA (EN) 4/16, Bruxelles, 21 janvier 2015, p. 4.

³⁷¹ Pour des exemples sur ce type d'investissement et parmi de nombreux rapports de l'institut Oakland sur la question, voy. p. ex. S. Daniel and A. Mittal. *The Great Land Grab: Rush for World's Farmland Threatens Food Security for the Poor*. Report, The Oakland Institute, 2009, disponible en ligne le 03 octobre 2019 : <https://www.oaklandinstitute.org/great-land-grab-rush-world's-farmland-threatens-food-security-poor> ; L. FLETCHER and F. MOUSSEAU, *Land summit or land grab ?*, Report, The Oakland Institute and Jubilee Australia Research Centre, May 2019, disponible en ligne le 06 octobre 2019, <https://www.oaklandinstitute.org/sites/oaklandinstitute.org/files/land-summit-or-land-grab.pdf>.

147. C'est ainsi que le recours à des clauses de responsabilité sociale n'apparaît pas avoir changé en profondeur la face des investissements internationaux. En revanche, si la rédaction des clauses devenait plus exigeante en termes d'obligation, il serait envisageable de penser que les clauses RSE puissent constituer un jour l'ancêtre des clauses de responsabilité des investisseurs. De plus, il reste une difficulté portant sur la combinaison des clauses de responsabilité sociale et des clauses de conformité à la législation de l'État d'accueil. Il est imaginable qu'une clause de conformité entre en contradiction avec une clause RSE notamment s'il est imposé que celle-ci soit compatible avec le droit de l'État d'accueil³⁷². Dans cette circonstance, la législation nationale est susceptible de ne pas encadrer le comportement d'un investisseur, par exemple son comportement environnemental, et conduire à une incompatibilité de la clause RSE avec la législation nationale qui pourrait se résoudre par l'intégration de « clauses d'articulation³⁷³ ». Pailleurs, d'autres points demeurent malaisés s'agissant de l'articulation des dispositions dans les accords d'investissements internationaux.

148. Si l'intégration de valeurs extra-économiques dans les traités reste une voie encourageante, l'absence d'harmonisation des dispositions dans l'ensemble de ces instruments juridiques laisse parfois la voie libre aux investisseurs désirant esquiver des clauses handicapantes pour leurs investissements. Dans l'affaire *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*³⁷⁴, la société mère était canadienne. Afin d'engager des poursuites à l'encontre du Salvador sur le fondement du CAFTA-DR³⁷⁵ qui assure une protection substantielle aux investisseurs, la société a transféré son siège dans le Nevada, aux Etats-Unis. Par ce changement de nationalité, la société a tenté de s'octroyer des droits plus avantageux. À défaut d'harmonisation, le jeu des transferts de siège afin d'éviter des dispositions juridiques ou au contraire de bénéficier d'avantages juridiques pourrait continuer. Cette circonstance peut laisser un goût amer à l'heure où certains oeuvrent en faveur d'une véritable responsabilisation des investisseurs. En effet, cela conforte l'idée d'une surprotection et d'un abus par les investisseurs de leurs droits. Dans ce sens, le manque d'harmonisation et la prise en compte insuffisante de l'intérêt public a contribué au fleurissement de l'hostilité du modèle juridique des investissements internationaux.

149. La reconsidération des valeurs extra-économiques est primordiale pour permettre une influence de la sécurité alimentaire sur les investissements internationaux, mais cette idée ne suffit

³⁷² Sur la possibilité d'une contradiction et les difficultés « d'un ménage à trois » entre les clauses RSE, le droit national de l'Etat d'accueil et le droit international. voy. L. DUBIN, « RSE et droit des investissements les prémises d'une rencontres », *R.G.D.I.P.*, 2016, pp. 878-879.

³⁷³ *Ibid.* p. 879.

³⁷⁴ CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, aff. n°. ARB/09/12.

³⁷⁵ Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine désignés sous le sigle anglais comme le « CAFTA-DR ».

pas. La promotion de ces valeurs doit être appréhendée par l'ensemble des acteurs des investissements internationaux.

Conclusion Chapitre 1

150. L'analyse étiologique a fait ressortir les principales causes des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. La disparité des fondements s'avère amplement compréhensible lorsque l'on se penche sur les finalités tout à fait distinctes des deux disciplines. D'un côté, le droit à l'alimentation cherche à protéger par un dispositif juridique la sécurité alimentaire des populations, de l'autre, le droit international des investissements consiste à assurer les droits des investisseurs étrangers. Dès lors, les deux disciplines se sont façonnées en s'ignorant sans établir de connexions normatives. Si le corpus juridique du droit international des investissements a su démontrer son efficacité par la mise en œuvre d'une protection substantielle, parfois dénoncée comme exclusive, la protection accordée à la sécurité alimentaire demeure loin d'obtenir le même succès et offre une protection plus que relative aux victimes d'insécurité alimentaire. Nous sommes en présence d'un droit fort et d'un droit mou. Le contraste des forces normatives apparaît saisissant et conduit à renforcer les déséquilibres. De plus, si le processus fragmentaire du droit international porte des aspects positifs, il n'en reste pas moins vecteur de risques et génère des désordres normatifs. C'est ainsi que l'articulation occasionnelle de la norme alimentaire et de la norme liée à l'investissement international ne comble pas l'insuffisance traditionnelle des convergences.

Chapitre 2.- L'analyse sémiologique des conflits normatifs : les symptômes

151. L'analyse sémiologique désigne l'étude des symptômes lors d'un diagnostic. Par cette approche, il s'agit de mettre en lumière les signes indicatifs des conflits normatifs entre le droit à l'alimentation et le droit international des investissements. Il est observé des déséquilibres qui surgissent de toutes parts et sous différentes formes. Tout d'abord, l'analyse des symptômes dans le droit applicable indique une discordance des normes et la contrariété de certaines décisions arbitrales. Elle renseigne sur les déséquilibres relatifs aux normes et aux décisions (Section 1). Ensuite, l'analyse des symptômes sur les opérateurs révèle d'un côté, une opposition marquée entre le droit de réglementation des États et les droits des investisseurs, de l'autre, il est observé une asymétrie entre les droits de ces derniers et les droits des victimes d'insécurité alimentaire. Partant, l'analyse fait ressortir les déséquilibres entre les responsabilités puis entre les droits (Section 2).

Section 1.- Les symptômes des conflits de normes dans le droit applicable

152. Dans le droit applicable, les symptômes des conflits normatifs sont susceptibles d'être identifiés à travers la discordance des normes (§1) et par l'observation de certaines contrariétés de décisions (§2)

§1.- La discordance des normes : le déséquilibre des normes

153. La discordance des normes désigne une absence d'harmonisation normative. Elle crée des déséquilibres et s'entrevoit au moins à travers deux hypothèses. La première correspond à une concurrence des normes, qui en présence d'une hiérarchie normative ou d'autres méthodes adéquates sera résolue par l'indication de la primauté de la norme (A). En revanche, en l'absence de règle de priorité normative, la formation d'obligations contradictoires issues de cette situation est susceptible de laisser aux tribunaux arbitraux d'investissement, malgré eux, le soin de décider quelle norme passera en priorité, et donc quelle norme l'Etat devrait respecter avant l'autre (B).

A.- La concurrence des normes

154. L'étude de la concurrence de la norme alimentaire et de celle liée aux investissements internationaux met en lumière des incohérences normatives (1°) accentuées par des relations hiérarchiques embryonnaires (2°).

1°) L'incohérence des normes

155. Dans certaines hypothèses, le pouvoir de réglementation de l'État sera remis en cause par une opération d'investissement, et plus spécifiquement, le droit de propriété de l'investisseur. C'est là l'un des points les plus sensibles du droit international des investissements. L'Etat, garant et responsable de la sécurité alimentaire de sa population, se retrouve parfois piégé et freiné par les traités bilatéraux d'investissements qu'il a lui-même signés alors qu'il souhaite mettre en œuvre une politique publique, notamment une politique publique alimentaire. Cette mise en œuvre peut s'effectuer en vertu d'un changement de législation nationale en vue d'améliorer une protection alimentaire ou à la lumière d'une obligation alimentaire internationale en vertu d'un traité relatif au droit humain qui viendrait s'opposer à un accord d'investissement international. L'opération d'investissement va constituer un obstacle à la réalisation de son obligation alimentaire. Il s'agit donc de situations où l'application d'une mesure étatique d'intérêt public porte atteinte au droit des investisseurs. Dès lors, le tribunal arbitral d'investissement, malgré lui, va opérer un choix entre la légitimité d'une politique publique alimentaire et le droit de propriété de l'investisseur. Si la production des normes est marquée par le sceau de l'État sur son territoire, cette idée apparaît bousculée par les traités bilatéraux d'investissement qui réglemente les opérations des investisseurs étrangers sur le sol de l'Etat hôte.

156. C'est ainsi qu'une « *tension entre le droit produit par ces accords et le maintien de la souveraineté*³⁷⁶ » demeure omniprésente. Dans ces circonstances, il est parfois observé l'existence de normes contradictoires applicables simultanément à une même situation. Par exemple, l'article 11 du PIDESC est susceptible d'entrer en contradiction avec une clause d'expropriation³⁷⁷ présente dans un accord d'investissement international. Dans le silence du traité, le droit à un niveau de vie suffisant prévu par le PIDESC et la protection du droit de propriété des investisseurs s'affrontent en n'indiquant pas expressément quel droit devrait primer. Dès lors, tout dépendra de l'interprétation donnée à cette situation par le tribunal arbitral d'investissement. Les arbitres ne reconnaîtront pas en tant que tel un conflit de normes. A l'appui de leur raisonnement, ils n'hésiteront pas à faire appel à la convention

³⁷⁶ S. BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 21.

³⁷⁷ Exemple de clause d'expropriation, article 1110. 1°) de l'ALENA intitulé Expropriation et indemnisation, 1994 : 1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf : a) pour une raison d'intérêt public; b) sur une base non discriminatoire; c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6 (...)

de Vienne. Dès lors, l'interprétation restrictive ou extensive d'une norme et la marge d'interprétation de l'arbitre³⁷⁸ sont des variables à prendre en considération dans l'issue de la décision.

157. Un exemple de contradiction d'ores et déjà soulevé entre les normes est celui de l'article 103 de la Charte des Nations Unies³⁷⁹ avec les articles 103 et 104 de l'ALENA³⁸⁰. L'article 103 de la Charte des Nations Unies³⁸¹ prévoit la prévalence de ses dispositions en cas de conflit avec tout autre accord international. De son côté, l'article 103 de l'ALENA précise qu'en cas d'incompatibilité avec un autre accord, c'est l'ALENA qui prévaut³⁸². Si un conflit survient, les deux accords affirment leur primauté. L'article 104 du même accord se prononce sur les rapports avec des accords susceptibles d'affecter la sécurité alimentaire par la voie environnementale³⁸³. Il est mentionné précisément quelques Conventions relatives à l'environnement³⁸⁴ qui prévalent sur l'accord d'investissement. Par une interprétation littérale, toutes situations alimentaires ou environnementales qui ne rentrent pas dans ce champ conventionnel semblent exclues³⁸⁵. Par une interprétation téléologique, il semblerait que l'esprit du texte soit de faire primer les situations relevant de l'environnement sur les règles économiques. Il reste toutefois précisé que la conformité aux obligations suppose de choisir le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord. Pour autant, rien n'indique dans

³⁷⁸ De vives critiques relatives à l'importance des marges de manoeuvre d'interprétation des tribunaux arbitraux d'investissement ont émergé. Voy. p. ex. R. BACHAND, « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : enjeux pour la gouvernance globale », *RGDIP*, 2010, pp. 316-317 : « (...) au moment de prendre une décision sur une affaire qui lui est soumise, un organe juridictionnel tel qu'un tribunal arbitral ouvrant dans le domaine de l'investissement a à des multiples reprises la possibilité de statuer en faveur de l'une ou de l'autre des deux parties en présence et que le résultat auquel il arrivera est loin de n'être déterminé que par des règles »

³⁷⁹ Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, 1 R.T.N.U. xvi (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), art. 103.

³⁸⁰ R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, p. 605.

³⁸¹ Article 103 de la Charte des Nations Unies : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

³⁸² Article 103 de l'ALENA (1994) : « 1. Les Parties confirment les droits et obligations existants qu'elles ont les unes envers les autres aux termes de l' Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et d'autres accords auxquels elles sont parties ; 2. En cas d'incompatibilité entre le présent accord et ces autres accords, le présent accord, sauf disposition contraire, prévaudra dans la mesure de l'incompatibilité ».

³⁸³ Article 104 de l'ALENA (1994) : « 1. En cas d'incompatibilité entre le présent accord et les obligations spécifiques que prescrivent en matière de commerc a) la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, faite à Washington le 3 mars 1973 et modifiée le 22 juin 1979, b) le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, fait à Montréal le 16 septembre 1987 et modifié le 29 juin 1990, c) la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, faite à Bâle le 22 mars 1989, dès son entrée en vigueur pour le Canada, le Mexique et les États-Unis, ou d) les accords visés à l'annexe 104.1, ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que toute Partie, qui, pour se conformer auxdites obligations, a le choix entre des moyens d'une égale efficacité et d'une accessibilité raisonnable, devra choisir le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord. 2. Les Parties pourront convenir par écrit de modifier l'annexe 104.1 pour y inclure toute modification d'un accord mentionné au paragraphe 1, ainsi que tout autre accord en matière d'environnement et de conservation. »

³⁸⁴ L'article 104 alinéa 1 de l'ALENA cite les instruments juridiques suivants : la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination et les accords visés à l'annexe 104.1.

³⁸⁵ Voy. sur ce point l'analyse de R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, p. 605.

la jurisprudence arbitrale que les tribunaux privilégient la norme extra économique sur la norme économique. On semble d'ailleurs bien loin d'analyser les différends sous l'angle des conflits de normes et de l'appropriation d'une telle analyse téléologique.

158. Cette incompatibilité normative est révélatrice des contradictions profondes qui prédominent dans l'espace juridique actuel. Elle révèle la défaillance de coopération institutionnelle, comme si chaque catégorie de droit était élaborée de façon isolée en niant la complexité des normes et du monde qui l'entoure. La coordination normative du droit international des investissements avec la sécurité alimentaire doit passer par une promotion du droit à l'alimentation incluant des obligations étatiques strictes et un renforcement des instruments juridiques dans l'ordre international. Un glissement véritable des valeurs de la sécurité alimentaire dans les traités serait le premier pas pour imposer le respect de la sécurité alimentaire aux investisseurs et aux Etats. Mais pour l'heure, de nombreuses affaires³⁸⁶ révèlent des difficultés de contradiction des obligations internationales d'un Etat qui se retrouve face à un choix ardu entre le respect des droits humains et la nécessité d'honorer ses engagements relatifs aux dispositions économiques des traités bilatéraux d'investissements. A ce titre, dans l'affaire *Azurix c. Argentine*³⁸⁷, l'Etat et l'investisseur avaient conclu un contrat de concession portant sur l'approvisionnement en eau de Buenos Aires. Les habitants se sont plaints de la qualité de service tandis que l'Etat a informé la population de l'interdiction de boire l'eau en raison d'un mauvais traitement de celle-ci et d'une contamination. Dans le même temps, l'investisseur soulignait la mauvaise qualité des infrastructures laissées et l'absence par l'Etat du respect de ses engagements. Dès lors, l'Argentine a résilié le contrat passé avec l'investisseur au nom de la sécurité alimentaire de sa population (article 11 et 12 du PIDESC). Par cette mesure, l'Argentine aurait violé les dispositions du traité bilatéral d'investissement et porté atteinte aux droits de propriété des investisseurs. Le tribunal arbitral a retenu la responsabilité de l'Argentine³⁸⁸. Dans une affaire comparable, les arbitres ont déclaré que ces obligations n'étaient pas « *incohérentes, contradictoires et incompatibles* »³⁸⁹.

³⁸⁶ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, aff. n°. ARB/03/19, 2010 ; CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, aff. n°. ARB/09/12 ; CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. n° ARB/(AF)/97/1, 30 août 2000 ; CIRDI, *LG&E Energie Corporation et consorts c. Argentine*, aff. n° ARB/02/01, 3 octobre 2006 ; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, 26 juillet 2008 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n° ARB/02/16, 28 septembre 2007 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005.

³⁸⁷ CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006.

³⁸⁸ *Infra* § 303.

³⁸⁹ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, aff. n°. ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 262. (ancienne appellation : Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.). Cette affaire sera nommée ci-après Aguas Argentinas.

159. Les mesures prises par l'Argentine dans *l'affaire Azurix* comme dans d'autres s'inscrivent dans la volonté pour l'Etat d'honorer ses engagements en matière de droits humains, en accord avec les principes généraux qui composent la Charte des Nations Unies. Sans les mesures prises par l'Argentine, il apparaît que le droit d'accès à l'eau n'aurait pas été garanti par l'Etat et qu'une partie de la population se serait retrouvée privée de ce droit fondamental. Dans *l'affaire Aguas Argentinas*, portant également sur une confrontation entre le droit à l'eau et le droit de propriété des investisseurs, les arbitres, sans se prononcer sous le prisme d'une hiérarchie des normes ont déclaré que les obligations relatives au traité devaient être traitées de manière égale à celles des droits humains³⁹⁰. Quel est le bon positionnement lors d'une telle incompatibilité ? L'affirmation de l'égalité semble s'opposer à l'esprit de l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui comme cela a d'ores et déjà été affirmé semblait vouloir faire prévaloir les dispositions de la Charte sur les autres accords³⁹¹. Si l'ALENA a la primauté sur les dispositions des articles, il n'en est rien sur les principes généraux du droit ni sur le droit coutumier³⁹². Aussi, l'article 53 de la Convention de Vienne dispose que :

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Dès lors, la question de savoir si le droit à l'alimentation appartient au droit international coutumier est cardinale.

160. Droit international coutumier et droit à l'alimentation. Le droit international coutumier est un élément important en droit international des investissements. L'article 31-3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit qu'il sera tenu compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. Le fait de savoir si le droit à l'alimentation correspond à une norme coutumière est sujet à débat. Certains s'y opposent, par exemple en soulignant la répétition des violations à l'encontre du droit à l'alimentation empêchant celui-ci d'être considéré comme une véritable source coutumière³⁹³. En revanche, la FAO considère

³⁹⁰ CIRDI, *Aguas Argentinas c. Argentine*, *op. cit.*, § 262 ; « Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. »

³⁹¹ R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, p. 605; J-P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies . L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue française de droit constitutionnel* 1/2007 (n° 69), p. 32

³⁹² R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, p. 605.

³⁹³ Voy. B. SIMMA et P. ALSTON, « The sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens and General principles », *Aust. YBIL*, 1988-1989, pp. 82 et s, cit in R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, p. 581.

que le droit international coutumier englobe le droit à l'alimentation. Pour s'en convaincre, elle avance que ce dernier repose sur une *opinio juris* et une pratique des Etats suffisantes à la caractérisation d'une règle de contrainte destinée à l'ensemble des Etats³⁹⁴. Dès lors, les conditions de caractérisation d'une source coutumière seraient remplies d'après l'organisation : la pratique par les Etats au fil des années et la conviction que cette obligation demeure obligatoire³⁹⁵. Partant, il est envisageable que les tribunaux arbitraux d'investissement prennent en considération le droit à l'alimentation en tant que norme coutumière susceptible de prévaloir sur les accords d'investissements.

161. C'est ainsi que nombreux doutes surgissent quant à la place du droit à l'alimentation lorsqu'il entre en conflit avec la norme liée à l'investissement.

2°) Des relations hiérarchiques embryonnaires.

162. Malgré des règles éparpillées dans certains accords, il n'apparaît pas envisageable d'entrevoir une hiérarchie des normes en droit international, du moins expresse. Des règles commencent à se dessiner, mais elles établissent des relations que nous qualifierons d'embryonnaires en comparaison des ordres juridiques nationaux. Dès lors, l'incompatibilité de certaines normes se résout par l'usage de principes généraux, notamment le principe de *lex posterior priori derogat* et le principe de *specialia generalibus derogant*³⁹⁶. La mise en œuvre de la hiérarchie des normes permet de résoudre les antinomies. Néanmoins, les situations factuelles peuvent dépasser les contours de la théorie³⁹⁷. Le Professeur Xavier Magnon a écrit que la théorie normativiste « s'intéresse au *devoir être* et non à *l'être*, à ce qui *doit être* selon les énoncés prescriptifs et non à ce qui *est*³⁹⁸ ». Ainsi, l'étude des faits peut conduire à des voies juridiques sans issues apparentes³⁹⁹. La hiérarchie des normes suppose l'existence d'un système préétabli des règles de droit avec un mécanisme fondé sur la primauté d'une norme sur l'autre⁴⁰⁰. L'inconvénient réside dans l'incertitude des situations qui n'auraient pas clairement été prévues par la loi et l'indécision des règles qui découlent de la coutume ou de principes généraux qui échappent à l'ordre traditionnel⁴⁰¹. Pour autant, l'une des inquiétudes

³⁹⁴ FAO, Les Directives sur le droit à l'alimentation, documents d'information et études de cas, 2006, p. 103.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ Nous citons ces deux principes qui seront étudiés quelques lignes ci-dessous.

³⁹⁷ R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792.

³⁹⁸ X. MAGNON, En quoi le positivisme normativisme est-il diabolique ?, *RTD civ.* 2009, p. 269.

³⁹⁹ *Ibid.* L'auteur expose les limites de la théorie normativiste et emploie l'expression de « *l'impasse sur le fait dans l'analyse juridique* ».

⁴⁰⁰ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999.

⁴⁰¹ R. LIBCHABER, *op.cit.*, p. 792.

dans l'espace normatif réside dans l'absence de hiérarchie potentielle entre les systèmes. C'est la distinction essentielle entre les ordres internes et l'ordre international⁴⁰². L'absence de hiérarchie conduit aux conflits de normes. Le risque est de laisser à l'appréciation des juges la signification et la primauté que devraient recouvrir les dispositions juridiques. Le bon sens voudrait que les normes relatives à la sécurité alimentaire dominent le droit des investissements internationaux, car sans la garantie du premier droit, aucun autre ne peut se réaliser. Certaines normes méritent qu'on s'y penche avec singularité puisqu'elles sont plus importantes que d'autres⁴⁰³. Les obligations relatives aux droits humains, spécialement du droit à l'alimentation, devraient primer les traités bilatéraux d'investissements. Toutefois, dans de nombreuses affaires cette primauté n'est pas toujours mise en œuvre et laisse place à des incertitudes.

163. Hiérarchie des normes en droit international des investissements. L'annexe B.10 relative à l'expropriation dans le modèle canadien d'accord d'investissement (2014) semble établir une hiérarchie des normes. Il est précisé que :

Les Parties confirment leur compréhension commune des points suivants :

- a) l'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures d'une Partie qui ont un effet équivalent à une expropriation directe en l'absence de transfert formel de titre ou de confiscation pure et simple;
- b) la question de savoir si une mesure ou une série de mesures d'une Partie constituent une expropriation indirecte doit faire l'objet d'une enquête factuelle au cas par cas portant notamment sur les facteurs suivants :
 - i) les effets économiques de la mesure ou de la série de mesures en cause, étant entendu que le fait que la mesure ou la série de mesures de la Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte,
 - ii) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes définies et raisonnables sous-tendant l'investissement,
 - iii) la nature de la mesure ou de la série de mesures ;
- c) sauf dans de rares cas, tels ceux où une mesure ou une série de mesures sont si rigoureuses au regard de leur objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'elles ont été adoptées et appliquées de bonne foi, ne constitue pas une expropriation indirecte la mesure non discriminatoire d'une Partie qui est conçue et appliquée dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement.

164. La hiérarchie est posée au point c). Néanmoins, la sécurité alimentaire n'est pas mentionnée, elle est visée indirectement par la santé, la sécurité, l'environnement. Les termes « par exemple » indiquent qu'une lecture littérale du texte n'est pas recommandée, et qu'il faudrait certainement procéder à une interprétation téléologique. Dans cette perspective, la sécurité alimentaire pourrait être comprise de manière directe en qualité de « protection légitime du bien-être public » par l'application des termes « par exemple » ou indirectement par le biais des autres droits. Dès lors, il apparaît sur le fondement du modèle de traité canadien qu'une hiérarchie des normes soit posée. Pour

⁴⁰² Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 197.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 198.

autant, les différends portant sur une contradiction de la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement ne sont pas analysés sous l'angle du conflit normatif. Les clauses comme celles intégrées dans le modèle canadien sont susceptibles de se généraliser. Il y a donc la crainte de voir se développer des situations liées au Canada où la sécurité alimentaire des populations serait protégée et des circonstances, où en l'absence de clauses, la protection alimentaire ne puisse être activée par les arbitres. Là encore, une solution est envisageable comme le rappelle le Professeur Eric Loquin. En l'absence d'indications dans les traités, les tribunaux arbitraux ont toujours la possibilité de faire application du droit international coutumier⁴⁰⁴. Pour l'heure, les arbitres ne relèvent pas explicitement l'incohérence des normes ou les potentiels conflits de normes auxquels ils sont assujettis. Ils ne précisent pas non plus expressément tout comme en matière environnementale que la norme alimentaire aurait une priorité normative sur les droits des investisseurs. Au contraire, un investisseur peut se voir indemnisé devant les tribunaux arbitraux d'investissement alors que son opération d'investissement a eu des effets négatifs sur la sécurité alimentaire des populations. L'Etat s'engage à payer en cas d'atteinte au droit de propriété de l'investisseur, et ce même si ce dernier a pollué ses terres et ses eaux en raison de l'investissement. L'investisseur pollueur est indemnisé et l'Etat protecteur doit payer. A ce titre le Professeur Loquin a soulevé une contradiction : « *L'investisseur pollueur est indemnisé, alors que le droit de l'environnement veut que le pollueur soit le payeur*⁴⁰⁵ ».

B.- La formation d'obligations contradictoires

165. Les conflits de normes génèrent des obligations contradictoires (1^o) et sont susceptibles de conduire à la violation d'une norme par le respect d'une autre (2^o).

1^o) L'assujettissement à des normes contradictoires.

166. Il est vrai comme entrevue précédemment que parfois, des droits accordés aux investisseurs dans les accords d'investissements n'apparaissent pas compatibles avec les droits à l'alimentation des populations. Dès lors, l'Etat se retrouve confronté à un dilemme normatif par un assujettissement à des normes contradictoires. D'une part, en vertu du réseau fonctionnel des accords d'investissement internationaux généralement adoptés, l'Etat demeure engagé par la norme liée à l'investissement. D'autre part, l'Etat a dans la plupart des cas adhéré à des traités internationaux relatifs aux droits humains par lesquels le droit à l'alimentation doit prendre effet. Partant, il est le garant des droits de propriété des investisseurs étrangers sur son territoire et dans le même temps le gardien de la sécurité alimentaire de sa population.

⁴⁰⁴ E. LOQUIN, « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Pour un droit économique de l'environnement, Ed. Frison-Roche, 2013, p. 307.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 305.

167. Méthodes d'interprétation⁴⁰⁶. Dans les lignes précédentes, nous avons commencé à observer, des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. Dans cette hypothèse, les tribunaux arbitraux, sans caractériser la situation de conflits normatifs vont s'efforcer de trouver une solution très souvent en s'appuyant sur la Convention de Vienne. Parmi des exemples multiples, il peut être cité l'affaire *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Dans cette sentence, le tribunal a déclaré que les dispositions des TBI s'interprétaient en regard de la Convention de Vienne, et notamment à la lumière de l'article 31⁴⁰⁷:

Like all other provisions of the BIT and in the absence of other specified applicable rules of interpretation, Article X must be interpreted in the manner prescribed by Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It provides that a treaty is to be "interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." (...)
Cette position est rappelée dans bien d'autres affaires CIRDI⁴⁰⁸.

168. La Convention de Vienne offre un appui inestimable à l'interprétation des traités et à la résolution des conflits en traités. L'article 30⁴⁰⁹ prévoit l'un des principes les plus importants dans

⁴⁰⁶ Voy. sur ce point et de manière non exhaustive : G. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*. T. 2, 2^e éd., LGDJ, 1919 ; Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international*, Paris, 1963 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, le dossier portant sur les techniques interprétatives de la norme internationale, *R.G.D.I.P.*, 2011-2 ; Sur l'interprétation en droit international public : S. SUR, « L'interprétation en droit international public », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, P.U.A.M., 1995 ; Sur l'interprétation en droit international des investissements : R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2^e éd., 2012, p. 28 et s. ; F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*. 2011-2.

⁴⁰⁷ CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne Spain*, aff. n°ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 janvier 2000, § 27 ; Voy aussi. J.-M. SOREL, « Article 31 », in O. CORTEN, P. KLEIN, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1319.

⁴⁰⁸ Voy. par ex : CIRDI *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, aff. n°ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011 § 69 ; CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, aff. n° ARB/02/8, Décision sur la compétence, 3 août 2004, § 80 ; CIRDI *Mondev Int'l Ltd c. Etats-Unis*, aff. n°ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 43 ou encore CIRDI, *Tokios Tokelés c. Ukraine*, aff. n° ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 Apr 2004, § 27 : « *As have other tribunals, we interpret the ICSID Convention and the Treaty between the Contracting Parties according to the rules set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties, much of which reflects customary international law. Article 31 of the Vienna Convention provides that "[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose* ».

⁴⁰⁹ L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités portant sur l'application de traités successifs portant sur la même matière prévoit que : « 1. Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants. 2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent. 3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. 4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur : a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 ; b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques. 5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion

l'interprétation des traités et utile pour la résolution des conflits normatifs : *lex posterior priori derogat*. Il signifie qu'un traité postérieur l'emporte sur un précédent. Cette hypothèse fonctionne lorsque « *les droits et traités successifs portent sur la même matière*⁴¹⁰ ». Des doutes émergent donc sur la pertinence de la règle à résoudre un conflit entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. La règle n'apparaît pas adaptée⁴¹¹ tout comme le principe de *specialia generalibus derogant*⁴¹² dans l'hypothèse de ce type de conflits normatifs⁴¹³. Ce célèbre principe signifie qu'en cas de conflits entre une règle générale et une règle spéciale, c'est cette dernière qui prévaut. Mais de la même façon que cela a été relevé à propos de conflits entre les droits humains et le droit international des investissements, il est malaisé de déterminer entre le droit à l'alimentation et le droit international de l'investissement ce qui relèverait du général ou du spécial⁴¹⁴. Au sein même des disciplines, le caractère général et spécial soulève des questions. Le régime du droit international des investissements repose sur des traités distincts, bien que des clauses ressemblantes y soient intégrées (traitement juste et équitable, expropriation ...), dès lors la pratique des tribunaux arbitraux d'investissement s'inscrit dans une perspective de *lex specialis*⁴¹⁵.

169. Pour autant, les références au droit international général sont nombreuses dans la jurisprudence arbitrale, et notons qu'il reste difficile de nier que « *le droit international des investissements est arrimé à l'ordre juridique international*⁴¹⁶ ». Relevons aussi l'importance du droit international coutumier dans le droit international des investissements concernant le procédé interprétatif⁴¹⁷. A côté, le droit à l'alimentation traite de règles spécifiques mais semble appartenir au droit international général, et des incertitudes perdurent quant à son rattachement au droit international coutumier. C'est ainsi que les outils classiques de résolution des conflits normatifs dans le cas d'une incompatibilité entre normes alimentaires et normes liées à l'investissement n'apparaissent que d'une efficacité limitée.

ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité ».

⁴¹⁰ E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, CUP, Version numérique Kindle, 2014, p. 139.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Sur ce point; voy. Muriel UBÉDA-SAILLARD (dir.), *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, SFDI, Pedone, 2017.

⁴¹³ Pour l'historique des deux principes à la lumière des conflits de normes, voy. J.-L. HALPÉRIN, « Lex posterior derogat priori, *lex specialis derogat generali*, Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée sur ces deux solutions concurrentes », *Revue d'Histoire du Droit*, 2012, pp. 353-397.

⁴¹⁴ E. DE BRABANDERE, *op. cit.*, p. 139.

⁴¹⁵ F. LATTY, « Le point de vue du droit international des investissements », in Muriel UBÉDA-SAILLARD (dir.), *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, SFDI, Pedone, 2017, p. 118.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Voy. p. ex : CIRDI, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, aff. n°ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 124 ; CNUDCI, *Chemtura Corporation c. Canada*, sentence du 2 août 2010, § 122.

2°) La violation d'une norme par le respect d'une autre

170. L'effet de cette observation normative conflictuelle n'est pas sans poser de difficultés. L'application des droits des investisseurs est susceptible de conduire à l'exclusion de la sécurité alimentaire. A l'inverse, l'affirmation de cette dernière peut générer une altération ou une négation des droits des investisseurs. De sorte que, dans cette situation conflictuelle, les obligations alimentaires de l'État ne pourront pas être satisfaites de manière simultanée avec les obligations énoncées dans les accords d'investissements. Pour autant, le droit international des investissements et les droits humains imposent tous deux des obligations aux Etats. La violation par un Etat de ses obligations alimentaires implique la mise en œuvre de sa responsabilité au même titre que lors d'une violation au droit international des investissements. Sous l'angle du droit à l'alimentation, l'observation générale n°15 rappelle que l'Etat se doit de respecter, protéger et mettre en œuvre⁴¹⁸. Le Professeur Eric De Brabandere a précisé la méthode de « *political decision* ». Il rappelle qu'elle ne constitue pas en soi une technique de résolution des conflits⁴¹⁹. Lorsque l'Etat doit choisir entre le respect d'un traité ou de l'autre, il ne respectera pas une partie de ses obligations. Par cette technique, il va rechercher la solution la plus équilibrée possible et appliquer le principe de « décision politique ». Dès lors, en appliquant ce procédé, l'Etat passe par un calcul et sera susceptible de procéder à la violation du traité qu'il lui portera le moins préjudice en cherchant à atténuer sa responsabilité. Si une plainte est déposée par l'investisseur sur le fondement d'une violation de son droit de propriété, le danger reste que les arbitres soient poussés à juger le bien-fondé de cette décision politique.

171. La garantie de la sécurité alimentaire entre les mains de l'arbitre ? Les arbitres interviennent de plus en plus dans des différends qui affectent les intérêts collectifs. Les conséquences de leurs décisions dépassent le champ économique et rejaillissent sur des intérêts sociaux. Dès lors, le pouvoir qu'ils détiennent influe non pas seulement sur les parties du litige mais sur la société dans son ensemble. Qu'ils le veuillent ou non, les arbitres se retrouvent à devoir se prononcer sur des situations alimentaires non prévues dans les accords d'investissement internationaux. Dès lors, ils peuvent ignorer la situation volontairement ou involontairement, soit parce qu'ils estiment ne pas être

⁴¹⁸ Voy. not. Obligation générale n°15 : « 20. Le droit à l'eau, comme tout droit fondamental, impose trois types d'obligations aux Etats parties: les obligations de respecter, de protéger et de mettre en œuvre » ; « 40. Il convient toutefois de souligner qu'un Etat partie ne peut justifier l'inexécution des obligations fondamentales Énoncées au paragraphe 37 ci-dessus, auxquelles il est impossible de déroger » ; « 41. Pour déterminer quelles actions ou omissions constituent une atteinte au droit à l'eau, il importe d'établir une distinction entre l'incapacité et le manque de volonté de l'Etat partie de s'acquitter de ses obligations ».

⁴¹⁹ E. DE BRABANDERE, *op. cit.*, p. 140.

compétent en qualité de juge de la sécurité alimentaire, soit parce que le risque alimentaire n'est pas appréhendé dans son ensemble. L'intégration de la dimension des droits humains dans la procédure d'arbitrage révèle l'importance de ses pouvoirs. Luke Eric Peterson a déclaré que « *les arbitres se retrouvent devant la tâche ardue et novatrice de déterminer comment les États doivent jongler avec les obligations relevant du droit international relatif aux droits humains et celles qui découlent du droit économique international* »⁴²⁰. L'absence de prévisibilité des actes dans un système juridique dont les particuliers attendent un ordre stable⁴²¹ soulève donc des questions. L'interprétation incertaine par les arbitres des contradictions normatives conduit à une insécurité juridique avec laquelle les investisseurs, les Etats et les victimes d'insécurité alimentaire doivent composer.

§ 2.- La contrariété des décisions arbitrales : le déséquilibre des décisions

172. Dans les affaires *CMS et LG&E c. Argentine*⁴²², les faits sont similaires et les supports juridiques à la disposition du tribunal demeurent identiques (A). En revanche, la lecture de la gravité de la crise économique et sociale par les arbitres s'avère contradictoire et a conduit à l'établissement de décisions contraires (B).

A.- Des éléments juridiques semblables

173. **L'exemple de l'état de nécessité, levier potentiel de la sécurité alimentaire.** Tout d'abord, il convient de justifier l'étude de ses deux affaires puisqu'elles ne portent pas directement sur les rapports entre les investissements internationaux et la sécurité alimentaire. En revanche, elles sont susceptibles d'affecter ce rapport. Il apparaît donc pertinent de les analyser dans la mesure où le tribunal arbitral d'investissement dans chacune des affaires s'est prononcé sur l'état de nécessité, qui constitue l'un des rares leviers à disposition de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements. Partant, le traitement contradictoire de l'état de nécessité par les tribunaux arbitraux d'investissement révèle l'absence de ligne de cohérence dans la jurisprudence arbitrale et témoigne donc d'une instabilité alimentaire potentielle dès que le droit international des investissements rencontre la sécurité alimentaire. Ainsi, l'exclusion des instruments de protection alimentaire selon

⁴²⁰ L.-E. PETERSON, *Droits humains et traités bilatéraux d'investissements, Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États*, Droits et démocratie, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2009, p. 20.

⁴²¹ J.-P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue française de droit constitutionnel* 1/2007 (n° 69), p. 4

⁴²² Voy. p.ex : A. REINISCH, « Necessity in International Investment Arbitration-An Unnecessary Split of Opinions in recent ICSID Cases ? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina », *TDM* 5, 2006 ; Ch. Leben, « L'état de nécessité en droit international de l'investissement », *Gaz. Pal., Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, p. 329-334 ; M. RAUX, « La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin : LG&E c/ Argentine », *Gaz. Pal., Cahiers de l'arbitrage*, 2006/3, p. 56.

les cas où l'hésitation quant à leur admission constitue un danger pour les investisseurs dépourvus de grille prévisible et pour les populations, restant dans l'incertitude lors du traitement de leur sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement.

173. Après la clarification sur le choix d'étude des affaires suivantes, il convient d'apporter quelques précisions terminologiques. Plusieurs termes sont susceptibles d'être mis en lumière lorsque l'on souhaite appréhender des décisions opposées dans l'arbitrage : « Contradiction », « opposition », « conflit » ou encore « contrariété ». Dans sa thèse, Claire Debourg nous livre une définition permettant de faire pencher la balance sur le terme « contrariété⁴²³ ». L'auteur estime que la contrariété de décision « *oppose plusieurs décisions de justice résolvant une même question dans des sens opposés, produisant une incohérence⁴²⁴* ». Nous sommes en accord avec cette définition rejoignant la définition conçue par l'Académie française dans son dictionnaire qui désigne la contrariété en droit comme le « *caractère inconciliable de deux décisions judiciaires intervenues sur le même objet, entre les mêmes parties, s'appuyant sur les mêmes moyens* ».

174. Penchons-nous désormais sur ces deux affaires aux éléments similaires ayant fait l'objet de décisions contraires. Il est constaté d'une part, une similarité des faits (1°) et d'autre part, une similarité des fondements juridiques (2°).

1°) La similarité des faits

175. Les litiges découlent de la crise économique et sociale de l'Argentine entre 2001 et 2003⁴²⁵. Dans l'affaire CMS, la société CMS Gas Transmission Company « CMS » a déposé une requête en arbitrage auprès du CIRDI à l'encontre de l'Argentine, en date du 26 juillet 2001⁴²⁶. La

⁴²³ C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, Thèse, Paris, LGDJ, 2012, p. 5 ; Voy. aussi sur cette question : F. MANTILLA-SERRANO, « La contrariété de décisions dans l'arbitrage d'investissement : risques et conséquences », in B. DARMOIS et E. GLUCKSMANN (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 30.

⁴²⁴ C. DEBOURG, *op. cit.*, p. 5.

⁴²⁵ Pour une étude du contexte économique et social de l'Argentine. V. par ex. G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2015, pp. 6-27 ; R. BACHAND, « Les poursuites CIRDI contre l'Argentine : Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers », *Montréal, GRIC*, 2005 ; OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, 2006, pp. 227-229 ; F.C. TURNER et M. CARBALLO, « Argentina: Economic Disaster and the Rejection of the Political Class », *Comparative Sociology*, Volume 4, Issue 1, 2005 pp. 175-206 ; M. ROSADO DE SA RIBEIRO et O.J. GUTERRES COSTA JUNIOR, « Global Governance and Investment Treaty Arbitration: The Importance of the Argentine Crisis for Future Disputes », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, Vol 14, Issue 3, pp 417-437.

⁴²⁶ Pour une analyse de la sentence *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, Voy. Ch. LEBEN, « L'état de nécessité en droit international de l'investissement », *Gaz. Pal. Cahiers de l'arbitrage*, Rec., vol. III, p. 329-334 ; E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2010, Vol II, pp 177-194.

demande portait sur la suspension par l'Argentine du tarif de transport du gaz appliqué à la société Transportadora de Gas del Norte (TGN). La société CMS détenait près de 30% des parts de la société TGN⁴²⁷. Le tribunal arbitral devait analyser le droit pour la société CMS de maintenir un tarif sur la base du dollar américain. Les demanderesse ont réalisé des investissements conséquents dans le secteur du gaz en Argentine en regard des promesses et garanties que l'Etat offraient. La société a investi près de 175 millions de dollars dans l'achat d'actions de TGN tandis que cette dernière a investi plus de 1 milliard de dollars dans la rénovation et l'extension du réseau de gazoduc⁴²⁸. Dans l'affaire LG&E⁴²⁹, les sociétés LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International inc., « LG&E » ont saisi le CIRDI d'une demande d'arbitrage à l'encontre de l'Argentine, le 28 décembre 2001. Les sociétés ont investi dans le service et la distribution du gaz à la suite des mouvements de privatisations décidés par l'Argentine dans les années quatre-vingt-dix. Les investisseurs ont procédé à des investissements colossaux dans les infrastructures de distribution du gaz qui s'élèveraient à plus de 500 000 millions de \$ US. En contrepartie, l'Argentine a accordé l'ensemble des licences nécessaires et honoré les dispositions convenues, spécifiquement l'ajustement semestriel des tarifs dans le cadre de la politique d'indexation des prix et le calcul des tarifs en dollars américains⁴³⁰.

176. Dans les deux affaires, l'Argentine a pris des mesures d'urgence qui ont porté atteinte à l'investissement. L'abandon du peso pour le dollar et la dévaluation de la monnaie a eu des répercussions considérables. Les investisseurs ont vu une diminution importante de leurs profits. La crise sévère traversée par le pays a conduit l'Argentine à un dilemme. Le gouvernement devait choisir soit de garder une politique d'indexation des prix qui aurait conduit à la privation des services essentiels (eau, gaz...) par la population en permettant de protéger substantiellement les investissements soit l'Argentine privilégiait les intérêts de sa population, mais portait inéluctablement atteinte aux investissements⁴³¹.

⁴²⁷ CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, aff. n°ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005 § 58.

⁴²⁸ *Ibid.*, § 68.

⁴²⁹ CIRDI, *LG&E Energie Corporation et consorts c. Argentine*, affaire no ARB/02/01, sentence du 3 octobre 2006. Voy. com. E. GAILLARD, *Chronique des sentences arbitrales*, *JDI*, n° 1, Janvier 2007, 3.

⁴³⁰ *LG&E, op.cit.*, § 53.

⁴³¹ Voy. R. BACHAND, « CMS contre Argentine : Premières réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre », Note de recherche, *CEIM*, p. 2, disponible en ligne le 10 septembre 2016 : http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Bachand_CMS.pdf.

2°) La similarité des fondements juridiques

177. Les sociétés *CMS* et *LG&E* ont invoqué une violation du traité bilatéral d'investissement conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Argentine en 1994⁴³². Dans les deux affaires, le tribunal a reconnu une violation du traitement juste et équitable et de la clause parapluie⁴³³.

178. **L'article XI du TBI Argentine-Etats-Unis**⁴³⁴. Cet article prévoit que les parties puissent prendre des mesures d'urgence pour maintenir l'ordre public, garantir le respect de leurs obligations pour maintenir ou restaurer la paix et la sécurité internationale ou protéger ses intérêts essentiels de sécurité⁴³⁵. A ce titre, dans l'affaire *LG&E*, l'Argentine a fait prévaloir que la crise financière, les révoltes et le chaos des années 2000-2002 constituaient des urgences nationales suffisantes pour invoquer la protection de l'article XI⁴³⁶.

179. **Le maintien de l'ordre public.** L'Argentine a rappelé la gravité de la crise, l'ampleur des manifestations et des grèves, les tirs mortels, la fermeture des écoles, des entreprises, ainsi que la chute des marchés conduisant à une explosion économique et sociale⁴³⁷. Les demanderesses ont rejeté l'argumentation de l'Argentine et marqué leur désaccord en apportant une définition de ce qu'étaient des mesures d'ordre public : « actions taken pursuant to a state's police powers, particularly in respect of public health and safety⁴³⁸ ». Ainsi, les mesures prises par l'Argentine ne pouvaient pas être qualifiées de nécessaires pour le maintien de l'ordre public en regard de cette définition selon les demanderesses⁴³⁹.

180. **La protection des intérêts essentiels de sécurité.** L'article 11 prévoit que le présent traité ne fait pas obstacle à l'application par une des parties de mesures nécessaires au maintien de l'ordre public et au respect de ses obligations pour préserver la sécurité nationale. Selon les investisseurs, l'expression « *des intérêts essentiels de sécurité* » est utilisée pour caractériser une

⁴³² Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 14 novembre 1991 et entré en vigueur le 20 octobre 1994.

⁴³³ *LG&E, op cit.*, § 267. b)

⁴³⁴ Sur ce point Voy. p.ex. G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, OUP, 2015, pp. 211-252.

⁴³⁵ Article XI - Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 14 novembre 1991 et entré en vigueur le 20 octobre 1994 . « This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests ».

⁴³⁶ *LG&E, op cit.*, §215.

⁴³⁷ *LG&E*, §216.

⁴³⁸ *LG&E*, §221.

⁴³⁹ *Ibid.*

situation qui pourrait porter atteinte à la sécurité nationale de l'Etat. Autrement dit, ce sont les secteurs militaires et de défense armée qui sont visés. Par cela, l'article XI serait inopérant dans le cadre d'un contexte de crise économique et sociale⁴⁴⁰. Dans l'affaire *LG&E*, les demanderessees ont invité les arbitres à distinguer l'intérêt économique de l'intérêt militaire pour apprécier la nécessité des mesures prises par l'Argentine sur la sécurité nationale⁴⁴¹. Quoi qu'il en soit, l'état de nécessité est parfaitement applicable dans l'hypothèse d'une crise économique et sociale.

181. L'article 25 des articles de la Commission du droit international. Les critères, la définition et les limites de l'état de nécessité sont développés dans les deux sentences. L'article 25⁴⁴² est analysé afin d'en décortiquer la substance et faire rejaillir l'esprit de ce principe du droit international : D'une part, l'état de nécessité doit être « *le seul moyen pour l'Etat de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent* », d'autre part, l'action ne doit pas « *porter atteinte à un intérêt essentiel d'un autre Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble* ». Deux limites sont posées, « l'état de nécessité ne doit pas être contraire à une obligation internationale excluant d'invoquer cette action », et l'Etat ne doit pas être à l'origine de la situation. Enfin, les conditions sont cumulatives. Dans l'affaire *LG&E*, le tribunal arbitral a fait écho des propos de plusieurs rapporteurs des Nations Unies qui ont façonné le concept d'état de nécessité en droit international. A ce titre, le tribunal s'est directement référé aux travaux de Roberto Ago pour identifier la nature de l'état de nécessité :

« A state of necessity is identified by those conditions in which a State is threatened by a serious danger to its existence, to its political or economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, to the preservation of its internal peace, or to the survival of part of its territory⁴⁴³ ».

182. La référence à la menace économique est primordiale pour saisir l'esprit de la sentence. Le tribunal a rappelé les mots de Roberto Ago qui considérait que les intérêts essentiels incluaient différents domaines tels que l'économie ou l'écologie⁴⁴⁴. Sur le même fil, Julio Barboza précisait que

⁴⁴⁰ *CMS, op cit.*, § 340.

⁴⁴¹ *LG&E, op cit.*, § 222 ; « *With respect to "essential security interests," Claimants reiterate that such interests do not include economic interests –only defense or military concerns. They compare a State's interest in essential security to a national security threat, while a "national emergency," the alleged circumstance in which Respondent invokes the protection, has an entirely different meaning* », § 222.

⁴⁴² L'article 25 de la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies relatif à la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite prévoit que « 1) *L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. 2) En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité : a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou b) Si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation* ».

⁴⁴³ *LG&E, op cit.*, § 246. Le tribunal s'est référé au rapport suivant : Report A/CN.4/318/ADD.5, p. 3.

⁴⁴⁴ United Nations, Report A/CN.4/SER.A/1980, p.174 in *LG&E Energie Corporation c. Argentine*, § 251.

la menace d'un intérêt essentiel pouvait être qualifiée comme « *une menace sérieuse contre l'existence de l'Etat, contre sa politique ou la survie de son économie*⁴⁴⁵ ».

B.- Des conclusions juridiques contraires

183. En vue de saisir les conclusions contraires apportées par les tribunaux arbitraux, penchons-nous sur l'interprétation distincte du critère de gravité (1°) et l'interprétation *in concreto* de la situation (2°).

1°) L'interprétation contradictoire du critère de gravité

184. La sauvegarde d'un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent. Dans les deux affaires, le tribunal a apprécié la gravité de la crise d'Argentine en vue de déterminer si l'article 25 des articles de la Commission du droit international était applicable. Partant, il s'est livré à un contrôle de proportionnalité entre les mesures d'urgence prises et la gravité de la crise. Alors que dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal arbitral a reconnu la gravité de la crise économique⁴⁴⁶, dans l'affaire *Sempra c. Argentine*⁴⁴⁷, il est fait un renvoi aux affaires *CMS et Enron Argentine* en précisant que les arbitres n'avaient pas été convaincus par la gravité de la crise comme un facteur susceptible de déclencher l'état de nécessité⁴⁴⁸. Autrement dit, la gravité de la crise économique en Argentine fait l'unanimité, mais dans certains cas, elle n'atteint pas un degré suffisant justifiant l'emploi de l'état de nécessité. Dans l'affaire *LG&E*, les arbitres ont considéré que les intérêts essentiels de l'Argentine avaient été menacés. Le tribunal a qualifié la menace comme « *an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace*⁴⁴⁹ ». Dans l'affaire *CMS*, le tribunal arbitral a reconnu encore une fois la gravité du contexte économique et social, et compris que l'Etat ait pris des mesures d'urgence pour éviter que « *l'économie ne s'effondre* »⁴⁵⁰. En revanche, les arbitres ont conclu que les effets de la crise n'étaient pas suffisants pour actionner l'état de nécessité.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *CMS, op cit.*, §320 : « *The Tribunal is convinced that the crisis was indeed severe and the argument that nothing important happened is not tenable. However, neither could it be held that wrongfulness should be precluded as a matter of course under the circumstances.* ».

⁴⁴⁷ CIRDI, *Sempra Energy International c. la République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/16,

⁴⁴⁸ *Voy. Sempra, op cit.*, « *While the CMS and Enron tribunals have not been persuaded by the severity of the Argentine crisis as a factor capable of triggering the state of necessity, LG&E has considered the situation in a different light and justified the invocation of emergency and necessity, albeit for a limited period of time* », § 346.

⁴⁴⁹ *LG&E, op cit.*, §257.

⁴⁵⁰ *CMS, op cit.*, § 322.

185. Le tribunal devait examiner si les mesures d'urgence étaient la seule manière pour l'Argentine de sauvegarder ses intérêts. La Commission du droit international a apporté des précisions dont le tribunal a fait écho, l'état de nécessité est « *irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes* »⁴⁵¹. Dans l'affaire *CMS*, les arbitres ont estimé que la voie entreprise par l'Argentine n'était pas le seul moyen pour sauvegarder l'intérêt essentiel de l'Etat contre un péril grave et imminent. Les avis des experts sur la situation économique de l'Argentine sont divisés. Certains ont affirmé le caractère catastrophique de la crise, laissant penser que cet état était insurmontable, d'autres ont émis une analyse inverse. Alors que les faits étaient similaires dans l'affaire *LG&E*, le tribunal arbitral a analysé l'affaire sous un angle différent et estimé que l'état de nécessité était justifié⁴⁵². Dans l'affaire *Sempra*, au contraire, le tribunal a considéré que la situation de l'Argentine n'était pas différente de situations économiques graves ayant frappé d'autres pays du monde.⁴⁵³

186. A ces conditions énoncées s'ajoutent des limites, d'une part, l'obligation internationale ne doit pas exclure la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, d'autre part, le fait ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. Ces conditions ne posent pas de difficultés dans ces affaires. En revanche, l'Etat ne doit pas avoir contribué à la survenance de la situation. Cette condition reste importante et soulève des interprétations diverses. Dans l'affaire *CMS*, le tribunal a observé la déficience successive des politiques gouvernementales depuis les années 1980⁴⁵⁴. Ces politiques ont contribué de façon significative à la crise, même si des facteurs exogènes ont aggravé la crise⁴⁵⁵. Au contraire, dans l'affaire *LG&E*, le tribunal a adopté une position inverse, en considérant d'une part que les demanderessees n'avaient pas prouvé que l'Argentine avait contribué à la survenance de la crise, et d'autre part, que l'Etat avait manifesté sa volonté de limiter les effets dramatiques de la crise⁴⁵⁶. D'après les arbitres, aucune preuve sérieuse ne permettait d'établir la responsabilité de l'Argentine dans la crise économique et sociale qu'elle a traversée⁴⁵⁷. Dans l'affaire *LG&E*, le tribunal a considéré qu'entre le 1er décembre 2001 et le 26 avril 2003, l'Argentine était

⁴⁵¹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, at 184 in *CMS Gas Transmission Co. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI no ARB/01/8, 2005, § 324.

⁴⁵² *Sempra*, *op cit.*, « *While the CMS and Enron tribunals have not been persuaded by the severity of the Argentine crisis as a factor capable of triggering the state of necessity, LG&E has considered the situation in a different light and justified the invocation of emergency and necessity, albeit for a limited period of time* », § 346.

⁴⁵³ *Sempra*, *op cit.*, « *The opinions of experts are sharply divided on this issue. They range from those that consider the crisis as having had gargantuan and catastrophic proportions, to those that believe that it was no different from many other contemporary crisis situations around the world* », § 347.

⁴⁵⁴ *CMS*, *op cit.*, § 329.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *LG&E*, *op cit.*, § 256.

⁴⁵⁷ *LG&E*, § 257.

dans un état de nécessité et qu'elle devait pour cette période être exonérée du paiement d'une indemnisation⁴⁵⁸.

187. L'article XI du TBI entre l'Argentine et les Etats-Unis. Les tribunaux se sont prononcés sur l'applicabilité de l'article XI à l'état de crise en Argentine et la nécessité des mesures adoptées en vue de maintenir l'ordre public et protéger ses intérêts essentiels. Dans les deux affaires, les arbitres se sont opposés à la vision apportée par les demanderessees sur la situation économique de l'Argentine et jugé que les qualificatifs utilisés tels que « *problèmes économiques* » étaient insuffisants pour désigner la crise extrêmement grave traversée par l'Argentine⁴⁵⁹. A ce titre, le tribunal a rejeté l'applicabilité de l'article 11 comme recevable uniquement dans des circonstances militaires ou de guerre. Tandis que dans l'affaire CMS, les arbitres ont précisé qu'aucun élément en droit international coutumier ou sur le fondement du traité ne permettait d'écarter les crises économiques⁴⁶⁰, dans l'affaire LG&E, les arbitres ont clairement énoncé que lorsque les circonstances économiques et sociales conduisent à l'effondrement des piliers centraux de l'Etat, la situation peut être assimilée à une invasion militaire⁴⁶¹. Ainsi, dans l'affaire LG&E, le tribunal arbitral a exonéré l'Argentine de sa responsabilité sur le fondement de l'article XI pour toutes les violations du traité commises entre le 1er décembre et le 26 avril 2003. Le tribunal a rappelé que la période susmentionnée correspondait au début et à la fin de période de la crise économique⁴⁶² et considéré que l'Argentine avait apporté les preuves du haut degré de désordre public et de menaces contre des intérêts essentiels de sécurité⁴⁶³. A l'inverse, dans l'affaire CMS, les arbitres ont estimé que nonobstant la gravité de la crise, les intérêts essentiels de sécurité exposés dans l'article XI n'étaient pas établis.

2°) L'interprétation in concreto

188. La contradiction des décisions dans la jurisprudence n'est pas sans conséquence. Au-delà de l'incohérence du système normatif⁴⁶⁴ que cela laisse supposer, c'est une véritable faille que le droit international des investissements a dévoilée dans un domaine où l'intérêt collectif est au centre des

⁴⁵⁸ LG&E, *op cit.*, § 267 : « *Between 1 December 2001 and 26 April 2003, Argentina was in a state of necessity, for which reason it shall be exempted from the payment of compensation for damages incurred during that period* », § 267 c).

⁴⁵⁹ LG&E, § 231.

⁴⁶⁰ CMS, *op cit.*, § 359.

⁴⁶¹ LG&E, § 238 : « *When a State's economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of any military invasion* ».

⁴⁶² LG&E, § 230.

⁴⁶³ LG&E, § 231.

⁴⁶⁴ Voy. p. ex. Th. CHRISTAKIS, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité *ad hoc* dans l'affaire CMS c. Argentine, *RGDIP*. 2007, pp.879-896.

préoccupations. Si dans les deux affaires *CMS et LG&E*, les conclusions du tribunal arbitral sont distinctes, la nature de la contradiction intervient au niveau de l'implication de l'Argentine dans la survenance de la crise et les visions opposées des arbitres à ce sujet. Dans l'affaire *CMS*, le tribunal a retenu que les politiques successives du gouvernement argentin avaient conduit à la situation chaotique, en reconnaissant que des facteurs exogènes avaient également aggravé la situation tandis que dans l'affaire *LG&E*, le tribunal a considéré que l'Argentine avait tout fait pour éviter les effets de la crise, notamment en adoptant des mesures d'urgence. La responsabilité de l'Etat est indirectement entendue dans l'affaire *CMS*, puisque l'Argentine n'a pas pris les décisions adéquates. La contradiction s'est étendue jusqu'à l'indemnisation. Dans l'affaire *CMS*, le tribunal a rejeté l'hypothèse selon laquelle les conséquences de l'état de nécessité devaient intégralement être supportées par l'investisseur en vertu de l'article 27 des articles de la CDI⁴⁶⁵. Au contraire, dans l'affaire *LG&E*, les arbitres ont considéré qu'il ne pouvait pas se déduire de l'article 27 une obligation d'indemnisation des pertes subies par l'investisseur de la part des Etats⁴⁶⁶. Dans cette perspective les dommages devraient être supportés par les investisseurs. Dès lors, l'Argentine demeure exemptée d'indemniser les investisseurs et ne voit pas sa responsabilité engagée durant la période de nécessité⁴⁶⁷

189. Le premier paragraphe de l'article 25 de la CDI portant sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite prévoit que :

L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.(...).

A cet égard, l'auteure Saïda El Boudouhi a fait remarquer que le fait souligné à la troisième ligne est « *l'élément factuel de cette proposition normative*⁴⁶⁸ ». L'application de l'état de nécessité ne se fera qu'à la condition que la crise ait été suffisamment grave. « *C'est donc dans certains cas non pas une différence d'appréciation des faits qui va justifier des solutions différentes mais le choix entre deux faits juridiques, et donc deux règles, plus ou moins précisément déterminé par le droit*⁴⁶⁹ » nous dit

⁴⁶⁵ *CMS, op cit.*, §§ 383-394. Voy art 27 CDI : « *L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice : a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus; b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question* », Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.

⁴⁶⁶ *LG&E, op cit.*, § 260.

⁴⁶⁷ *LG&E*, § 262-266.

⁴⁶⁸ S. EL BOUDOUHI, *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruylant, 2013, p. 248.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp. 248-249.

l'auteur. La subjectivité du terme « gravité » renseigne sur les interprétations potentielles et l'issue aléatoire de la décision selon l'appréciation par le juge.

190. L'étude des deux décisions éclaire sur le danger d'une marge extensive d'interprétation. Or, si l'interprétation est inhérente à tout système juridique, une telle distinction d'appréciation révèle que dans l'hypothèse d'une rencontre entre l'investissement international et la sécurité alimentaire, cette dernière est susceptible d'être remise entre les mains des arbitres et sera appréciée sur le fondement des règles juridiques du droit international des investissements.

191. Après s'être penché sur les symptômes des conflits de normes dans le droit applicable, mettons en lumière les symptômes sur les opérateurs qui s'avèrent instructifs à analyser en vue de mieux saisir le rapport conflictuel normatif entre le droit à l'alimentation et le droit international des investissements.

Section 2.- Les symptômes des conflits de normes sur les opérateurs

192. Les symptômes des conflits de normes sur les opérateurs reposent d'un côté sur une opposition marquée du droit de réglementation des États aux droits des investisseurs (§1), et de l'autre sur une asymétrie entre les droits de ces derniers et ceux des victimes d'insécurité alimentaire (§2). De ces deux symptômes, il ressort respectivement des déséquilibres entre les responsabilités et entre les droits.

§1-. L'opposition du droit de réglementation des États aux droits des investisseurs : les déséquilibres des responsabilités.

193. L'opposition des droits des investisseurs au pouvoir de réglementation des États constitue l'une des difficultés centrales du droit international des investissements. Les rapports entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux n'y échappent pas. Partant, il s'agira de se pencher sur les conflits entre les clauses d'expropriation et les obligations alimentaires de l'État (A) puis sur les conflits entre ces dernières et les clauses relevant du traitement juste et équitable (B).

A.- Les obligations alimentaires étatiques vs les clauses d'expropriation

194. La relation entre les obligations alimentaires et les clauses d'expropriation recouvre un caractère conflictuel (1°). Les théories classiques permettant de résoudre des éventuels litiges entre le droit de l'alimentation et le droit international des investissements n'apparaissent pas nécessairement adaptées. C'est la raison pour laquelle de nouvelles voies ont été envisagées (2°).

1°) Le caractère conflictuel des clauses d'expropriation et du droit de l'alimentation

195. La difficulté traditionnellement mise en lumière dans les différends liés à l'expropriation réside dans l'identification d'une mesure ayant un effet équivalent à une expropriation, notamment le fait de savoir à partir de quel moment la réglementation bascule dans le régime soumis à l'expropriation. Partant, après s'être intéressé à la notion d'expropriation (a), nous porterons une appréciation critique des théories permettant la résolution des différends entre le droit de réglementation des États et les droits des investisseurs (b).

a) La notion d'expropriation.

196. En principe, l'Etat agit au nom de l'intérêt général. Partant, après la détermination de l'expropriation indirecte, il s'agit de savoir si une mesure prise par l'Etat en vertu de la sécurité alimentaire portant atteinte à la propriété d'un investisseur conduit à l'exonérer de son obligation d'indemnisation. S'il s'agit bien d'une atteinte à son droit de propriété sous le prisme de l'investisseur, il n'en reste pas moins que sous l'angle de l'État, l'atteinte à l'investissement ne constitue que « *la conséquence du prix que chacun doit payer à l'intérêt général*⁴⁷⁰ ». C'est la raison pour laquelle deux théories ont émergé⁴⁷¹ : la théorie de l'effet unique et la théorie des *police powers*. Selon que l'on adhère à l'une ou l'autre, la décision dans un litige portant sur la sécurité alimentaire et les investissements internationaux est susceptible de changer et de faire surgir des contradictions. Les deux doctrines apparaissent critiquables dans la mesure où l'une est susceptible d'être radicalement protectrice envers l'investisseur et l'autre envers l'État. Or, si l'objectif de la sécurité alimentaire demeure plus que légitime, le prix à payer ne devrait pas automatiquement conduire à l'anéantissement de l'investissement, sauf cas exceptionnel, lorsque ce dernier est si négatif et d'une gravité telle à l'encontre de la sécurité alimentaire qu'il n'existe aucune autre voie que sa disparition.

⁴⁷⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, 2017, p. 371.

⁴⁷¹ De manière non exhaustive, voy. p. ex sur la question : R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, OUP 2nd, 2012, spec. pp. 112-115 ; A. PELLET, « Police Power or the State's Right to Regulate » in M. KINNEAR, G. R. FISCHER, J. R. ALMEIDA, L. FERNANDA TORRES and M. URAN BIDEgain (dir.), *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, Alphen, 2016, 447-462 ; C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment law », in F. FONTANELLI, A. GATTINI and A. TANZI (Eds), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, pp. 323-343 ; A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Review*, Vol. 20, 2005, pp.1-57 ; B. MOSTAFA, « The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law », *Australian International Law Journal*, 2008, pp. 267-296 ; P-M. DUPUY et Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, spec. pp. 395-404 ; J. L. SAX, « Takings and the Police Power », *Yale Law Journal*, 1964, pp. 36-76.

197. L'identification d'une expropriation indirecte n'est pas aisée si l'on s'en tient à la jurisprudence arbitrale qui ne parvient pas à un consensus. Lorsque le cas d'une expropriation indirecte se pose à un tribunal arbitral d'investissement, les arbitres peuvent interpréter la notion de manière extensive ou restrictive. Dans cette dernière hypothèse, les arbitres peuvent ainsi préférer observer une violation de la norme de traitement juste et équitable plutôt que de caractériser une expropriation indirecte⁴⁷². Au fil du temps, les tribunaux arbitraux ont fondé leur décision sur différents critères en vue de justifier l'absence ou la présence d'une expropriation indirecte. Derrière cette décision, les arbitres apprécient le degré de prise en compte de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements selon l'intensité accordée au pouvoir de réglementation de l'Etat.

198. Les investisseurs jouissent d'un droit de propriété cristallisé dans le socle des droits de l'Homme et dont découle notamment le droit à une protection contre les expropriations des Etats. En 1962, la Résolution 1803 (XVII) des Nations Unies portant sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles consacrait déjà un droit à la nationalisation, l'expropriation ou la réquisition en vertu d'un motif d'utilité publique, de sécurité, ou d'intérêt national et à la condition de la réception par le propriétaire d'une indemnisation adéquate⁴⁷³. Jusqu'alors, les conflits ne portaient presque plus sur les expropriations directes qui traitaient surtout des nationalisations, il s'agissait principalement de s'intéresser aux expropriations indirectes⁴⁷⁴ et aux réglementations des investissements étrangers.

⁴⁷² Sur ce point, Voy. p.ex. CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n°ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, § 300 : « *It follows that it would be wrong to believe that fair and equitable treatment is a kind of peripheral requirement. To the contrary, it ensures that even where there is no clear justification for making a finding of expropriation, as in the present case, there is still a standard which serves the purpose of justice and can of itself redress damage that is unlawful and that would otherwise pass unattended. Whether this result is achieved by the application of one or several standards is a determination to be made in the light of the facts of each dispute. What counts is that in the end the stability of the law and the observance of legal obligations are assured, thereby safeguarding the very object and purpose of the protection sought by the treaty* », cit in R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford UP, 2^e ed, 2012, p. 117.

⁴⁷³ Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », 14 décembre 1962. Le point 4 prévoit que : « *La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international* ».

⁴⁷⁴ De nombreux auteurs se sont penchés sur la notion d'expropriation indirecte, pour en déterminer et commenter ses critères, sa nature et ses effets. Dans le droit international, la notion d'expropriation en raison de la réglementation soulève des questions depuis de nombreuses années, voy. p.ex : G. CHRISTIE, « What Constitutes a Taking of Property Under International Law ? », *BYBIL*, 1962, pp. 307-338 ; R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, t. 176, pp. 261-392. Cette question des mesures expropriatrices et régulatrices est réapparue avec force dans le droit international des investissements spécifiquement, voy. p. ex parmi un grand nombre d'études sur la question et de manière non exhaustive: Y. NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, pp. 79-102. ; R. DOLZER, « Indirect

Pour revêtir le caractère de la licéité, il est nécessaire que l'expropriation intervienne dans un but d'intérêt public, qu'elle soit non discriminatoire, qu'elle relève d'une procédure régulière et qu'elle offre une compensation financière. Par ailleurs, l'exercice du pouvoir de réglementation de l'État vient dans certaines circonstances concurrencer les droits des investisseurs. Cet affrontement est particulièrement marqué sous le prisme de l'expropriation indirecte et est susceptible de ressurgir avec force dans l'hypothèse des croisements entre la sécurité alimentaire et l'expropriation directe s'agissant spécifiquement des investissements agricoles à grande échelle⁴⁷⁵. L'annexe 8-A du CETA⁴⁷⁶ distingue l'expropriation directe et indirecte :

- a. une expropriation directe se produit lorsqu'un investissement est nationalisé ou exproprié directement d'une autre façon, par transfert formel d'un titre de propriété ou par saisie pure et simple;
- b. une expropriation indirecte se produit lorsqu'une mesure ou une série de mesures d'une Partie ont un effet équivalent à une expropriation directe, en ce qu'elles privent substantiellement l'investisseur des attributs fondamentaux de la propriété de son investissement, y compris du droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, sans qu'il y ait transfert formel d'un titre de propriété ou saisie pure et simple.

199. En conséquence, si l'expropriation directe apparaît ne plus poser de difficultés particulières, au contraire, l'intérêt de l'expropriation indirecte n'a fait que grandir. Partons du constat que l'expropriation indirecte désigne l'application de mesures étatiques ne visant pas à déposséder l'investisseur de ses droits mais qui par l'effet des mesures prive en partie ou partiellement l'investissement de valeur. Dès lors, le pouvoir de réglementation de l'État conduit à l'expropriation

Expropriation of Alien Property », *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 1986, pp. 41-65 ; R. DOLZER, « Indirect expropriation: New developments ? », *N.Y.U. Env. Law Journal*, 2002, pp.64-93 ; L. Y. FORTIER et S. 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*, Vol. 19, Issue 2, 2004, pp. 293-327 ; Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in Ch. LEBEN (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 163-183 ; B. KUNOY, Developments in Indirect Expropriation, case Law in ICSID, Transnational arbitration, *The journal of world investment and Trade*, 2005, n°3, pp 467-491 ; S.H. NIKIÈMA, « Les mesures d'expropriation indirecte en droit international », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés », Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, Lexis Nexis, 2013, pp. 235-253 ; P.-M DUPUY et Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte » in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 375-413 ; J. PAULSSON, « Indirect Expropriation : Is the Right to Régulante at Risk ? », *Transnational Dispute Management*, 2006; C. SCHREUER, « The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties », *Transnational Dispute Management*, 2005 ; A. RAJPUT, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, Kluwer, 2018. Pour des thèses : S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010 ; A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, 2014 ; Sur la responsabilité de l'État et l'expropriation, voy par ex : J. HO, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, CUP, 2018, spec. pp. 139-179.

⁴⁷⁵ L'expropriation directe revient sur le devant de la scène concernant les questions de sécurité alimentaire notamment par le biais de la question contemporaine des investissements agricoles à grande échelle. Ces types d'investissement constituent une menace pour la mise en oeuvre de la sécurité alimentaire. *Infra* § 486 et s.

⁴⁷⁶ Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AECG ou dénommé ci-après CETA comme dans sa version anglaise), Journal Officiel de l'Union européenne n° L 11 du 14 janvier 2017, signé le 30 octobre 2016. Son application provisoire a pris effet le 21 septembre 2017 mais ne concernait pas l'intégralité du Chapitre 8 portant sur l'investissement, et notamment la Section F portant sur le mécanisme de règlement des différends États/investisseurs. Le 30 avril 2019, la CJUE a déclaré que le mécanisme envisagé destiné à remplacer l'arbitrage Etat-Investisseur par un tribunal permanent était compatible avec le droit de l'Union. V. Communiqué de presse n° 52/19, Luxembourg.

indirecte et impose le versement d'une compensation. Sous l'angle de notre étude, la question est de savoir dans quelle mesure un Etat peut-il procéder à une prise de possession d'un bien sous le couvert de l'intérêt général alimentaire, et dans quelle mesure doit-on dédommager l'investisseur ? A ce titre, les accords d'investissements internationaux contiennent des dispositions de protection. Par exemple l'article 1110-1° de l'ALENA⁴⁷⁷ protège les investisseurs contre des expropriations et prévoit :

(qu') Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»).

Ensuite, il est inséré les exceptions :

« sauf pour a) pour une raison d'intérêt public ; b) sur une base non discriminatoire; c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6 ».

Dans la même optique, l'article 8. 12 - 1°) du CETA précise :

qu' « 1. Une Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen de mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation ». Puis, viennent aussi les exceptions sauf « a. pour une raison d'intérêt public, b. en conformité avec l'application régulière de la loi, c. de manière non discriminatoire, et d. moyennant le paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective⁴⁷⁸ ».

200. De manière similaire, les traités bilatéraux d'investissement intègrent des clauses d'expropriation protectrices tels qu'en témoigne le modèle américain⁴⁷⁹ et chinois⁴⁸⁰. La notion de mesure d'effet équivalent à une expropriation a fait l'objet d'une riche jurisprudence ces dernières années⁴⁸¹. En effet, les investisseurs introduisaient une requête devant un tribunal arbitral, en

⁴⁷⁷ Article 1110-1° de l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), entré en vigueur le 1er janvier 1994. Dans la même perspective, l'article 14.8 - 1°) de l'accord visant à remplacer l'ALENA par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains (ACEUM), signé le 30 novembre 2018 prévoit que : « 1. Aucune Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé directement ou indirectement au moyen de mesures équivalentes à une nationalisation ou à une expropriation (« expropriation »), si ce n'est : a) à des fins d'intérêt public; b) de façon non discriminatoire; c) moyennant le versement d'une indemnité prompte, adéquate et effective, conformément aux paragraphes 2, 3 et 4; et d) dans le respect du principe de l'application régulière de la loi ».

⁴⁷⁸ Les exceptions sont similaires à celles mentionnées dans l'ACEUM, accord visant à remplacer l'ALENA et dont la disposition sur les exceptions prévoit que

⁴⁷⁹ Article 6. 1°) US Model BIT. Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2012) : « 1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1) through (3) ».

⁴⁸⁰ Article 4. 1°) China Model BIT. Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of [...] on the Promotion and Protection of Investments (2003) : « 1. Neither Contracting Party shall expropriate, nationalize or take other similar measures (hereinafter referred to as “expropriation”) against the investments of the investors of the other Contracting Party in its territory, unless the following conditions are met: (a) for the public interests; (b) under domestic legal procedure; (c) without discrimination; (d) against compensation ».

⁴⁸¹ Voy.p. ex de manière non exhaustive. Pour des affaires ayant conduit à la responsabilité de l'État en raison une indirecte liée à la sécurité alimentaire : CIRDI, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, aff. n°. ARB/96/1, sentence du 17 février 2000 ; CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter and others c. Zimbabwe*, aff. n° ARB/05/6, sentence 22 avril 2009 ; CIRDI *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire n° ARB(AF)/97/1. Pour des

invoquant leur droit à une indemnisation sur la base d'une expropriation par le jeu de la mesure d'effet équivalent dès que l'Etat mettait en œuvre une politique publique d'altérer son droit de propriété⁴⁸². Dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*⁴⁸³, une entreprise américaine avait investi pour la construction d'une usine de traitements des déchets. L'acceptation du permis par les autorités fédérales s'était concrétisée en dépit de vives oppositions des autorités locales. Cela a conduit à une mesure de l'Etat qui entendait établir une zone écologique dans ce secteur, empêchant la construction de l'usine. Une requête fut introduite devant le CIRDI qui condamna le Mexique à une indemnisation pour une mesure d'effet équivalent à une expropriation. D'un côté il y a une mesure de protection environnementale prise par un Etat au nom de l'intérêt général et en vertu du respect des droits fondamentaux, de l'autre, un investisseur lésé qui voit une atteinte portée à son investissement pour l'intérêt public. Les organisations non gouvernementales ont vivement critiqué les montants élevés des indemnisations, notamment car l'action de l'Etat visait l'intérêt général⁴⁸⁴. Toutefois cette décision aura permis de garantir de manière effective la protection de l'investissement. Dans cette décision, une définition très souple de la notion d'expropriation a été précisée :

« elle comprend non seulement l'appropriation ouverte, délibérée et reconnue de biens telle que la saisie ou un transfert formel ou obligatoire de propriété en faveur de l'Etat d'accueil, mais également toute entrave indirecte ou incidente de l'usage de biens qui a pour effet de priver le propriétaire, pour tout ou pour une partie importante, de l'usage de son bien ou du bénéfice économique qu'il pouvait raisonnablement espérer en retirer, même si cette intervention n'est pas nécessairement faite au profit immédiat de l'Etat d'accueil⁴⁸⁵ ».

201. L'expropriation conduit à deux effets, la dépossession d'un bien à son propriétaire c'est-à-dire la privation de son droit de propriété, et le transfert de la propriété à l'Etat. Ainsi, il est constaté un transfert de propriété de la sphère privée vers la sphère publique⁴⁸⁶ au nom de l'intérêt général. Ce qui est visé est l'atteinte excessive, c'est-à-dire « *celle qui est d'une magnitude suffisante pour provoquer une dépossession*⁴⁸⁷ ».

sentences liées à la sécurité alimentaire n'ayant pas admis l'expropriation indirecte, voy. p. ex : CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006 ; CNUDCI, *Ethyl Corporation c. The Government of Canada*, sentence 24 juillet 1998 ; CNUDCI, *Glamis Gold, Ltd. c. Etats-Unis*, sentence 8 juin 2009 ; CIRDI, *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. Algérie*, aff. n° ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005 ; CNUDCI, *Methanex Corporation c. Etats-Unis*, sentence finale, 5 août 2005.

⁴⁸² Y. NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, pp. 79-102.

⁴⁸³ CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.

⁴⁸⁴ A. PRUJINER, « L'expropriation, l'ALENA, et l'affaire Metalclad », *International law forum du droit international: the journal of international Law Association*, 2003, vol 5, p. 215.

⁴⁸⁵ CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, *op cit.*, § 103.

⁴⁸⁶ A de NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *Pedone*, 2014, p. 44.

⁴⁸⁷ Y. NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, p. 88.

b) L'appréciation critique des critères de l'effet et de l'intention

202. L'application du critère de l'effet de la mesure conduit à la primauté de la norme liée à l'investissement international sur la norme alimentaire (*i*) tandis que la mise en œuvre du critère de l'intention est susceptible de générer une primauté de la norme alimentaire sur la norme liée à l'investissement (*ii*). Dans les deux hypothèses, on a assisté à l'exclusion d'une norme par le respect d'une autre.

i) L'appréciation critique du critère exclusif de l'effet de la mesure : l'affirmation du droit de propriété des investisseurs par la négation de la sécurité alimentaire

203. La théorie de l'effet unique est fondée sur l'atteinte à l'investissement. Au cœur de la difficulté demeure l'identification de l'expropriation indirecte. En conséquence, une partie de la doctrine a préconisé de considérer l'effet de la mesure sur l'investissement en qualité de critère. La proposition apparaît radicale si le critère de l'effet agit comme critère exclusif de caractérisation de l'expropriation indirecte. L'idée de déterminer l'expropriation indirecte sur la base des effets sur les droits de propriété des investisseurs permet d'envisager une compensation dès lors qu'une mesure porte atteinte à l'investissement. La jurisprudence arbitrale *Metalclad*⁴⁸⁸ demeure certainement l'une des plus célèbres :

Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

204. Dans l'affaire *Spyridon Roussalis c. Roumanie*⁴⁸⁹, dix années plus tard, les tribunaux arbitraux d'investissement précisaient encore l'importance de la détermination de l'effet de la mesure lorsqu'une expropriation indirecte devait être identifiée. A cet égard, ces derniers ont dans plusieurs affaires considéré que le critère de l'effet de la mesure demeurait décisif⁴⁹⁰. La prise en compte du critère semble justifiée afin de détecter une dépossession, mais elle n'en reste pas moins insuffisante et même extrême dans certaines circonstances. S'il apparaît légitime que l'anéantissement de l'investissement par une mesure étatique injustifiée conduite à une compensation, toutefois, dans certaines hypothèses, la mesure demeure strictement nécessaire au bien-être de la population, si bien

⁴⁸⁸ CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. n° ARB(AF)/97/1, sentence finale, 30 août 2000, § 103.

⁴⁸⁹ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, aff. n° ARB/06/1, sentence finale, 7 décembre 2011, § 328 : « (...) in order to determine whether an indirect expropriation has taken place, the determination of the effect of the measure is the key question ».

⁴⁹⁰ voy. p. ex. CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, § 309.

qu'en principe, aucune compensation financière ne devrait risquer d'entraver le but légitime poursuivi⁴⁹¹. Pour autant, les tribunaux arbitraux d'investissement ont déjà jugé que même si le but poursuivi s'avère parfaitement louable - c'est le cas dans l'hypothèse d'une mesure alimentaire ou d'une mesure environnementale - ces dernières restent similaires à toutes autres mesures d'expropriations⁴⁹². Cela apparaît discutable dès lors que la prise en compte de l'effet de la mesure est susceptible de constituer un obstacle à la mise en œuvre de la sécurité alimentaire.

205. En vue d'identifier une mesure d'expropriation indirecte, il s'agira de prendre en compte le degré de l'atteinte à l'investissement. L'atteinte simple également appelée atteinte légère, ne permet pas de caractériser une expropriation indirecte, au contraire, une atteinte grave, désignée comme « substantielle » est susceptible de conduire à une compensation pour les investisseurs. Dans cette hypothèse, l'investissement doit avoir substantiellement perdu de sa valeur ou l'investisseur doit être dépossédé du contrôle de l'opération d'investissement⁴⁹³. Cette question relève de l'appréciation subjective des arbitres ce qui renforce le risque de conflits de normes. Aussi, dans d'autres hypothèses, c'est l'atteinte à la valeur de l'investissement qui sera susceptible d'ouvrir le régime protecteur de l'expropriation indirecte, laissant une fois encore à l'arbitre le soin d'apprécier l'atteinte. La caractérisation de l'expropriation indirecte par le critère de l'effet unique conduit nécessairement à une concurrence entre la liberté normative de l'État et les droits de propriété des investisseurs. La détermination de l'expropriation indirecte reste à l'appréciation du tribunal arbitral qui appliquera selon les circonstances les critères qu'il juge le plus appropriés à la situation.

206. Mais c'est certainement la doctrine des *police powers* qui doit retenir notre attention si l'on entend analyser les voies de renforcement des obligations alimentaires des États dans le droit international des investissements. La voie simple serait de constater que la doctrine des *police powers* lorsqu'elle s'applique au nom de la sécurité alimentaire, et donc des intérêts vitaux des populations devraient être retenue au détriment des droits de propriété de l'investisseur. Elle a le mérite en sus de permettre aux Etats qui ne détiennent pas de moyens financiers suffisants d'outrepasser le régime de protection des investisseurs pour mettre en œuvre une politique publique alimentaire en vertu de l'intérêt général. Mais cette voie ne satisfait pas pleinement. Néanmoins, la jurisprudence arbitrale a

⁴⁹¹ A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, 2017, p. 372.

⁴⁹² CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, aff. n° ARB/96/1, § 72 : « *Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains* ».

⁴⁹³ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 374.

aussi pris en compte au fil du temps la doctrine des *polices powers* laissant apparaître un regain et un renforcement du pouvoir de réglementation de l'Etat⁴⁹⁴.

ii) L'appréciation critique de la doctrine des *police powers* : l'affirmation de la sécurité alimentaire par la négation du droit de propriété de l'investisseur

207. La théorie des *police powers* ne fait l'objet d'aucune définition en droit international. Il semblerait qu'elle fasse référence à la conception anglo-saxonne des *police powers*, à la lumière du droit américain⁴⁹⁵. Les *police powers* désigne le pouvoir étatique de réglementer au nom de l'intérêt général. Il s'agit donc de l'exercice d'une politique publique⁴⁹⁶. L'idée principale repose sur le constat suivant : si l'État adopte de bonne foi et sans discrimination une réglementation dans un but d'intérêt général, dès lors, il est en droit de s'abstenir du versement d'une compensation à l'investisseur étranger. Partant, la théorie des *police powers* permet à l'État d'exclure la réglementation de l'expropriation au nom de l'intérêt public. Si la doctrine des *police powers* ne fait pas l'unanimité et reste contestée, elle demeure installée en droit international des investissements sur le fondement d'une distinction entre expropriation et *police powers*. Mais cette doctrine soulève des questions. Les réglementations étatiques poursuivant un intérêt public sont-elles susceptibles de toutes être assimilées à la théorie des *police powers* ? Où est la frontière entre expropriation et *police powers* ? La jurisprudence arbitrale a dégagé des conditions d'application des *police powers*⁴⁹⁷. L'État échappe au versement d'une compensation à l'investisseur lorsque la mesure est adoptée dans l'exercice normal du pouvoir étatique réglementaire, de bonne foi, non-discriminatoire, et proportionnée à l'objectif d'intérêt public. L'interprétation d'une mesure prise de bonne foi, non-discriminatoire poursuivant un objectif d'intérêt public apparaît délicate, spécifiquement parce que l'arbitre, juge privé, sera amené à apprécier la légitimité de la politique publique d'un État. L'arbitre apprécie la légitimité d'une mesure étatique mais vérifie surtout que l'État ne procède pas à une instrumentalisation du droit.

⁴⁹⁴ T. EL GHADBAN, Ch-M. MAZUY et A. SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'Etat ?*, Paris, Pedone, 2017, Actes du Colloque du 2 juin 2017, Paris ; S. ROBERT-CUENDET, « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investissements », *RGDIP*. 2016-3, pp. 545-578.

⁴⁹⁵ S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, thèse Paris 1, 2010, p. 257.

⁴⁹⁶ C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment law », in FONTANELLI, A. GATTINI and A. TANZI (Eds), Forthcoming in *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, p. 1, disponible en ligne le 25 mai 2019 : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3050417&download=yes.

⁴⁹⁷ Pour une application récente. Voy. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case N° ARB/10/7, sentence rendue le 8 juillet 2016.

208. L'inclusion des police powers dans les traités bilatéraux d'investissement.

L'intégration des police powers dans les traités bilatéraux d'investissement reste sensible, spécifiquement en regard des enjeux relatifs à l'interprétation de cette doctrine. Par exemple, l'article 10 sur l'expropriation du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Canada et le Cameroun prévoit que :

6. Les Parties confirment leur compréhension commune des points suivants :

a) l'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures d'une Partie qui ont un effet équivalent à une expropriation directe en l'absence de transfert formel de titre ou de confiscation pure et simple;

b) la question de savoir si une mesure ou une série de mesures d'une Partie constituent une expropriation indirecte doit faire l'objet d'une enquête factuelle au cas par cas portant notamment sur les facteurs suivants :

i) les effets économiques de la mesure ou de la série de mesures en cause, étant entendu que le fait que la mesure ou la série de mesures de la Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte,

ii) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes définies et raisonnables sous-tendant l'investissement,

iii) la nature de la mesure ou de la série de mesures;

c) sauf dans de rares cas, tels ceux où une mesure ou une série de mesures sont si rigoureuses au regard de leur objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'elles ont été adoptées et appliquées de bonne foi, ne constitue pas une expropriation indirecte la mesure non discriminatoire d'une Partie qui est conçue et appliquée dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement (nous soulignons).

Le point 6.c) fait une référence claire à la doctrine des *police powers*. Il en est de même dans d'autres traités tels que le modèle de traité bilatéral d'investissement américain⁴⁹⁸. Il ne fait nul doute qu'une mesure de réglementation étatique poursuivant un objectif de sécurité alimentaire reste susceptible d'entrer dans le champ de la doctrine des *police powers*. La difficulté réside dans l'application variable de cette doctrine et son absence d'intégration dans des traités bilatéraux d'investissement concernant les mêmes pays. A ce titre, le traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la République populaire de Chine ne contient pas de référence à la doctrine des *police powers*.

209. La mise en oeuvre des *police powers*. La jurisprudence arbitrale a consacré la doctrine des *police powers* dans plusieurs affaires. Les jurisprudences arbitrales *Methanex*⁴⁹⁹ et *Saluka*⁵⁰⁰ demeurent des illustrations célèbres. Dans la même logique, en 2003, les tribunaux arbitraux

⁴⁹⁸ Annex B of the US Model BIT, 2012 : « (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations ».

⁴⁹⁹ CNUDCI, *Methanex Corporation c. Etats-Unis*, sentence finale, 5 août 2005.

⁵⁰⁰ CIRDI, *Saluka Investments B. V. c. République Tchèque*, sentence partielle, 17 mars 2006, § 262 : « In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are "commonly accepted as within the police power of States" forms part of customary international law today. There is ample case law in support of this proposition. As the tribunal in *Methanex Corp. v. USA* said recently in its final award, "[i]t is a principle of customary international law that, where economic injury results from a bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required ». Cit in *Saluka*, note 12 : *MethanexCorp. v. USA, Final Award*, 3 August 2005, 44 ILM 1343, 2005, § 410.

d'investissement ont eu l'occasion de rappeler que le principe des police powers n'était pas contestable. A ce titre, dans l'affaire CIRDI *Tecmed*⁵⁰¹, les arbitres ont déclaré que :

« The principle that the State's exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable. Another undisputed issue is that within the framework or from the viewpoint of the domestic laws of the State, it is only in accordance with domestic laws and before the courts of the State that the determination of whether the exercise of such power is legitimate may take place. And such determination includes that of the limits which, if infringed, would give rise to the obligation to compensate an owner for the violation of its property rights ».

210. Dans une sentence plus récente en date du 8 juillet 2016, un tribunal arbitral CIRDI a estimé que l'Uruguay n'avait pas procédé à une expropriation et admis la théorie des police powers. Dans cette affaire, l'État avait pris diverses mesures portant atteinte à l'investissement afin de lutter contre le tabagisme⁵⁰². Les arbitres ont considéré que :

306. The Challenged Measures were taken by Uruguay with a view to protect public health in fulfilment of its national and international obligations. For reasons which will be explored in detail in relation to claims under Article 3 (2) of the BIT, in the Tribunal's view the Challenged Measures were both adopted in good faith and were non-discriminatory. They were proportionate to the objective they meant to achieve, quite apart from their limited adverse impact on Abal's business. Contrary to the Claimants' contention, the Challenged Measures were not « arbitrary and unnecessary » but rather were potentially « effective means to protecting public health, » a conclusion endorsed also by the WHO/PAHO submissions. It is true that it is difficult and may be impossible to demonstrate the individual impact of measures such as the SPR and the 80/80 Regulation in isolation. Motivational research in relation to tobacco consumption is difficult to carry out (as recognized by the expert witnesses on both sides). Moreover, the Challenged Measures were introduced as part of a larger scheme of tobacco control, the different components of which it is difficult to disentangle. But the fact remains that the incidence of smoking in Uruguay has declined, notably among young smokers, and that these were public health measures which were directed to this end and were capable of contributing to its achievement. In the Tribunal's view, that is sufficient for the purposes of defeating a claim under Article 5(1) of the BIT.

307. In light of the foregoing, the Tribunal concludes that the Challenged Measures were a valid exercise by Uruguay of its police powers for the protection of public health. As such, they cannot constitute an expropriation of the Claimants' investment. For this reason also, the Claimants' claim regarding the expropriation of their investment must be rejected. »

211. Le caractère insuffisant de la théorie de la théorie des *police powers*⁵⁰³ a d'ores et déjà été souligné dans la jurisprudence arbitrale et en doctrine. En effet, cette théorie ne constitue pas une

⁵⁰¹ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, aff. n°ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 119.

⁵⁰² CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, aff. n° ARB/10/7, Sentence rendue le 8 juillet 2016. Voy. Y. RADI, « Philip Morris v Uruguay: Regulatory Measures in International Investment Law: To Be or Not To Be Compensated ? » *ICSID Review*, Vol. 33, Issue 1, 2018, pp. 74–80.

⁵⁰³ Le caractère insuffisant a été souligné dans la jurisprudence arbitrale et par la doctrine. Voy; p.ex. CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentina*, aff n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, §. 310: « For the Tribunal, the issue is not so much whether the measure concerned is legitimate and serves a public purpose, but whether it is a measure that, being legitimate and serving a public purpose, should give rise to a compensation claim. In the exercise of their public policy function, governments take all sorts of measures that may affect the economic value of investments without such measures giving rise to a need to compensate. The tribunal in *S.D. Myers* found the purpose of a regulatory measure a helpful criterion to distinguish measures for which a State would not be liable: "Parties [to the Bilateral Treaty] are not liable for economic injury that is the consequence of bona fide regulation within the accepted police powers of the State." This Tribunal finds the criterion insufficient (...); Voy aussi sur l'inadaptation de la théorie des police powers à l'expropriation

doctrine pleinement satisfaisante parce qu'elle conforte les contradictions, à savoir, que l'affirmation de la sécurité alimentaire conduit à la négation des droits de propriété des investisseurs. Or, si les intérêts d'une population s'agissant de la sécurité alimentaire demeurent essentiels, la négation du droit de propriété doit faire l'objet d'une compensation financière. Bien que les objectifs demeurent légitimes, le risque d'instrumentalisation n'en reste pas pour autant atténué. C'est ainsi que l'existence d'un paradoxe a été soulevée : alors que l'intérêt public d'une mesure, d'une part, peut conduire à l'exclusion de l'expropriation indirecte, d'autre part, cela constitue une condition de licéité de cette dernière⁵⁰⁴. Pour certains, l'inadaptabilité et le caractère « extrémiste⁵⁰⁵ » de cette doctrine sont renseignés, pour d'autres « *la double facette des police powers - principe et exception - rend le concept d'utilisation malaisé⁵⁰⁶* ». En effet, le concept de *police powers* « repose à la fois sur les règles relatives à la responsabilité de l'État et sur les règles relatives à l'expropriation⁵⁰⁷ ». Partant, l'imprécision et la contradiction des doctrines des *polices powers* et de l'effet unique⁵⁰⁸ ont conduit à la recherche de nouvelles voies.

2°) La recherche de nouvelles voies face à l'inadaptabilité des doctrines classiques de l'effet unique et des *police powers*

212. L'application équilibrée de la doctrine des *police powers* et de l'effet de la mesure.

La mise en œuvre d'autres voies apparaît nécessaire en raison des positions radicales de la doctrine de l'effet unique et de la doctrine des *police powers*. A ce titre, le Professeur Arnaud De Nanteuil a mis en lumière la considération du critère de l'effet de la mesure et de l'impact sur l'investissement, d'une part en appliquant la doctrine des *police powers* sur la base de la modération et d'autre part en prenant en compte le test de proportionnalité⁵⁰⁹. L'application modérée de la doctrine *des police*

indirecte en droit international la thèse d'A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international*, Pedone, 2014, spec. pp. 494-511.

⁵⁰⁴ A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, 2017, p. 379. Comme le rappelle l'auteur, cette affirmation a été observé dans l'affaire *Azurix corp. c. Argentine*, n°ARB/01/12, sentence finale, 14 juillet 2006, § 311 : « *the BIT would require that investments not be expropriated except for a public purpose and that there be compensation if such expropriation takes place and, at the same time, regulatory measures that may be tantamount to expropriation would not give rise to a claim for compensation if taken for a public purpose* ».

⁵⁰⁵ A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, *op cit.*, p. 379.

⁵⁰⁶ S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, thèse, 2010, p. 264.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ L'auteure Catharine TITI utilise l'expression de « contradictory doctrines » in C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment law », in F. FONTANELLI, A. GATTINI and A. TANZI (Eds), Forthcoming in *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, p. 18, disponible en ligne le 25 mai 2019 : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3050417&download=yes. contradictory doctrines.

⁵⁰⁹ Dans cette hypothèse, il s'agit de mettre en lumière l'efficacité du principe de proportionnalité dans le cas de la détermination d'une qualification d'expropriation indirecte. Le principe de proportionnalité sera étudié en profondeur dans cette étude comme un mécanisme de résolution des conflits de normes entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux et une voie pour parvenir à un équilibre entre la responsabilisation des Etats et la

powers paraît constituer une piste intéressante si l'on souhaite affirmer la sécurité alimentaire sans procéder à la négation des droits de propriété des investissements. Il s'agit de considérer qu'une mesure puisse porter atteinte à l'investissement en raison de son intérêt légitime et de l'objectif poursuivi, comme c'est le cas en matière de sécurité alimentaire, en estimant que la compensation ne devrait pas pour autant être exclue. Dans cette hypothèse, l'affirmation de la sécurité alimentaire conduit à porter atteinte au droit de propriété de l'investisseur mais ne nie pas ces derniers. En revanche, il faut préciser que cette approche contient une limite. La difficulté réside dans l'insuffisance de moyens financiers d'un État qui souhaiterait procéder à des expropriations. Dès lors, le mécanisme de la compensation pourrait constituer un frein, voire une neutralisation de la mesure qui pourtant poursuit un objectif d'intérêt public.

213. Critère de la mesure déraisonnable et atteinte normale. En vue d'élaborer une application équilibrée des doctrines classiques, des critères ont été pensés. A ce titre, le critère de la mesure du déraisonnable est une piste intéressante tout comme la nécessité d'une atteinte normale. Dans l'hypothèse du critère de la mesure déraisonnable développée dans sa thèse par la Professeure Robert-Cuendet, il s'agit de protéger l'investisseur contre « *le risque de comportement déraisonnable de l'Etat hôte*⁵¹⁰ ». Dans cette perspective, il convient de vérifier que l'Etat intervient de bonne foi et n'utilise pas son pouvoir de réglementation de manière arbitraire. Il faut donc constater l'existence d'un véritable risque environnemental dans l'hypothèse de l'auteure, qui se transpose aisément au risque alimentaire. On assiste à un renversement de présomption, les mesures environnementales sont caractérisées par leur légitimité et leur licéité. En revanche, cette tendance peut se voir renverser si la mesure entreprise est qualifiée de déraisonnable. L'objectif est de distinguer la véritable mesure environnementale des mesures injustifiées et discriminatoires qui constituent une instrumentalisation par les Etats des règles environnementales pour asseoir leurs intérêts. L'Etat doit agir de manière normale, de sorte que la mesure s'avère prévisible. Dans cette perspective, il s'agit de s'assurer de l'équilibre de cette dernière par la mise en œuvre de moyens appropriés, les tribunaux peuvent notamment utiliser le test de proportionnalité et évaluer la nécessité de la mesure selon l'auteure⁵¹¹ en vue de procéder à une mise en balance des intérêts.

responsabilisation des investisseurs internationaux. Pour le cas de l'expropriation indirecte et du principe de proportionnalité V. p. ex. A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, 2017, pp. 379-380 ; S. OLYNYK, « A Balanced Approach to Distinguishing between Legitimate Regulation and Indirect Expropriation in Investor-State Arbitration », 2012, 15 *Int'l Trade & Bus. L. Rev.* 254.

⁵¹⁰ S. ROBERT-CUENDET, *op cit.*, p. 27. Pour une identification des mesures de réglementation environnementale raisonnable, voy spec. pp. 307-357.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 357. Voy. aussi *Infra* § 220.

214. Procéder à une mise en balance des intérêts lorsque les forces normatives en présence demeurent gravement déséquilibrées ne permet pas d'obtenir l'assurance d'une prise en compte satisfaisante et équitable des intérêts en jeu. C'est ainsi que le corps juridique et substantiel des investissements internationaux ne joue pas à armes égales avec le corps juridique, parfois vide, de la sécurité alimentaire. Dès lors, le doute quant à l'efficacité du test de la proportionnalité et de la nécessité s'installe lorsque ces techniques sont exercées dans l'hypothèse d'un rapport normatif entre le droit de l'investissement international et le droit de l'alimentation. Il s'agit d'un côté d'un droit mou, et de l'autre d'un droit dur. Par ailleurs, le critère du raisonnable démontre certaines limites et n'est pas exempt de critiques d'ores et déjà mises en lumière. Dans sa thèse, le Professeur De Nanteuil a insisté sur le risque d'un renversement de présomption susceptible de conduire à l'ignorance de l'atteinte à la propriété des investissements. Dès lors les investisseurs pourraient se désintéresser des Etats adoptant une telle vision, au-delà des risques pour les opérateurs, ce critère est porteur de flou notamment par l'imprécision de ses fondements⁵¹². Malgré une adaptabilité relevée par l'auteur du critère dans le champ des mesures environnementales, dans le même temps, il est précisé sa faiblesse dans l'hypothèse d'une application générale à la théorie de l'expropriation indirecte⁵¹³. Enfin, les fondements nécessaires à la caractérisation de la mesure déraisonnable font appel à une certaine subjectivité des tribunaux arbitraux susceptible non pas de faire face aux conflits normatifs, mais au contraire, de les démultiplier.

215. Une autre proposition est formulée par cet auteur portant sur la prise en compte d'une « *atteinte normale* » en vue de parvenir à l'absence ou la présence d'une dépossession⁵¹⁴. Il s'agit de considérer qu'une expropriation indirecte est normale lorsqu'elle est le fruit d'une réglementation étatique prise en faveur de l'environnement, de la santé ou encore de la sécurité alimentaire. En revanche, elle apparaît anormale lorsque l'État aurait pu procéder par un autre moyen permettant d'éviter la dépossession. L'absence d'expropriation indirecte se caractérise par « *la normalité de l'atteinte à la propriété subie par l'investisseur*⁵¹⁵ ». Elles sont des atteintes normales parce qu'elles correspondent au pouvoir légitime de l'Etat dans certaines circonstances de porter atteinte au droit de propriété de l'investisseur, sans compensation et sans engagement de sa responsabilité internationale, en vertu d'un intérêt public. L'auteur prend le soin d'une part, de rappeler que la nécessité de l'atteinte ne peut pas suffire à justifier un défaut de compensation. Toutefois, dans certaines hypothèses, la

⁵¹² Pour une critique approfondie du critère de la mesure déraisonnable, voy. A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international*, Pedone, 2014, spec. 519-528.

⁵¹³ Pour un focus sur l'application exclusive aux mesures environnementales, A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international, op.cit.*, spec. 525-527.

⁵¹⁴ A. DE NANTEUIL *L'expropriation indirecte en droit international*, Pedone, 2014, pp. 325-459.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 323.

perte subie demeure un élément de la réglementation qui l'a engendrée, c'est-à-dire que sans la violation du droit propriété, l'objectif d'intérêt public ne peut pas se concrétiser. En d'autres termes « *c'est précisément en tant que composante de la mesure qu'elle ne peut faire l'objet d'une compensation*⁵¹⁶ ». D'autre part, il est souligné que cette analyse n'a de sens que si les tribunaux arbitraux peuvent prendre en compte et contrôler l'objectif poursuivi de la mesure prise par l'Etat. Il faut que l'atteinte à la propriété soit « *proportionnée à l'objectif de la mesure comme atteinte normale à la propriété*⁵¹⁷ ». Dans certaines hypothèses, l'investisseur subit une atteinte à son investissement mais peut dans le même temps poursuivre son activité, c'est une expropriation partielle. Si les conditions demeurent moins favorables après la mesure prise par un Etat, il n'en reste pas moins que cette situation ne s'apparente pas à une mesure ayant un effet équivalent à une expropriation, l'atteinte étant insuffisante. Il en va de même lorsque l'atteinte est temporaire, il faut que la mesure soit définitive⁵¹⁸. Dès lors, l'atteinte qui ne serait pas anormale ne peut pas désigner une dépossession.

216. Critères d'identification dans les accords d'investissements internationaux. En regard de la jurisprudence de plus en plus dense des expropriations indirectes, certains accords de libre-échange ont directement énoncé les critères permettant d'identifier celles-ci. Ainsi, à titre d'exemple, l'accord de libre-échange conclu entre les Etats-Unis et l'Australie⁵¹⁹ précise dans son annexe que :

La décision selon laquelle une mesure ou une série de mesures prise par une Partie, dans un cas de figure précis, constitue ou non une expropriation indirecte exige une étude des faits, au cas par cas, laquelle prendra en compte, entre autres, les éléments ci-après:

- l'impact économique de la décision prise par les pouvoirs publics, même si le fait qu'une mesure ou une série de mesures prise par une Partie nuisant à la valeur économique d'un investissement n'établit pas, en soi, qu'il y a eu expropriation indirecte;
- l'ampleur dans laquelle la mesure prise par les pouvoirs publics nuit aux attentes distinctes et raisonnables afférentes à l'investissement considéré; et
- la nature de la mesure prise par les pouvoirs publics.

Dans la même perspective, l'annexe 8-A 2°) et 3°) du CETA⁵²⁰ prévoit que la constitution d'une expropriation indirecte nécessite un examen au cas par cas en prenant en considération l'impact économique de la mesure. Il est précisé qu'un effet défavorable sur la valeur économique ne suffit

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 327.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 389.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 419.

⁵¹⁹ Rapport OCDE, *L'expropriation indirecte et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*, 2004, n°2004/4, p. 23. Dans cette étude, l'OCDE cite à titre d'exemple d'autres accords que celui entre les Etats-unis et l'Australie, notamment : l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, 6 juin 2003 (annexe 10-D) ; l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Amérique centrale, 28 janvier 2004 (annexe 10-C) ; L'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc, signé le 15 juin 2004 (annexe 10-B).

⁵²⁰ Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AECG ou dénommé ci-après CETA comme dans sa version anglaise), Journal Officiel de l'Union européen n° L 11 du 14 janvier 2017, signé le 30 octobre 2016.

pas à caractériser une expropriation indirecte. Il convient aussi de prendre en compte, la durée de la mesure, l'étendue de l'atteinte portée par la mesure en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement, ainsi que la nature de la mesure à savoir l'objet, le contexte et le but. L'ensemble des critères d'identification de l'expropriation indirecte apparaissent mixés laissant à l'arbitre le soin de cette qualification en fonction des données. Cette approche est un terrain propice aux conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international. Le dernier point met en lumière un élément important qu'il convient de préciser :

3. Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.

217. Aussi, le CETA prévoit dans son article 8-9⁵²¹ des conditions strictes dans la caractérisation d'une expropriation indirecte. L'article commence par une réaffirmation par les Parties de :

(...) leur droit de réglementer en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.

Ces dispositions offrent à la sécurité alimentaire deux entrées dans le droit international des investissements. Une porte par l'environnement (critère de durabilité de la sécurité alimentaire) et une porte par la promotion et la protection de la diversité culturelle (critère culturel de la sécurité alimentaire). De ce point de vue, l'instrument du CETA apparaît proposer des avancées intéressantes à disposition de la sécurité alimentaire susceptible d'être effectives. Ensuite, il est rappelé que :

(...) le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation (...).

218. Proportionnalité et nécessité. L'autre voie empruntée par les tribunaux arbitraux d'investissement est fondée sur le test de proportionnalité⁵²². Il s'agit de contrôler la proportionnalité de la mesure étatique sans nécessairement reconnaître comme c'est le cas dans cette étude un potentiel de résolution des conflits normatifs. La proportionnalité détermine alors la qualification d'expropriation indirecte. L'emploi de cette méthode dans le droit international des investissements a eu lieu pour la première fois en 2003 dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*. Le tribunal arbitral a estimé que:

⁵²¹ Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AECG ou dénommé ci-après CETA comme dans sa version anglaise), Journal Officiel de l'Union européen n° L 11 du 14 janvier 2017, signé le 30 octobre 2016.

⁵²² Dans cette hypothèse, il s'agit de mettre en lumière l'efficacité du principe de proportionnalité dans le cas de la détermination d'une qualification d'expropriation indirecte. Pour une étude approfondie du principe de proportionnalité comme remède à la résolution des conflits normatifs, voy. *infra*. § 310 et s ; § 366 et s ; § 410 et s ; § 468 et s.

« After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality⁵²³ ».

L'intégration de cette méthode dans la sphère des investissements s'est opérée par un renvoi à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme⁵²⁴ :

« There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure⁵²⁵. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not ».

219. Le test de proportionnalité nous paraît parfaitement adapté lorsqu'une mesure étatique prise en vertu de la sécurité alimentaire risque de porter atteinte aux droits de propriété de l'investisseur. Le contrôle de proportionnalité met à disposition des arbitres un outil efficace. L'appréciation de la légitimité de la mesure est susceptible d'être validée, mais peut rester insuffisante pour écarter l'expropriation indirecte, il faudra en plus que le tribunal arbitral se prononce sur l'effet de la mesure et sa justification⁵²⁶. Comment traduire cette situation lors des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux ? L'Etat pourra prendre une mesure en vertu de la sécurité alimentaire afin de répondre à ses obligations alimentaires. Cette mesure en raison de l'objectif impérieux sera systématiquement qualifiée de légitime. En revanche, le degré d'atteinte aux investisseurs devra être proportionné à l'objectif d'intérêt public poursuivi. Si la mesure apparaît proportionnée, notamment par une atteinte légère, l'expropriation indirecte aura peu de chance d'être retenue par les arbitres⁵²⁷. Par ailleurs, la CEDH s'est prononcée sur le contrôle de la légitimité d'une mesure et a estimé qu'elle intervenait à titre subsidiaire⁵²⁸ dans l'arrêt *James c. Royaume-Uni*⁵²⁹. A ce titre, elle a précisé que :

⁵²³ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, aff. n° ARB (AF)/00/2, sentence finale, 22 mai 2003, § 122.

⁵²⁴ *Ibid.*, § 122.

⁵²⁵ CEDH, *Mellacher and Others v. Austria*, judgment of December 19, 1989, 48, p.24; *Pressos Compañía Naviera and Others v. Belgium*, judgment of November 20, 1995, 38, p. 19.

⁵²⁶ A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, 2017, p. 381.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 381.

⁵²⁸ Les précisions apportées par la CEDH, dans l'arrêt *James c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46 s'avère éclairante; Elle a rappelé que « (...) la notion d'"utilité publique" est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire, ainsi que le relève la Commission, l'examen de questions politiques, économiques et sociales sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un États démocratique. Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'"utilité publique" sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable. En d'autres termes, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mais elle doit contrôler au regard de l'article 1 du Protocole n°1 (P1-1) les mesures litigieuses et, à cette fin, étudier les faits à la lumière desquels lesdites autorités ont agi ».

⁵²⁹ CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986 § 46.

« Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent, en principe, mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique »

220. Il est envisageable d'ajouter le critère de la nécessité de la mesure. Il s'agit dans cette hypothèse de vérifier que la mesure était strictement nécessaire, ce qui sera toujours le cas si l'objectif poursuivi est d'intérêt public. Toutefois, il est possible de procéder à un contrôle en profondeur, c'est-à-dire de vérifier que l'État n'avait pas d'autres moyens que d'opérer à l'expropriation. Si l'État pouvait assurer par d'autres moyens de protection plus appropriés l'objectif d'intérêt public, dès lors, la justification de l'expropriation pourrait s'avérer peu convaincante.

221. Les attentes légitimes de l'investisseur⁵³⁰. L'autre voie intéressante permettant notamment de contribuer à l'identification de l'expropriation indirecte illicite est celle des attentes légitimes. Dans certaines hypothèses, les attentes légitimes générées sont susceptibles si elles ne sont pas respectées de faire l'objet d'une sanction par un arbitre. Toute la difficulté réside dans l'identification de ce que constitue « une attente légitime » suffisamment importante pour engendrer une violation des droits des investisseurs⁵³¹. C'est ainsi que dans l'hypothèse d'un doute portant sur une expropriation indirecte, la violation de la norme de traitement juste et équitable pourrait être constatée, la frontière entre les deux notions étant parfois mince⁵³². Dès lors, l'investisseur n'obtenant pas gain de cause par la caractérisation d'une expropriation indirecte pourra toujours se retourner vers le principe de traitement juste et équitable, plus aisé à mettre en œuvre en vue de faire reconnaître une violation de ses droits.

B.-Les obligations alimentaires étatiques vs les clauses de traitement juste et équitable

222. A côté des oppositions entre les clauses d'expropriation et les obligations alimentaires des États, les rapports conflictuels du droit de l'alimentation et du droit international des investissements demeurent aussi mis en lumière d'une part, par le biais du principe de traitement juste et équitable (1°) et d'autre part, par l'étude des attentes légitimes des investisseurs et des États (2°).

⁵³⁰ *Infra* § 234 et s. Les attentes légitimes des investisseurs peuvent contribuer à l'identification d'une expropriation indirecte. Mais elle seront principalement analysées dans leur relation entre l'obligation alimentaire de l'Etat et la protection attendue des investisseurs par ces attentes légitimes qui peuvent entrer en contradiction.

⁵³¹ V. sur ce point la thèse d' A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international*, Pedone, 2014, pp. 213-223.

⁵³² *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n°ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, § 301 : « It must also be kept in mind that on occasion the line separating the breach of the fair and equitable treatment standard from an indirect expropriation can be very thin, particularly if the breach of the former standard is massive and long-lasting. In case of doubt, however, judicial prudence and deference to State functions are better served by opting for a determination in the light of the fair and equitable treatment standard. This also explains why the compensation granted to redress the wrong done might not be too different on either side of the line ».

1°) Le caractère conflictuel du principe de traitement juste et équitable⁵³³ et du droit de l'alimentation

223. Illustration de la conflictualité. La principale difficulté apparaît lorsqu'un Etat met en œuvre une politique publique alimentaire portant simultanément atteinte au traitement juste et équitable dû à l'investisseur. Dans cette circonstance, l'Etat ne souhaite pas atteindre négativement les droits des investisseurs. Pour autant, il ne pourra pas simultanément faire respecter la sécurité alimentaire et la protection des investissements étrangers. Très souvent, l'Etat est pris en étau entre d'une part la protection alimentaire de sa population et d'autre part, le respect de ses engagements internationaux inscrit dans un accord d'investissement international. Imaginons la conclusion par l'Etat d'un contrat de fourniture d'eau sur son territoire avec un investisseur étranger. Un accord d'investissement international existe entre cet Etat et l'Etat de nationalité de l'investisseur. Quelques années plus tard, l'Etat d'accueil observe une multiplicité de factures impayées à l'opérateur économique en raison de l'impossibilité pour sa population de procéder au paiement. L'investisseur justifie une augmentation des factures par la nécessité d'effectuer de nombreux investissements en vue d'assurer la qualité de l'eau fournie. Des émeutes surgissent mettant en péril la stabilité économique et sociale du pays. L'Etat prend alors la décision de résilier brutalement le contrat en vertu de la sécurité alimentaire de sa population. De son côté, l'investisseur déclare avoir perdu du fait de cette mesure des centaines de millions de dollars. En plus d'une dépossession, l'investisseur est susceptible d'invoquer un traitement injuste et inéquitable de la part de l'Etat. Dans cette dernière hypothèse, il est constaté un rapport conflictuel entre la clause de traitement juste et équitable inclus dans l'accord d'investissement international et la protection du droit à l'eau de la population. Cette circonstance rappelle un différend connu en droit international des investissements⁵³⁴ et demeure propice à l'existence d'un conflit de normes.

224. Afin de saisir cette conflictualité et ses différents symptômes il convient d'étudier les différents éléments constitutifs du principe de traitement juste et équitable. Jusqu'alors, le sens du principe n'est pas nécessairement similaire dans l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement et

⁵³³ Pour des études de référence sur cette question voy. p. ex Ch. SCHREUER, « Fair and equitable treatment in arbitral practice », *The journal of World Investment and Trade*, vol 6, 2006 ; I. TUDOR, *The fair and equitable treatment standard in international law of foreign investment*, Oxford University Press, 2008 ; R. DOLZER, « Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties », *The International Lawyer, American Bar Association*, Vol. 39, No. 1, Spring, 2005, pp. 87-106.

⁵³⁴ *Infra* § 274 et s.

apparaît « vague » selon les termes de l'OCDE⁵³⁵. Sa « flexibilité⁵³⁶ » rend parfois difficile l'identification du principe et le périmètre de son action.

225. Origine du principe. Le principe du traitement juste et équitable (TJE) constitue la disposition favorite invoquée par les investisseurs dans l'arbitrage transnational. Comme son nom l'indique, il désigne la garantie accordée à un investisseur étranger de ne pas faire l'objet d'un traitement inéquitable et injuste par l'Etat dans lequel il a investi. Ceci étant dit, la signification de cette disposition intégrée comme un standard dans la plupart des accords d'investissements internationaux ne semble pas plus claire. Il est commun de faire remonter ce principe à la Charte de la Havane, en 1948, qui fut avortée mais qui préconisait d'ores et déjà l'obligation d'un traitement juste et équitable à destination des investisseurs étrangers dans son article 11-2 portant sur « *les moyens de favoriser le développement économique et la reconstruction*⁵³⁷ ». On trouve des traces de l'obligation de traitement juste et équitable dans les traités d'amitié et de commerce, notamment ceux conclus par les Etats-Unis⁵³⁸. Par exemple, l'article 1er du traité conclu entre la Belgique et les Etats-Unis⁵³⁹ en 1961 prévoit que :

Chacune des Parties Contractantes accordera, en toutes circonstances, un traitement équitable et une protection efficace à la personne, aux propriétés, aux entreprises, aux droits et intérêts des nationaux et sociétés de l'autre Partie.

On retrouve aussi une référence au traitement juste et équitable dans le Projet de Convention sur la protection des biens étrangers de 1967 dans le premier article⁵⁴⁰ :

⁵³⁵ OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Éditions OCDE, 2004, p. 3. Il est d'ailleurs précisé dans les lignes précédentes (p. 2) qu'il s'agit « *d'une norme de traitement à caractère absolu et non contingent c'est-à-dire une norme qui définit le traitement qui doit être accordé selon des termes dont le sens exact reste à déterminer en fonction d'un contexte spécifique d'application* ».

⁵³⁶ CIRDI, *Waste Management, Inc. c. Mexique*, aff. n°ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, § 99 : « *Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case. Accordingly it is to the facts of the present case that the Tribunal turns* ».

⁵³⁷ Article 11-2 a i) de la Charte de la Havane, E/CONF.2/78 : « L'Organisation pourra, en faisant appel, s'il y a lieu, à la collaboration d'autres organisations intergouvernementales: a) recommander et favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux mesures tendant: i) à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un Etat membre dans un autre (...).

⁵³⁸ Voy. sur ce point notamment l'histoire du concept : RR WILSON, *United States Commercial Treaties and International Law* (1960) 113, 120, cit in R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, OUP, 2012, p. 130.

⁵³⁹ Traité d'amitié, d'établissement et de navigation entre le Royaume de Belgique et les Etats-unis d'Amérique. signé à Bruxelles, le 21 février 1961, n° 6967. A ce propos, les objectifs affichés sont précisés dès les premières lignes : « *Désireux de renforcer les liens traditionnels de paix et d'amitié existant entre leurs deux pays et de favoriser l'établissement de relations économiques et culturelles plus étroites entre les deux peuples, (...) Conscients des contributions que peuvent apporter à ces fins des accords spécifiant les droits et privilèges que les Parties se reconnaissent mutuellement et favorisant les échanges commerciaux (...).*

⁵⁴⁰ Projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du conseil de l'OCDE relative au projet de convention, 12 octobre 1967, p. 13.

a) Chacune des Parties s'engage à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties. Sur son territoire, chacune des Parties accordera une protection et une sécurité constantes à ces biens et n'entravera en aucune façon leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation par des mesures injustifiées ou discriminatoires (...).

226. Norme coutumière et norme autonome. Un débat a émergé sur la question de savoir si le traitement juste et équitable relevait de la norme minimale de traitement et donc devait se limiter à une interprétation à la lumière du droit international coutumier, ou au contraire s'il ne devait pas plutôt être considéré comme une norme autonome. Dans cette dernière approche, le principe s'entend de manière plus extensive et permet de reconnaître des formes nouvelles de traitement injuste et inéquitable⁵⁴¹. Dans cette perspective, l'ensemble des hypothèses discriminatoires générées par l'Etat susceptible d'affecter un investissement étranger pourrait donc entrer dans le champ d'action du traitement juste et équitable⁵⁴². A l'origine entrevue comme « une déclinaison⁵⁴³ » du standard minimum international, d'autres soulignent « l'inclusion » de ce dernier dans le traitement juste et équitable⁵⁴⁴. Tout d'abord, la norme minimale de traitement repose sur le droit international coutumier. Elle préconise le respect par les Etat d'un ensemble de droits à l'égard des ressortissants étrangers et des biens sur le territoire sans lien avec leur législation nationale. En présence d'une violation de cette norme, l'Etat engage sa responsabilité internationale. En d'autres termes, les investisseurs étrangers « ont droit à un certain degré de traitement et tout traitement qui n'atteint pas ce degré peut engager la responsabilité de l'Etat⁵⁴⁵ ». La violation du principe est caractérisée dès lors que le traitement a atteint « un degré inacceptable en regard du droit international⁵⁴⁶ ».

227. D'un côté, il a déjà été soulevé que le traitement juste et équitable était analysé séparément dans la majorité des affaires comme un principe à part entière et que si les parties souhaitaient se référer au droit international coutumier, elles procéderaient par renvoi à cette expression plutôt qu'à l'usage des termes traitement juste et équitable⁵⁴⁷. De l'autre, il a été relevé que si la répétition de la norme du traitement juste et équitable dans l'ensemble du réseau des accords

⁵⁴¹ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, CUP, 4th ed., 2017, p. 240.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, *op.cit.*, 2010. p. 365.

⁵⁴⁴ A. DE NANTEUL, *Droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 337.

⁵⁴⁵ OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Éditions OCDE, 2004, p. 9.

⁵⁴⁶ CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, § 263. Le tribunal arbitral a considéré sur le fondement de l'article 1105 que la violation était caractérisée « when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case ».

⁵⁴⁷ R. DOLZER et C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 132.

d'investissement démontre qu'il ne s'agit pas d'une norme coutumière - auquel cas cette intégration constante ne s'avérerait pas utile - on peut aussi déduire que cette réitération tend à faire du principe une norme coutumière⁵⁴⁸. Notons que la pertinence de ce débat a été remis en cause⁵⁴⁹. Certains tribunaux arbitraux ont souligné que ce débat ne méritait qu'on s'y arrête autant, la norme minimale étant aussi peu définie que le traitement juste et équitable⁵⁵⁰. Néanmoins, il apparaît important de saisir la source du principe en vue de mieux déterminer ses règles d'application.

228. Si certains traités bilatéraux d'investissements n'incluent pas les termes de droit international coutumier dans leurs dispositions relatives au traitement juste et équitable, d'autres au contraire invitent à analyser la norme minimale de traitement en y faisant une référence. Le nouveau modèle bilatéral canadien (2014) précise à son article 6 relatif à « *la norme minimale de traitement*⁵⁵¹ » que les parties respectent la norme minimale de traitement en y comprenant le traitement juste et équitable et la protection et sécurité intégrales. Le même type de formule se retrouve dans le modèle bilatéral américain⁵⁵² (2012) qui dans son annexe A rappelle que les parties s'accordent sur la signification de droit international coutumier en tant que pratique générale et cohérente suivie par les Etats en vertu d'un sens de l'obligation juridique, et sur le fait que la norme minimale du droit international coutumier en matière de traitement des étrangers fait référence à tous

⁵⁴⁸ A. DE NANTEUL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2017, p. 335.

⁵⁴⁹ Voy. CIRDI, *Saluka c. République Tchèque*, sentence partielle, 17 Mars 2006, § 291; CIRDI, *Azurix c. Argentine*, sentence finale, § 361; CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence 12 mai 2005, 44 ILM 1205 (2005), §§ 282-284; CIRDI, *Occidental c. Equateur*, sentence 1^{er} juillet 2004, § 190. Affaires not. citées dans la sentence *CIRDI Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, affaire n°. ARB/05/22, 24 juillet 2008 § 592. Voy aussi R. DOLZER et C. SCHREUER, *op cit.*, p. 138.

⁵⁵⁰ CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 355 : « *The Tribunal considers this discussion to be somewhat futile, as the scope and content of the minimum standard of international law is as little defined as the BITs' FET standard, and as the true question is to decide what substantive protection is granted to foreign investors through the FET. The issue is not one of comparing two undefined or weakly defined standards; it is to ascertain the content and define the BIT standard of fair and equitable treatment.* »

⁵⁵¹ Rédaction intégrale de l'article 6 de l'accord entre le Canada et (...) concernant la promotion et la protection des investissements, 25 août 2014 : « *1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et sécurité intégrales ; 2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » visés au paragraphe 1 n'exigent pas un traitement supplémentaire ou supérieur à celui prescrit par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier. ; 3. Le manquement à une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct n'établit pas qu'il y a eu un manquement au présent article ».*

⁵⁵² Extraits de l'article 5 du modèle bilatéral d'investissement américain (2012) : « *9 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide: (a) "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, (...).*

les principes du droit international coutumier qui protègent les droits et les intérêts économiques des étrangers.

229. Eventail des hypothèses de traitement juste et équitable. Plus récemment, c'est la rédaction proposée dans le cadre du CETA⁵⁵³ à son point 8.10 qui a attiré l'attention. La clause intitulée « *Traitement des investisseurs et des investissements visés* » prévoit l'obligation d'un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale. Il est ajouté au point 2 les hypothèses de violation au premier principe comprenant : a) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives; b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives; c) un cas d'arbitraire manifeste; d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses; e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement; f) un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article (...). Dès lors, il apparaît très clair dans cette disposition que le principe de traitement juste et équitable interagit avec d'autres standards⁵⁵⁴ qui deviennent même des composantes du principe⁵⁵⁵ : l'interdiction du déni de justice⁵⁵⁶, l'interdiction de prendre des mesures arbitraires⁵⁵⁷ ou discriminatoires, l'exigence de transparence⁵⁵⁸

⁵⁵³ Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AECG ou dénommé ci-après CETA comme dans sa version anglaise), Journal Officiel de l'Union européen n° L 11 du 14 janvier 2017, signé le 30 octobre 2016. Son application provisoire a pris effet le 21 septembre 2017 mais ne concernait pas le Chapitre 8 portant sur l'investissement. L'accord entrera en vigueur à la condition que tous les États membres de l'UE le ratifient.

⁵⁵⁴ Voy. Ch. SCHREUER, « Fair and Equitable treatment (FET) : Interactions with Others Standards », *TDM* 5, 2007.

⁵⁵⁵ Pour une étude détaillée « de la teneur » du principe selon les termes de l'auteur Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissements*, Pedone, 2017, spec. pp 340-356.

⁵⁵⁶ Voy. p. ex pour un lien entre le traitement juste et équitable et le déni de justice : CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, affaire n° ARB/05/15, sentence du 1er juin 2009, § 455 : « *The Tribunal accordingly finds that Egypt's actions failed to afford the Claimants due process of law. The Tribunal further considers that the failure to provide due process constituted an egregious denial of justice to Claimants, and a contravention of Article 2(2) of the BIT, in that Egypt failed to ensure the fair and equitable treatment of Claimants' investment* ».

⁵⁵⁷ Voy. p.ex. CIRDI, *Waste Management, Inc. c. mexique*, aff. n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, § 98 ; « *Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant* ».

⁵⁵⁸ La jurisprudence arbitrale CIRDI a eu l'occasion de rappeler l'importance de la transparence ainsi que de la prévisibilité. Par exemple, dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*, le tribunal d'investissement a estimé que « *le Mexique n'avait réussi à mettre en place un cadre transparent et prévisible pour la planification des activités et les investissements de Metalclad* ». La violation d'un traitement juste et équitable a été prononcé conformément à l'article 1105 de l'ALENA. CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, § 99. Néanmoins, la transparence faisait déjà écho dans certains accords d'investissements internationaux. L'article 10 du traité de la Charte de l'énergie déjà en 1994 mettait expressément en exergue la stabilité et la transparence auxquelles doivent s'attacher le

ou encore l'obligation de bonne foi⁵⁵⁹. Sans reprendre toutes les hypothèses, il convient d'apporter quelques précisions sur certains éléments de la relation entre ces standards et le traitement juste et équitable en vue de saisir la substance du principe et sa relation avec la sécurité alimentaire.

230. Commençons par préciser que malgré des pistes sur les origines du sens du traitement juste et équitable, il reste une marge de manœuvre toujours aussi importante entre les mains des arbitres pour décréter les situations qui relèvent d'une violation de traitement. Il est vrai que les tribunaux arbitraux d'investissement laissent place à des interprétations denses. Le traitement juste et équitable est composé d'un contenu au « potentiel évolutif⁵⁶⁰ » qui s'apprécie eu égard aux circonstances⁵⁶¹. Dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, le tribunal arbitral a apporté sa vision de la contenance du principe de traitement juste et équitable. Il mettait déjà en lumière certains des standards tels que l'absence d'ambiguïté, la prévisibilité, le principe de bonne foi, l'exigence de transparence, l'interdiction d'agir de manière arbitraire, mais aussi les attentes légitimes⁵⁶² :

The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.

Cette sentence a suscité de vives critiques notamment concernant le rôle et les obligations excessives pesant sur les Etats. La complexité consiste à trouver le juste équilibre qui suscite de ce point de vue, de nombreuses controverses.

traitement juste et équitable en déclarant la nécessité de « conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements ». Il s'agit « d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes ». La loyauté est donc aussi à entrevoir au côté de l'équité.

⁵⁵⁹ Voy. p. ex. CIRDI, *Tecmed S.A. c. Mexique*, affaire n° ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 153.

⁵⁶⁰ CIRDI, *Mondev International Ltd. C. Etats-Unis*, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 119.

⁵⁶¹ *Mondev, op. cit.* § 118 : « When a tribunal is faced with the claim by a foreign investor that the investment has been unfairly or inequitably treated or not accorded full protection and security, it is bound to pass upon that claim on the facts and by application of any governing treaty provisions. A judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case. It is part of the essential business of courts and tribunals to make judgments such as these. In doing so, the general principles referred to in Article 1105(1) and similar provisions must inevitably be interpreted and applied to the particular facts ».

⁵⁶² *Tecmed, op.cit.*, § 154.

231. Dans la sentence *Saluka c. République Tchèque*, le tribunal arbitral a estimé que le traitement juste et équitable comprenait la mise en œuvre de politiques publiques de bonne foi en accord avec « *les exigences de cohérence, transparence, impartialité et non-discrimination*⁵⁶³ ». Il poursuit en indiquant l'importance du caractère « *raisonnable*⁵⁶⁴ » des mesures entreprises et rappelle la nécessité de la part des autorités de ne pas procéder à « *un harcèlement*⁵⁶⁵ ». La prééminence du standard arbitraire dans la sentence *Saluka* a été mis en lumière par un appui sur le caractère raisonnable⁵⁶⁶. Sous cet angle, le tribunal arbitral se prononce sur le fait de savoir si le comportement de l'Etat n'est pas raisonnablement justifié. En procédant par ce raisonnement, les arbitres déterminent l'existence du traitement injuste et inéquitable par la voie d'une mesure arbitraire ou discriminatoire⁵⁶⁷. Pour autant, ce type de mesure est susceptible de se détacher du principe, et de constituer des standards autonomes. En effet, les tribunaux ont déjà refusé de qualifier une mesure d'arbitraire et discriminatoire en reconnaissant simultanément la présence d'un traitement injuste et inéquitable⁵⁶⁸. Dans cette perspective, la bonne foi doit aussi s'analyser comme un standard autonome. Un Etat peut parfaitement agir de manière injuste et inéquitable sans nécessairement agir de mauvaise foi⁵⁶⁹.

232. Si cette mosaïque afférente au traitement juste et équitable renseigne sur l'ensemble étendu des droits des investisseurs, dans le même temps, elle révèle les difficultés qu'un Etat peut rencontrer lorsqu'il entend mettre en œuvre une politique publique alimentaire ou faire primer la sécurité alimentaire des populations sur tout autre secteur, y compris celui de l'investissement. En effet, ce dernier sera mis à rude épreuve si sa politique publique est susceptible d'affecter un investissement étranger. Pour autant, il apparaît parfaitement justifié que l'Etat soit soumis à une interdiction du déni de justice, une interdiction de prendre des mesures arbitraires ou discriminatoires, à une exigence de transparence et de bonne foi. La difficulté ne se situe pas à ce niveau mais bien dans l'appréciation par les arbitres du traitement juste et équitable. Or, de ce point de vue, la prévisibilité alimentaire apparaît difficile à atteindre dans le champ des investissements internationaux. Tout dépendra de ce que le tribunal arbitral entend donner comme sens au juste et à l'équité puis à la façon dont il appréhende la mesure alimentaire entreprise par l'Etat. Le danger reste que le tribunal arbitral devienne une sorte d'audit en évaluant la conduite de l'Etat par rapport non pas aux standards définis par ce dernier mais sous le prisme de l'équité et du juste entendu par les

⁵⁶³ CNUDCI, *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, § 307.

⁵⁶⁴ *Saluka*, op. cit., § 307.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, § 308.

⁵⁶⁶ voy. S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, op. cit., 2010, p. 372.

⁵⁶⁷ Voy. sur ce point. voy. S. ROBERT-CUENDET, op. cit., pp. 372-373.

⁵⁶⁸ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, aff. n°ARB/02/1, Décision sur la responsabilité 3 octobre 2006, §§161-163.

⁵⁶⁹ CIRDI, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, aff. n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, §190.

arbitres. La gravité peut être extrême dans le domaine alimentaire. Des situations relevant de la sécurité alimentaire et méconnues -même par le juriste averti- s'appréhendent par les règles du droit international des investissements qui ne laisse aucune place à la norme alimentaire. Dès lors, le risque alimentaire peut ne pas être détecté et la norme alimentaire désactivée. De plus, en cas de mise en œuvre d'une politique publique alimentaire, l'Etat pourrait se voir découragé en constatant les montants susceptibles d'être dus aux investisseurs étrangers, et préférer s'abstenir.

233. Continuons sur les rouages du traitement juste et équitable qui reste encore à déceler. L'un des principes « dominants⁵⁷⁰ » constitue les attentes légitimes des investisseurs. En véritable pièce maîtresse, celles-ci se sont dessinées au fil du temps jusqu'à devenir incontournables laissant là aussi son pesant de difficultés dans le rapport entre le droit international des investissements et le droit de l'alimentation.

2°) L'existence des attentes légitimes⁵⁷¹ des investisseurs vs l'absence d'attentes légitimes des Etats

234. Les attentes légitimes de l'investisseur en qualité de composante du traitement juste et équitable ont émergé. Les attentes légitimes apparaissent recueillir de la part des investisseurs les espérances de garanties solides qu'ils n'étaient plus susceptibles de recevoir par le biais du régime de protection de l'expropriation⁵⁷². Les attentes légitimes désignent ce que l'investisseur est en droit d'attendre de l'Etat vis-à-vis de son investissement dans une proportion raisonnable. Il semblerait que dans cette hypothèse, ce qui est raisonnable constitue une demande légitime, c'est-à-dire ce que n'importe quel investisseur dans les mêmes circonstances aurait attendu. Il n'est pas étonnant de constater qu'à côté de ces attentes légitimes des investisseurs, celles des Etats, notamment en vue d'assurer l'intérêt général des populations, ne sont pas exposées. En effet, comme déjà indiqué précédemment, les traités bilatéraux d'investissement ont été créés à destination des investisseurs dans l'unique but de garantir leurs droits, ni plus ni moins. Pour autant, en formulant sur le fondement de la réciprocité, de manière raisonnable et contraignante ces attentes, l'Etat pourrait lui aussi prétendre à des attentes légitimes, celles qu'à sa place n'importe quel Etat aurait imposées. Il s'agit d'un socle minimum, puisqu'il est évident qu'en regard de leur développement, les Etats n'ont pas nécessairement les mêmes degrés d'attentes et d'exigences. Par exemple, les Etats, d'autant plus

⁵⁷⁰ CNUDCI, *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, § 302.

⁵⁷¹ Sur cette question, voy. p. ex. J. CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009, pp. 5-32 ; E. SNODGRASS, « Protecting Investors Legitimate Expectations : Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review*, 2006, pp. 1-58 ; M. POTESTA, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and Limits of a Controversial Concept », *ICSID review*, 2013.

⁵⁷² M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, CUP, 4th ed., 2017, p. 417 et s.

lorsqu'ils sont sujets à la famine, pourraient légitimement insérer dans les accords d'investissement un seuil minimum à ne pas dépasser portant sur l'achat de terres agricoles par des investisseurs étrangers sous la forme de clause agricole à l'image des clauses environnementales. Mais jusqu'alors, il n'en est rien et il convient dans ce développement de saisir le contenu de ce principe couramment invoqué par les investisseurs qui s'est façonné au rythme de la jurisprudence arbitrale.

235. Tout d'abord, la majorité des tribunaux arbitraux renvoie les attentes légitimes à un engagement pris par l'Etat⁵⁷³. L'accord conclu entre le Canada et l'Union européenne (CETA) offre un exemple de disposition relative aux attentes légitimes à l'article 8.10 4) :

Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite.

Les tribunaux arbitraux analysent les engagements que l'Etat a pris à l'égard des investisseurs dans les dispositions juridiques liées aux investissements mais aussi son comportement qui aurait pu raisonnablement faire naître des attentes auprès de l'investisseur. Il existe un lien marqué entre le comportement étatique et les attentes légitimes. A ce titre, dans l'affaire *Thunderbird Gaming Corporation*, les arbitres ont considéré qu'une situation par laquelle le comportement de l'Etat génère des attentes raisonnables et justifiées auprès d'un investisseur légitime ce dernier à agir à son encontre. De sorte que le non-respect de ces attentes pourrait causer des dommages à l'investisseur⁵⁷⁴. Dans l'affaire *Lemire c. Ukraine*, le tribunal s'est directement fondé sur le traité bilatéral d'investissement pour affirmer le lien étroit entre le traitement juste et équitable et les attentes légitimes de l'investisseur⁵⁷⁵. Il a rappelé que deux niveaux pouvaient définir les attentes légitimes, un niveau général et un niveau spécifique :

- On a general level, the Tribunal found that Claimant was entitled to expect that the Ukrainian regulatory system for the broadcasting industry would be consistent, transparent, fair, reasonable, and enforced without arbitrary or discriminatory decisions⁵⁷⁶;

- More particularly, Mr. Lemire had the legitimate expectation that Gala, which at the time was only a local station in Kyiv, would be allowed to expand on its own merits, in parallel with the growth of the private radio industry in Ukraine.

On retrouve l'idée des composantes du traitement juste et équitable que l'investisseur serait en droit de raisonnablement attendre (réglementation cohérente, transparente, juste, raisonnable et appliquée

⁵⁷³ Sur ce point. Voy. J. CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009, p. 14.

⁵⁷⁴ CNUDCI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence du 26 janvier 2006, § 147.

⁵⁷⁵ CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, aff. n° ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011, § 69.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

sans décision arbitraire ou discriminatoire) et à la fois une spécificité dans les attentes appréciées en regard du contexte.

236. Dans certaines circonstances, les tribunaux arbitraux d'investissement ont adopté une conception des attentes légitimes en faveur des investisseurs parfois au détriment du pouvoir de réglementation⁵⁷⁷. Dans d'autres affaires, ils ont préféré une conception plus protectrice du pouvoir de réglementation des Etats en déclarant que le standard ne pouvait constituer un obstacle aux mesures réglementaires malgré l'atteinte aux droits des investisseurs. Par exemple, dans l'affaire *Parkerings c. Lithuania*⁵⁷⁸ :

It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power.

237. C'est ainsi que dans l'hypothèse d'un changement de circonstances, il apparaît difficilement admissible d'attendre de l'Etat qu'il paie systématiquement lorsqu'il souhaite mettre en œuvre des politiques susceptibles d'affecter la rentabilité d'un investissement. Les attentes légitimes des investisseurs étrangers ne signifient pas que l'État soit engagé à ne pas changer sa législation⁵⁷⁹. Toutefois, les changements ne doivent pas s'avérer déraisonnables⁵⁸⁰. Il apparaît important de noter que la stabilité légitimement offerte à un investisseur n'est pas absolue. Pour autant, certaines clauses permettent de se rapprocher de ce paradigme. Il s'agit des clauses de stabilisation⁵⁸¹. Elles permettent de geler le droit applicable de sorte que l'investisseur soit prémuni contre un changement défavorable réglementaire ou législatif. Dans cette hypothèse, la clause est susceptible de constituer un frein à la mise en œuvre de la sécurité alimentaire en empêchant un État d'adopter des mesures de réglementation. Elle constitue une arme en plus dans l'artillerie à disposition des investisseurs susceptible de réduire ou d'anéantir le droit de réglementer de l'Etat dans le droit international des

⁵⁷⁷ CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §303-304 ; CIRDI, *Tecmed, S.A. c. Mexique*, aff. n° ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 154.

⁵⁷⁸ CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, aff. n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, § 332.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, § 333 : « *In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment.* ».

⁵⁸⁰ Voy. p. ex. CIRDI, *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, aff. n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, § 291 : « *The legitimate expectations of foreign investors cannot be that the State will never modify the legal framework, especially in times of crisis, but certainly investors must be protected from unreasonable modifications of that legal framework.* ».

⁵⁸¹ Voy. p. ex. P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État », *JDI*. 1986, p. 5 ; J.-M. LONCLE et D. PHILIBERT-POLLEZ, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RDAl* 2009, p. 267 ; C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil », *JDI*. 2014, doct.6.

investissements. Dans cette hypothèse, l'Etat peut être pris au piège entre l'urgence d'une situation alimentaire et le respect de ses engagements vis-à-vis de l'investisseur.

238. La notion de traitement engage l'Etat à suivre une ligne de conduite durant l'investissement international sur la base d'une convention ou en regard des règles établies par le droit international. Au fil du temps, les arbitres ont développé des caractéristiques similaires de la notion de traitement juste et équitable sur la base des TBI, ce qui permet d'avoir un minimum d'homogénéité dans la protection des investisseurs internationaux. Néanmoins, la palette des interprétations arbitrales reste riche et variée. C'est ainsi que la manière dont l'arbitre va apprécier la notion du traitement juste et équitable détermine le degré de protection de l'investissement étranger mais aussi celui accordé à la sécurité alimentaire des populations.

239. Après l'étude des tensions entre le pouvoir de réglementation de l'Etat et les droits des investisseurs, il reste frappant de constater le décalage de protection entre le réseau fonctionnel des garanties destinées aux investissements étrangers et la faiblesse de la justiciabilité du droit de l'alimentation. Une véritable asymétrie existe, il convient donc de se pencher sur le sort des victimes d'insécurité alimentaire lors d'une opération d'investissement et les obligations de l'Etat en vue de saisir les déséquilibres entre les droits alimentaires et les droits de propriété de l'investisseur.

§2. L'asymétrie des droits des investisseurs et des droits des victimes d'insécurité alimentaire

240. Lorsque des personnes s'avèrent victime d'insécurité alimentaire en raison d'une opération d'investissement, elles ne pourront pas comme l'investisseur étranger invoquer la violation et bénéficier de la même intensité de protection internationale auprès d'un tribunal arbitral d'investissement. Celui-ci demeure réservé au rapport investisseur-Etat. Précédemment, l'accent a été mis sur les difficultés d'articulation entre les obligations alimentaires des Etats et ses engagements auprès des investisseurs. En parallèle, les obligations alimentaires des Etats en droit international apparaissent difficiles à combiner avec le droit à un recours effectif par les victimes d'insécurité alimentaire (A) et le droit à l'alimentation est revêtu d'une variabilité d'application selon les territoires (B). Cette situation renseigne sur les déséquilibres entre la justiciabilité du droit à l'alimentation et celle du droit international des investissements. Elle révèle aussi les insuffisances d'articulation rendant ce climat propice aux conflits de normes.

A.- La combinaison difficile des obligations alimentaires étatiques et du droit à un recours effectif

241. L'appréhension de l'asymétrie des droits des investisseurs et des droits des victimes d'insécurité alimentaire nécessite d'identifier les obligations alimentaires étatiques (1°) et de saisir

l'insuffisance de justiciabilité alimentaire (2°) contrastant avec celle connue en matière d'investissements internationaux.

1°) L'identification des obligations alimentaires des Etats

242. L'Etat se doit de répondre à ses obligations alimentaires en vertu des textes internationaux et régionaux par lesquels il est engagé et au nom des textes nationaux en fonction du niveau de protection qu'il a entendu mettre en œuvre. L'article 2 du PIDESC renseigne sur les obligations des Etats en matière de justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels :

« 1. Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.

2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

3. Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants. Les Etats ont l'obligation de respecter, protéger et donner effet aux DESC » (nous soulignons).

Cet article révèle l'ensemble des obligations imposées aux Etats par le PIDESC. Il convient de déterminer la signification de ce contenu normatif.

243. **L'obligation d'agir.** Elle est indiquée par les termes suivants : « *tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales* » ; « *au maximum de ses ressources disponibles* » ; « *en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte* » ; « *par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives* ». L'obligation d'agir signifie que les Etats signataires du Pacte s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires à l'application du droit à l'alimentation en coopérant au niveau international mais aussi en offrant un cadre juridique adéquat à la mise en œuvre de ce droit. L'Etat doit s'assurer que les dispositions légales permettent la réalisation des DESC. Les conditions de l'exercice des droits progressifs et des ressources maximales disponibles laissent penser que les Etats qui n'ont pas un niveau de développement suffisant peuvent déroger à leurs obligations. Dans son observation n°3, le Comité des DESC s'est prononcé sur le sens des dispositions. Il précise à cet égard le terme « *progressif* » ne doit pas s'interpréter « *d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif*⁵⁸² ». Dans cette logique, le Comité des DESC insiste sur la démarche dans le

⁵⁸² Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, Observation générale 9. Application du Pacte au niveau national, 3 décembre 1998, Doc.N.U. E/C.12/1998/24, § 9.

temps, il s'agit d'être en phase avec les réalités, et d'apporter une flexibilité dans l'application des droits. En revanche, le Comité précise que la finalité des dispositions est d'assurer la mise en œuvre des DESC le plus rapidement et efficacement possible⁵⁸³. Il convient alors de s'assurer qu'aucune mesure régressive ne voit le jour, le Comité s'inscrit dans un processus progressiste. Ce dernier a d'ailleurs souligné que des ressources indisponibles ou insuffisantes ne font pas disparaître l'obligation d'agir pour les Etats⁵⁸⁴.

244. L'obligation de garantir « les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination ». L'obligation de garantir que les DESC ne feront l'objet d'aucune discrimination signifie que l'Etat ne doit prendre aucune mesure discriminatoire sur le fondement de « la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». L'Etat a l'obligation de mettre fin aux situations discriminatoires par l'adoption d'un cadre législatif adéquat. Dans *l'affaire Khosa & Ors v Minister of Social Development*, la Cour constitutionnelle d'Afrique du sud a estimé que la loi sur l'assistance sociale portait atteinte à l'obligation de non-discrimination par la mise en place d'une disposition d'exclusion des résidents permanents d'une autre nationalité⁵⁸⁵. L'application du principe de non-discrimination, est une preuve de la justiciabilité des DESC. L'Etat a l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour adapter sa législation en accord avec le PIDESC.

245. L'obligation de respecter. L'obligation de respecter le droit à l'alimentation signifie que l'Etat doit s'abstenir de prendre des mesures qui auraient pour effet de priver l'accès à une nourriture suffisante⁵⁸⁶. C'est une obligation d'abstention. Dans *l'affaire Kenneth George*, en Afrique du sud, la Haute Cour de la Province de Cape of Good Hope s'est prononcée sur l'obligation de respecter le droit à l'alimentation⁵⁸⁷. En l'espèce, une communauté de pêcheurs avait saisi la Haute Cour pour faire valoir la violation de l'obligation de respecter le droit à l'alimentation et de ne pas prendre de mesures régressives. Ces pêcheurs avaient perdu l'accès à la mer après l'adoption d'une loi sur les ressources marines. La Cour a considéré que la violation du droit à l'alimentation était avérée et ordonnée d'une part, l'accès immédiat des pêcheurs à la mer, et d'autre part, la révision de la loi sur les ressources marines. Cette affaire prouve la justiciabilité du droit à l'alimentation à l'échelle nationale et le contrôle des juridictions quant à la mise en œuvre de ce droit.

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Ibid.*, § 11.

⁵⁸⁵ *South Africa, Constitutionnel Court Khosa and Others v. Minister of Social development and Others*, 2004, (6) BCLR 569 (CC), 4 march 2004, *Cit in Ch. GOLAY, Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruyant, 2011, p.118.

⁵⁸⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, *op. cit.*, §15.

⁵⁸⁷ *High Court of South Africa (Cape of Good Hope Provincial division), Kenneth George and Others v. Minister of Environnement Affairs & Tourism*, Case N° EC 1/2005, 2 may 2007, voy. Ch. GOLAY, *op. cit.*, p. 121.

246. L'obligation de protéger. Cette obligation impose aux Etats de s'assurer et de prendre des mesures pour qu'aucune entreprise ou particuliers ne privent des individus de l'accès à une nourriture suffisante⁵⁸⁸. Par exemple, dans *l'affaire Aguas Argentinas c. Argentine*⁵⁸⁹, l'État avait pris des mesures nécessaires pour garantir le droit à l'eau de sa population, ce qui avait eu pour effet des priver les investisseurs de certains de leurs droits protégés par le traité bilatéral d'investissement France-Argentine⁵⁹⁰. Cette affaire enseigne que la volonté étatique de protéger et d'appliquer le droit à l'alimentation ne suffit pas pour assurer la concrétisation de la sécurité alimentaire. Le droit à l'alimentation s'inscrit dans un corpus de règles internationales qui peuvent entrer en contradiction. La résolution des conflits de normes est donc essentielle et pourrait conduire à une amélioration du sort des victimes d'insécurité alimentaire.

247. L'obligation de donner effet. Dans son observation générale n°9, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estimait que la principale obligation des Etats partie aux Pactes est de donner effet aux droits qui y sont consacrés⁵⁹¹. Le Comité apporte des précisions sur cette obligation dans l'observation générale n°12 en soulignant que les Etats ont l'obligation de prêter assistance et celle de distribuer des vivres pour garantir la réalisation du droit à l'alimentation⁵⁹². Par cette obligation, les Etats s'engagent à faciliter l'exercice du droit à l'alimentation⁵⁹³.

2°) L'insuffisance de la justiciabilité alimentaire

248. « *L'idéal legaliste contredit, dans l'homme et dans la société, des tendances trop fondamentales; dans la réalité humaine et sociale qui s'exprime dans les systèmes juridiques modernes se rencontrent des instincts antagonistes : besoin d'ordre et de régularité, mais aussi de propension au compromis et à l'indulgence qui inclinent les règles de droit à une ineffectivité naturelle*⁵⁹⁴ »

249. La notion de justiciabilité. Traditionnellement, la justiciabilité désigne « *le caractère de ce qui est susceptible de relever des juges ou de leur juridiction*⁵⁹⁵ ». Elle est « *l'aptitude d'une norme à recevoir une application judiciaire*⁵⁹⁶ ». Le cœur de la justiciabilité repose donc sur le droit d'accès au juge et aux juridictions. La justiciabilité détient des frontières poreuses avec l'accès

⁵⁸⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, *op. cit.*, §15.

⁵⁸⁹ CIRDI, *Aguas Argentinas c. Argentine*, aff. n°ARB/03/19, Decision on liability, 30 juillet 2010.

⁵⁹⁰ *Infra* §274 et s.

⁵⁹¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, *op. cit.*, §1.

⁵⁹² *Ibid.*, §15.

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, Paris, LGDJ., 5è éd., 1983, p. 125 à propos de l'effectivité et l'ineffectivité de la règle de droit.

⁵⁹⁵ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 635.

⁵⁹⁶ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la charte sociale européenne n'est pas une utopie » in *L'Homme dans la Société Internationale, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, 2013, p. 4.

à la justice qui permet « à toute personne, qui y a un intérêt légitime et qui présente la qualité éventuellement requise, d'accéder à une juridiction pour que celle-ci statue sur sa prétention. L'accès à la justice est donc la condition antérieure au droit d'action et à la demande en justice⁵⁹⁷ ». La reconnaissance des droits par les Etats doit être mise en œuvre de telle façon que les justiciables puissent s'en prévaloir en justice. La mise en œuvre de la justiciabilité du droit à l'alimentation ne peut avoir lieu sans une protection et une reconnaissance substantielle. Toutefois, cette consécration du droit à l'alimentation en droit international ne permet pas une véritable protection des victimes de l'insécurité alimentaire dès lors que les aliments et l'eau peuvent être assimilés à des marchandises comme les autres⁵⁹⁸. Comment la justiciabilité peut-elle se réaliser si l'accès au juge est assuré mais que le droit à l'alimentation dans un Etat n'est pas porteur d'une protection à la hauteur des enjeux que soulève la sécurité alimentaire ?

250. La justiciabilité suppose au moins deux conditions : un texte juridique sur lequel s'appuyer et la possibilité d'obtenir un recours effectif sur le fondement de ces textes.

251. L'existence des fondements textuels. Les fondements de base de la sécurité alimentaire ont déjà été appréhendés⁵⁹⁹. Nous ne reviendrons donc pas sur l'ensemble de cet arsenal juridique. Pour autant, il convient de mentionner l'importance de cette condition en vue d'obtenir un recours effectif.

252. Le droit à un recours effectif. Il a été dit que « la justice est une dette de la société, et l'égalité exige que celui qui n'a rien puisse demander justice comme celui qui a⁶⁰⁰ ». Si l'on transpose ces termes aux droits des victimes d'insécurité alimentaire et aux droits des investisseurs, un déséquilibre net survient entre le droit de recours des victimes de violation de leur droit de propriété et le droit de recours des victimes d'insécurité alimentaire. Pourtant, en matière alimentaire, les textes existent. Le droit à un recours effectif est consacré dans plusieurs textes en droit international : les articles 8 et 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), énoncent respectivement que :

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi (art.8).

⁵⁹⁷ M.-A FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au droit », in R. CABRILLAC, M.-A FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18ième éd, Dalloz, 2012, Paris, p. 525.

⁵⁹⁸ *Infra.* § 532 et s.

⁵⁹⁹ *Supra* § 58 et s.

⁶⁰⁰ Rapport par M. Bergasse sur l'organisation du pouvoir judiciaire lors de la séance du 17 août 1789, reproduit dans *Archives parlementaires*, vol.8-1, 1975, pp. 444-450, cité in M.-H. RENAUT, « L'accès à la justice dans la perspective de l'histoire du droit », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 78-3, 2000. p. 476.

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (art.10)

Ensuite, dans ses obligations générales n°9 et 12, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels reconnaît respectivement que :

Toute personne ou groupe lésés doit disposer de moyens de réparation, ou de recours, appropriés » et les moyens nécessaires pour faire en sorte que les pouvoirs publics rendent compte de leurs actes doivent être mis en place (Obligation n°9)⁶⁰¹.

Toute personne ou tout groupe qui est victime d'une violation du droit à une nourriture suffisante devrait avoir accès à des recours effectifs, judiciaires ou autres, aux échelons tant national qu'international. Toutes les victimes de telles violations ont droit à une réparation adéquate, indemnisation, gain de cause ou garantie de non-répétition. Les médiateurs nationaux et les commissions nationales des droits de l'homme devraient prêter attention aux violations du droit à l'alimentation (Obligation n°12)⁶⁰².

Dans cette perspective, les Etats membres du PIDESC ont l'obligation d'assurer le droit à l'alimentation⁶⁰³ ce qui passe par le droit à un recours effectif à disposition des victimes⁶⁰⁴ et le respect des obligations alimentaires par les Etats.

253. La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels (DESC) : Le droit à l'alimentation fait partie des droits économiques, sociaux et culturels⁶⁰⁵ au côté du droit au travail, à la santé, à l'éducation, au logement et à la sécurité sociale. D'emblée, on peut s'étonner de la place accordée à ce droit pourtant vital pour l'Homme qui n'apparaît pas être la priorité des droits alors qu'il est de toute évidence la priorité pour l'Homme avant toute autre activité. Le décor juridique révèle l'importance accordée à l'alimentation, si bien que dans ce domaine, le droit ne correspond pas au réel. Pour certains Etats, le droit à l'alimentation constitue un droit justiciable. Pour d'autres, cette justiciabilité n'est pas souhaitable. Les droits civils et politiques disposent d'un Protocole avec une procédure qui permet de déposer des plaintes et donc de rendre effectif ces droits. En revanche, rien de tel n'avait été prévu pour les droits économiques, sociaux et culturels dont le droit à l'alimentation est pourtant une composante. A cet égard, le sort des victimes du droit à l'alimentation demeurerait posé. Aucune procédure en cas de violation à ce droit n'était envisagée à l'échelle internationale dévoilant une distinction de traitement regrettable et un droit à l'alimentation « *relégué*

⁶⁰¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, Observation générale 9. *Application du Pacte au niveau national*, 3 décembre 1998, Doc.N.U. E/C.12/1998/24, §2.

⁶⁰² HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 mai 2008, p. 73, sur l'Observation générale n°12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5.

⁶⁰³ Voy. A. MAHIOU et F. SNYDER (dir.), *La sécurité alimentaire - Food Security and Food Safety*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2006, p. 257.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ Voy. O. De SCHUTTER, « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights : An Introduction », *CRIDHO Working Paper* 2013/2 .

au second rang »⁶⁰⁶. Pourtant, les droits de l'Homme sont dits indivisibles⁶⁰⁷, universels⁶⁰⁸, interdépendants⁶⁰⁹, complémentaires⁶¹⁰, parfois concurrentiels⁶¹¹ et intangibles⁶¹². En 2008, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a instauré une procédure permettant aux victimes du droit à l'alimentation de déposer plainte⁶¹³. Si c'est un premier pas vers une justiciabilité des DESC, il n'en reste pas moins que cette démarche demeure insuffisante, comme son nom l'indique le Protocole reste dépourvu de contrainte.

⁶⁰⁶ H. ELVER, *Accès à la justice et droit à l'alimentation: la marche à suivre*, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'alimentation, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/28/65, Vingt-huitième session, Point 3 de l'ordre du jour, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, 12 janvier 2015, p. 4.

⁶⁰⁷ Le terme indivisible peut être traduit par « inséparable », il faut percevoir les droits de l'Homme comme un tout. Nuire à un droit de l'Homme revient à nuire à l'ensemble des droits de l'Homme, cela amène à penser que chaque droit de l'Homme a la même force. D'emblée, il apparaît difficile de croire que le droit à la vie aurait la même force que le droit au logement, qui est un droit reconnu en France et non pas à l'échelle européenne, il y a une diversité de force selon la géographie. Cela dévoile une faiblesse dans le principe d'indivisibilité. Si l'indivisibilité des droits de l'Homme est affirmée avec force, elle apparaît à bien d'égard affaiblie lorsque l'on étudie de près les droits les plus essentiels, une indivisibilité parfaite des droits de l'Homme est utopique.

⁶⁰⁸ Les droits de l'Homme devraient être universels puisqu'ils sont inhérents à l'Homme. Les droits à l'eau et à l'alimentation semblent difficiles à réfuter, ces éléments sont vitaux pour l'ensemble des Hommes. Si leur caractère universel apparaît donc irréfutable en théorie, leur reconnaissance comme droit de l'Homme, notamment sur la base de leur universalité a fait l'objet d'un chemin épineux.

⁶⁰⁹ Les droits de l'Homme sont interdépendants, ils sont liés les uns aux autres. La promotion des droits civils et politiques devait être une promotion pour les droits économiques et sociaux. Aucune hiérarchie n'est établie, ce qui vient s'opposer à l'idée que les droits et libertés les plus importants sont ceux qui ont été proclamés en premier, les droits de l'Homme seraient bel et bien un ensemble, et dans ce tout, des droits seraient hiérarchisés laissant apparaître une dichotomie des droits. Pour d'autres, les droits sont nécessairement interdépendants, « *la prise en compte de l'effectivité des droits montre que tous les droits sont fondamentalement de même nature, qu'ils sont à la fois complémentaires et interdépendants* ». Voy. M-J REDOR-FICHOT « *L'indivisibilité des Droits de l'homme* », Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED) n°7, 2009, p. 80. Si cette interdépendance a été consacrée par de nombreux auteurs, elle est à relativiser pour d'autres, « *l'affirmation de principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'homme ne doit pas masquer le fait que tous les droits de l'homme proclamés par les conventions internationales ne bénéficient pas du même régime juridique* ». Voy. F. SUDRE, « Droits de l'homme », *Rep. de droit international*, 2004, Section 2, Art 1.

⁶¹⁰ Si les droits fondamentaux peuvent être opposés, et se concurrencés, il n'en reste pas moins complémentaire. Le droit à la vie ne peut pas se réaliser sans le droit à l'eau et à l'alimentation. Certaines fois, un droit est exercé au côté ou dans le prolongement d'un autre. Une distinction est faite entre les « libertés-droits » et « les libertés-moyens ». Les « *libertés-droits sont le socle des prérogatives reconnues aux individus, nécessaire à leur épanouissement* » alors que « *les libertés-moyens sont des droits secondaires destinés à protéger les droits précédents. Il les prolongent* ». Voy. J. FIALAIRE, E. MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Université Droit, Ellipses, 2005, p. 19. D'autres auteurs préfèrent la distinction entre les « *libertés fondamentales liées à la personne* » et « *les libertés dérivés* ». Voy. J. MORANGE, *Théorie générale des libertés publiques*, thèse, 1940, in J. FIALAIRE, E. MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Université Droit, Ellipses, 2005, p. 19.

⁶¹¹ Les droits de l'Homme peuvent être en concurrence, ce qui s'oppose aux idées reçues sur l'indivisibilité qui en ferait leur nature. Dans certains cas, le juge doit choisir entre deux droits de l'Homme. La difficulté est de choisir la primauté d'un droit sur un autre, lorsque la liberté d'entreprendre s'oppose au droit à l'eau, le juge s'en remet au droit. Si l'un des droits est substantiellement mieux protégé qu'un autre, il sera choisi.

⁶¹² Les droits de l'Homme ne peuvent faire l'objet de restrictions et l'Etat doit assurer qu'on y porte pas atteinte. L'article 15§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit cinq droits intangibles, le droit à l'alimentation n'y figure pas. Voy. F. SUDRE, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Liberté et droits fondamentaux*, 2009, Dalloz, p. 44. Le Pacte international sur les droits civils et politiques ajoute d'autres droits intangibles, sans élever le droit à l'alimentation à ce rang. Au final, ce principe laisse place implicitement à une hiérarchie au sein des droits de l'Homme en opposition avec le principe d'interdépendance.

⁶¹³ *Infra* §§ 259-262

254. Limites. Elles sont nombreuses. La plus évidente est la limite d'ordre budgétaire. Les considérations budgétaires n'empêchent pas la justiciabilité du droit à l'alimentation, en revanche, il ne peut être nié qu'elles constituent un frein considérable. De plus, la justiciabilité passe par l'accès au juge, or, dans le domaine alimentaire, il n'existe pas de juridiction mondiale garante de la sécurité alimentaire des populations. Cela apparaît étonnant, s'il existe bien un secteur reliant les populations mondiales, c'est le besoin d'accès à l'eau et à l'alimentation. Néanmoins cette réalité n'agit pas en miroir dans le droit. Si les Etats sont les garants du droit à l'alimentation et de sa justiciabilité, ils peuvent dans le même temps contribuer ou être à l'origine d'une violation au droit à l'alimentation. Ce paradoxe est accentué dans la sphère des investissements internationaux. En effet, en admettant une opération d'investissement sur son territoire, l'Etat doit s'assurer de sa positivité et de l'absence de mise en danger alimentaire en regard de ses engagements internationaux. Dans certaines hypothèses, en constatant l'insécurité alimentaire générée par une opération d'investissement, l'Etat va tout mettre en œuvre afin d'agir en garant du droit à l'alimentation, parfois même au détriment du droit de propriété de l'investisseur. Dans d'autres circonstances, l'Etat est susceptible d'être à l'origine de l'insécurité alimentaire. Dans l'affaire du barrage de Belo Monte, au Brésil, l'Etat a porté atteinte à la sécurité alimentaire d'une partie de sa population en ne respectant pas le droit à une alimentation culturelle et en autorisant une opération d'investissement portant atteinte aux droits des peuples autochtones. (Autorisation d'un investissement négatif pour la sécurité alimentaire, facilitation de l'investissement par l'expropriation des terres ancestrales, déplacement de population, défaut de consultation préalable des populations...). Le Brésil est signataire des conventions internationales relatives à la protection du droit à l'alimentation et a montré une volonté très forte de respecter et appliquer les directives de la FAO en ajustant son cadre législatif. Pourtant, il a contribué et sera bénéficiaire des violations du droit à l'alimentation des peuples autochtones sur son territoire.

255. Lorsque les Etats contribuent à l'insécurité alimentaire dans le cadre d'une opération d'investissement, les victimes auront souvent de grandes difficultés à obtenir un recours effectif devant les juridictions nationales. Eventuellement, les juridictions régionales ou internationales peuvent prendre le relais, mais le constat en pratique d'une effectivité du droit à l'alimentation dans ces cas reste occasionnel. Ceci étant, si la justiciabilité du droit à l'alimentation est consacrée théoriquement, l'application de ce droit reste variable.

B.- Le sort incertain des victimes d'insécurité alimentaire par l'effet d'une opération d'investissement

256. L'application du droit à l'alimentation sur les territoires revêt un caractère variable. Elle reste marquée en droit international par l'absence de mécanisme juridictionnel contraignant et efficace (1°). En droit international des investissements, de nombreuses incertitudes relatives à la mise en œuvre du droit à l'alimentation rejaillissent dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissements (2°).

1°) L'application variable du droit à l'alimentation

257. L'effectivité ponctuelle de la justiciabilité à l'échelle nationale, régionale et internationale. De nombreuses organisations luttent contre la malnutrition et contribuent pas à pas sur les différents territoires à rendre justiciable le droit à l'alimentation. A l'échelle nationale, dans une célèbre affaire en 2001, en Inde, *l'Union populaire pour les libertés civiles (PUCL)*, a intenté une action devant la Cour suprême indienne⁶¹⁴. Alors qu'à l'échelle nationale des stocks excédentaires étaient restés inutilisés, des décès avaient eu lieu dans l'Etat du Rajasthan en raison de la faim. Dès lors, un recours d'intérêt public a été admis. La Cour a reconnu le droit à l'alimentation en le rendant exigible et démontré l'effectivité de la justiciabilité du droit à l'alimentation. A l'échelle régionale, l'affaire du peuple Ogoni a fait grand bruit devant la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples⁶¹⁵. Une plainte à l'encontre du Nigéria avait été déposée en raison des effets négatifs des activités d'exploration pétrolières entreprises par le Groupe Shell avec l'accord du gouvernement nigérian. Ces opérations ont conduit à d'importantes pollutions et à la destruction des moyens de subsistance des Ogoni. La Commission a reconnu la violation du droit à l'alimentation et demandé au gouvernement de prendre les mesures nécessaires à la protection alimentaire⁶¹⁶. A l'échelle

⁶¹⁴ India, *Supreme Court, People's Union for Civil Liberties Vs. Union of India & Ors*, 2001.

⁶¹⁵ CADHP, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, affaire n°55/96, 13 oct. 2001.

⁶¹⁶ *Ibid.*, § 65. « Le droit à l'alimentation est inextricablement lié à la dignité des êtres humains et il est par conséquent essentiel à la jouissance et à la réalisation des autres droits tels que les droits à la santé, à l'éducation, au travail et à la participation politique. La Charte africaine et le droit international exigent du Nigéria de protéger et d'améliorer les sources alimentaires existantes et de garantir l'accès à une alimentation adéquate pour tous les citoyens. Sans toucher à l'obligation d'améliorer la production alimentaire et de garantir son accès, le droit à l'alimentation exige que le gouvernement nigérian ne détruise ni ne contamine les sources alimentaires. Il ne devrait pas permettre aux agents privés de détruire ou de contaminer les sources alimentaires et entraver les efforts déployés par les populations pour s'alimenter ; § 66. La façon dont le gouvernement a traité les Ogoni est en violation des trois devoirs minimum du droit à l'alimentation. Le gouvernement a détruit les sources d'alimentation à travers ses agents de sécurité et les compagnies pétrolières d'Etat, a permis aux compagnies pétrolières privées de détruire les sources de nourriture et a, au moyen de la terreur, créé de sérieux obstacles aux communautés Ogoni dans leur recherche de nourriture. De nouveau, le gouvernement nigérian n'a pas réussi à atteindre ce que l'on attendait de lui, aux termes des dispositions de la Charte africaine et des normes des droits humains internationaux, et est par conséquent en violation du droit à l'alimentation des Ogoni ».

internationale, l'invocation du droit à l'alimentation reste faible mais parfaitement possible. Deux voies sont envisageables, une procédure devant la CIJ dans l'hypothèse d'un différend entre Etats et l'invocation d'une violation du droit à l'alimentation par le biais du Protocole facultatif relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La Cour Internationale de Justice dans l'arrêt *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*⁶¹⁷ a déclaré la violation du droit à l'alimentation des palestiniens sur le fondement de l'article 11 du PIDESC. Ces derniers étant notamment empêchés d'exercer leur droit à un niveau de vie suffisant.

258. La mise en œuvre de la sécurité alimentaire est particulièrement difficile puisqu'elle repose sur une justiciabilité qui peine à affronter les catégories de droit dans le champ économique et subit la carence des mécanismes de sanctions des auteurs des violations du droit à l'alimentation. Par exemple, dans l'affaire du *peuple Ogoni contre le Nigeria*, aucune véritable avancée relative au droit de l'alimentation n'est constatée malgré la décision de la *Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*. Si des progrès non négligeables sur la justiciabilité du droit à l'alimentation sont remarqués, la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels reste épineuse. L'illustration du Protocole facultatif relatif aux droits économiques, sociaux et culturels apparaît intéressante. Le Protocole offre un recours aux victimes, pourtant, on peut douter de l'effectivité pleine et entière de la justiciabilité du droit à l'alimentation par le caractère facultatif de ce mécanisme de protection.

259. L'absence de mécanisme juridictionnel international contraignant et efficace : Le Protocole facultatif relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁶¹⁸. En 2008, le Protocole facultatif relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies. Le Protocole est entré en vigueur en 2013. Cet instrument juridique a rendu justiciable le droit à l'alimentation puisqu'il permet aux victimes de déposer plainte à l'encontre de son Etat lorsqu'une violation du PIDESC est constatée. Si cette avancée est considérable, elle reste insuffisante, le Protocole est facultatif et a seulement été signé par 45 États. Un bon nombre d'Etats ne reconnaissent pas la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels (DESC). Plusieurs justifications sont avancées⁶¹⁹. La première est l'interférence dans la souveraineté que les Etats

⁶¹⁷ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, Avis consultatif du 9 juill.2004, C. I. J. Recueil 2004, spec. §130-137.

⁶¹⁸ A/RES/63/117

⁶¹⁹ Voy. H. ELVER, *Accès à la justice et droit à l'alimentation: la marche à suivre*, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'alimentation, Conseil des droits de l'homme, Vingt-huitième session, Point 3 de l'ordre du jour, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, A/HRC/28/65, 12 janvier 2015, p. 4 ; O. De SCHUTTER, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights : An Introduction*, CRIDHO Working Paper 2013/2 p. 4; C. GOLAY, « La justiciabilité des droits fondamentaux », in F. COLLART DUTILLEUL, J.-P. BUGNICOURT (dir.) *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Larcier, 2013, p. 408.

refusent. La crainte que les politiques sociales, économiques et culturelles soient remises en cause par les tribunaux cloisonne la justiciabilité du droit à l'alimentation. Deuxièmement, certains Etats dénoncent l'absence de clarté et le flou des dispositions qui sont un obstacle à une mise en œuvre efficace. Troisièmement, ces droits dépendent des ressources étatique. La quatrième justification repose sur les obligations positives des Etats qui freinent leur engagement en comparaison des obligations négatives imposées par les droits civils et politiques. Pour certains auteurs, les DESC ne relèvent pas des droits de l'Homme. Ils ne supposent pas de prérogatives individuelles, mais bien plus des principes et objectifs⁶²⁰. L'effectivité des DESC est dépendante de l'intervention législative, « *le législateur disposerait à leur égard du pouvoir discrétionnaire de décider du moment et du contenu de l'intervention législative* »⁶²¹. Par conséquent, les DESC ne devraient pas jouir d'une protection juridictionnelle⁶²².

260. Aux termes de l'article 1 du Protocole, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (le Comité) a compétence pour recevoir et examiner les communications intéressant les Etats Parties au Pacte et Protocole. L'article 2 dispose que les victimes d'une violation par un Etat Partie, d'un des droits économiques sociaux et culturels prévus par le Pacte peuvent présenter des communications. Les communications ne seront examinées qu'à la condition que tous les recours internes soient épuisés. Des critères sont précisés, les communications seront déclarées irrecevables dans les cas suivants :

- 1°) elles ne sont pas présentées dans les douze mois suivant l'épuisement des recours internes, sauf exception ;
- 2°) porte sur des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du présent Protocole à l'égard de l'Etat Partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date ;
- 3°) A trait à une question qu'il a déjà examinée ou qui a déjà fait l'objet ou qui fait l'objet d'un examen dans le cadre d'une autre procédure d'enquête ou de règlement au niveau international ;
- 4°) Est incompatible avec les dispositions du Pacte ;
- 5°) Est manifestement mal fondée, insuffisamment étayée ou repose exclusivement sur des informations diffusées par les médias;
- 6°) Constitue un abus du droit de présenter une communication ;
- 7°) Est anonyme ou n'est pas présentée par écrit.

261. L'auteur des communications doit avoir subi un désavantage notable (Article 4). Le Comité peut soumettre à l'Etat d'entreprendre des mesures provisoires pour éviter un éventuel préjudice irréparable (Article 5). Les communications peuvent être l'œuvre de particuliers ou groupes de particuliers ou présentées en leurs noms (Article 2). Dans ce cadre, le Comité examine les communications et détermine le caractère approprié des mesures qui ont été prises par l'Etat Partie.

⁶²⁰ J.-F AKANDJI-KOMBE, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), Puf, 2008 p. 256.

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² *Ibid.*, ; Voy. aussi J. RIVERO, *Les libertés publiques*, vol 1 : Les droits de l'Homme, PUF, t.1, 1974, p. 100.

(Article 8). Le Comité peut aider les parties à trouver un accord amiable (Article 7). Il peut émettre des recommandations, et transmettre ses constatations aux parties (Article 9). L'article 10 prévoit des communications interétatiques, un Etat Partie peut dénoncer un autre Etat Partie qui ne s'acquitte pas de ses obligations. L'application de cette procédure exige le consentement des Etats. Une Procédure d'enquête peut être mise en œuvre conformément à l'article 11 par le Comité s'il « *reçoit des renseignements crédibles indiquant qu'un État Partie porte gravement ou systématiquement atteinte à l'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte* » (Article 11). Le Comité invite dans ce cas l'Etat Partie « *à coopérer avec lui aux fins de l'examen des informations ainsi portées à son attention et à présenter ses observations à leur sujet* ».

262. Conséquence du Protocole sur la justiciabilité du droit à l'alimentation. Le recours prévu par le Protocole offre aux victimes de violations du droit à l'alimentation une procédure individuelle ou collective lorsque, à l'échelle nationale, celles-ci n'ont pas eu la possibilité de faire valoir leurs droits. Si le Protocole s'avère facultatif, il reste un premier pas vers une justiciabilité effective des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'une reconnaissance concrète du droit à l'alimentation. Le processus de plainte mis en place par le Protocole permet de mettre en lumière un Etat partie en dénonçant ses agissements auprès de la communauté internationale. Ce mécanisme permet de lancer une alerte aux ONG comme aux Nations Unies en vue de détecter les violations et donne une voix aux victimes. Les Etats peuvent être soutenus et appuyés par le Comité pour mettre en œuvre le droit de l'alimentation par le biais de ses constatations et de ses recommandations. L'organe des Nations Unies n'a alors pas qu'une fonction punitive mais aussi une fonction de conseil et d'accompagnement des Etats pour tenter d'élaborer des politiques efficaces en matière de droits économiques, sociaux et culturels.

263. En regard des développements sur l'application du droit à l'alimentation, il est observé qu'à la différence du réseau organisé sur lequel peuvent s'appuyer les investisseurs étrangers lors d'une atteinte à leur droit de propriété, les victimes d'insécurité alimentaire ne bénéficient que d'un réseau juridictionnel incertain qui a commencé timidement à se mettre en route et reste bien loin de la justiciabilité substantielle du droit international des investissements. Dès lors, les victimes d'insécurité alimentaire ne pourraient-elle pas par l'intermédiaire des Etats disposer des mêmes garanties offertes par l'arbitrage transnational ?

2°) Justiciabilité du droit à l'alimentation et arbitrage international d'investissement

264. A l'échelle nationale, le juge étatique constitue le juge de l'alimentation. A l'échelle régionale, ce sont les Cours ou Commission régionales relatives aux droits de l'Homme qui prennent le relais. A l'échelle internationale, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels et la CIJ peuvent prendre la figure du juge de l'alimentation. Aucune coordination juridictionnelle n'est constatée. A côté, le juge de l'investissement est aussi susceptible de détenir plusieurs casquettes. A l'échelle nationale, par les juge étatiques et les arbitres, à l'échelle régionale, certaines Cour relatives aux droits de l'Homme peuvent se prononcer sur des litiges relatifs aux investissements⁶²³. A l'échelle internationale, le principal visage du juge de l'investissement demeure celui de l'arbitre, notamment du CIRDI, lorsqu'il s'agit des différends entre investisseurs étrangers et Etats. Vient aussi s'ajouter la CIJ concernant les différends entre Etat. Ceci étant précisé, il convient de noter que rien n'empêche le juge de l'investissement de se prononcer sur une situation alimentaire affectée par une opération d'investissement. Pourtant, la multiplicité des différends entre les investissements internationaux et la sécurité alimentaire reste bien loin de remonter jusqu'au juge et le risque alimentaire ne sera pas forcément appréhendé par le tribunal arbitral d'investissement qui se prononce à la lumière des accords d'investissement internationaux.

265. Une requête d'arbitrage peut être présentée par un investisseur sur le fondement des droits conférés dans les traités. Une victime du droit à l'alimentation en raison des activités d'un investisseur ou des mesures prises par un Etat ne peut pas faire valoir ses droits devant un tribunal arbitral d'investissement⁶²⁴. Lors d'un litige dans lequel la sécurité alimentaire et le droit international des investissements s'opposent, l'Etat, garant de la sécurité alimentaire de sa population, est susceptible de faire valoir le droit à l'eau et à l'alimentation en vertu de ses obligations prises en matière de droit de l'Homme⁶²⁵ devant les tribunaux arbitraux d'investissement. Dans ce cadre précis, les personnes victimes de l'insécurité alimentaire n'ont pas d'autres choix que de faire peser leur sécurité alimentaire sur le dos des Etats mal armés dans le droit international des investissements ou de faire confiance aux organisations non gouvernementales qui pourront appuyer l'Etat et éclairer les arbitres lorsqu'elles sont autorisées à intervenir dans la procédure⁶²⁶. Dès lors, on assiste à une exclusion juridique des victimes d'insécurité alimentaire alors que celles-ci sont susceptibles d'être les victimes directes de l'opération d'investissement. Pour autant, le droit à l'alimentation reste potentiellement exigible et justiciable dans l'arbitrage d'investissement par la mise en œuvre des

⁶²³ CEDH, *Oao Neftyanaya kompaniya Yukos c. Russie*, n°14902/04, 20 septembre 2011.

⁶²⁴ Voy. p.ex R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI* 2003, p 604.

⁶²⁵ Voy. p. ex. CIRDI, *Aguas Argentinas c. Argentine*, aff. ARB/03/19, Decision on liability, 30 juillet 2010.

⁶²⁶ Voy. S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?* Dalloz, 2010.

obligations alimentaires des Etats et peut-être aussi par un renforcement de la mission des arbitres lorsqu'il s'agit de litiges portant sur des considérations alimentaires. Un dispositif juridique que les arbitres pourraient appliquer sans ambiguïté comme l'inclusion des attentes alimentaires des Etats dans les accords d'investissement internationaux constituerait un appui considérable à la justiciabilité du droit de l'alimentation au même titre que celle des droits des investisseurs dans l'arbitrage d'investissement.

266. Nous avons constaté que l'accès au juge dans certaines zones du globe en raison d'une insécurité alimentaire relève de l'imaginaire. La différence substantielle d'accès à la justice des investisseurs par rapport aux victimes de l'insécurité alimentaire est saisissante. Les cas de violation du droit à l'eau et à l'alimentation ne sont pas rares et le fait que ces situations d'insécurité alimentaire ne parviennent pas jusqu'au juge ne signifie pas qu'elles n'existent pas. La lecture des traités bilatéraux d'investissements dévoile un déséquilibre entre les droits des investisseurs et les droits des victimes de l'insécurité alimentaire représentées par l'Etat dans les situations d'arbitrage. L'intégration de normes de protection alimentaire dans les traités et au sein du droit des investissements internationaux est quasi-nulle et globalement inadaptée. Il reste difficile alors de ne pas se poser la question suivante: Qui signe les traités ? L'Etat négocie et signe les accords d'investissements internationaux. Cet instrument juridique peut paralyser la sécurité alimentaire de ses nationaux si les normes de protection ne sont pas assez exigeantes, et dans le même temps, paralyser la venue des investissements si le niveau d'exigence est très élevé.

Conclusion Chapitre 2

267. L'analyse sémiologique a révélé de nombreux déséquilibres dans la relation entre la sécurité la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Dans le droit applicable, le déséquilibre des normes est constaté par certaines incohérences normatives telles qu'une incompatibilité entre deux textes internationaux énonçant deux règles contraires. Le caractère embryonnaire, voire inexistant d'une hiérarchie des normes en droit international laisse place à une absence de priorité normative précise. De plus, la formation d'obligations contradictoires auxquelles demeurent parfois assujetties les Etats et la violation des obligations dans les accords d'investissements internationaux en vertu de la sécurité alimentaire constituent les rouages de fonctionnement des conflits de normes. L'observation des contrariétés de décisions ne fait que conforter leur présence. Par ailleurs, le caractère conflictuel de certaines clauses protectrices des droits des investisseurs étrangers avec le droit à l'alimentation dans le contentieux du droit international des investissements conduit à renseigner sur les tensions entre le pouvoir de

réglementation des Etats et les droits des investissements étrangers. En effet, les investisseurs étrangers peuvent remettre en cause la politique publique alimentaire de l'Etat d'accueil. Cette situation éclaire sur les déséquilibres de responsabilités et de normes. Traditionnellement, les accords d'investissements internationaux comprennent des devoirs à la charge des Etats et seulement des droits à destination des investisseurs, même si cette tendance commence à évoluer, notamment par l'intégration de clauses environnementales ou sociales susceptibles de rejaillir indirectement sur la sécurité alimentaire dans les nouveaux accords d'investissements internationaux. Cette asymétrie se retrouve entre les droits des investisseurs et le droit des victimes d'insécurité alimentaire. La justiciabilité de ces dernières en comparaison de celle des investisseurs étrangers demeure plus qu'incertaine. Elle renseigne sur le déséquilibre entre les droits des uns et des autres selon qu'ils soient protégés par le régime fonctionnel du droit international des investissements ou par les règles de protection limitée du droit de l'alimentation.

Conclusion Titre 1

268. L'analyse étiologique aura eu le mérite de mettre en lumière les principales causes des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. Elles résident dans le processus fragmentaire et dans la disparité des fondements du droit à l'alimentation et du droit international des investissements. Si leur rencontre ne génère pas automatiquement des conflits de normes, elle y contribue. A cet égard, le mode de conception et les finalités distinctes de ces deux matières rendent difficiles leurs articulations. Certains préféreront d'autres termes que celui de conflits de normes et désigneront leur rapport par des tensions. Pour autant, précisons que sous l'angle de cette étude et en regard de ce diagnostic, les éléments constitutifs d'un conflit de normes sont susceptibles d'être caractérisés dans les cas suivants : l'existence de normes contradictoires applicables simultanément à une même situation, l'absence de règle de priorité normative et l'assujettissement à des obligations contradictoires générant la violation d'une norme par l'application d'une autre. De son côté, l'analyse sémiologique a permis de saisir les différents déséquilibres auxquels sont confrontés la sécurité alimentaire et les investissements internationaux : déséquilibre des normes, des décisions, des responsabilités et des droits. Ces derniers reflètent les pièces mécaniques et les signes des conflits de normes. Néanmoins, les tribunaux arbitraux d'investissement restent hostiles et évitent la caractérisation de conflit de normes. Il faut donc saisir que même si le juge de l'investissement ne souhaite pas nommer la situation, il demeure parfois en présence de normes déséquilibrées et ne dispose pas de l'outillage juridique nécessaire à l'appréhension des conflits de normes porteurs de risques alimentaires dans le droit international des investissements.

269. Ainsi, le diagnostic des conflits de normes posé, vient donc le temps du pronostic. L'étude des jurisprudences et des lois révélera qu'en l'absence de prise en compte, les conflits de normes porteurs de risques alimentaires se généraliseront (Titre 2).

Titre 2.- La généralisation des risques alimentaires dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissements : le pronostic des conflits de normes

270. Les politiques publiques alimentaires des États d'accueil sont susceptibles d'entrer en conflit avec les droits des investisseurs étrangers par différents biais, notamment les dispositions d'un accord international d'investissement. De la même façon que celui-ci peut être composé de clauses contraires dans son application aux lois nationales ou aux traités internationaux relatifs à l'alimentation. Dans certaines circonstances, l'État se trouve pris en étau entre des obligations contradictoires et s'avère parfois être à l'origine d'une violation des droits des investisseurs en vertu de ses obligations alimentaires. Il peut être amené à invoquer ces dernières comme moyen de défense dans le but de légitimer une mesure contraire à ses engagements pris en matière d'investissement internationaux. Dès lors, les risques alimentaires présents dans le droit international des investissements seront mis en lumière par le biais des jurisprudences et des situations alimentaires au croisement des investissements internationaux. Ensuite, une base juridique rattachée aux risques catégorisés en critères (critère d'accessibilité, de répartition équitable, de durabilité et culturel) sera recherchée afin d'appuyer leurs identifications et d'expliquer les rouages de ces risques alimentaires sous le prisme des conflits de normes. Enfin, une appréciation de leurs résolutions sur le fondement du principe de proportionnalité sera envisagée. Sous l'angle de cette étude, le principe de proportionnalité constitue un instrument de résolution des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement, et de manière générale des conflits entre l'intérêt privé et public. Il consiste à déterminer un ordre de priorité normative dans le silence des textes. Partant, nous démontrerons l'opportunité du principe de proportionnalité lors des rencontres normatives conflictuelles de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux. Par des études de cas, il s'agira de déceler les conflits normatifs porteurs de risques alimentaires quantitatifs (Chapitre 1) et qualitatifs (Chapitre 2).

Chapitre 1.- L'identification des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires quantitatifs

271. Le choix d'une entrée par le critère d'accessibilité alimentaire en vue de mettre en lumière les rapports normatifs conflictuels entre le droit de l'alimentation et le droit international des investissements constitue une voie intéressante. En effet, certains conflits entre la norme alimentaire relative à l'accessibilité et la norme de protection de l'investissement apparaissent aisés à soulever. En d'autres termes, ces conflits sont manifestes et « sautent » parfois aux yeux (Section I). Au contraire, d'autres conflits liés à l'alimentation dans le droit international des investissements demeurent insidieux en raison de la difficulté d'appréhension de la norme et du risque alimentaire. C'est le cas du critère de répartition équitable. Dans cette hypothèse, le conflit normatif reste difficilement visible puisque les enjeux alimentaires ne sont pas nécessairement saisis (Section II). Ce développement vise à révéler qu'en l'absence de prise en compte de ces conflits, il apparaîtra une généralisation des risques alimentaires dans le droit international des investissements.

Section 1.- L'accessibilité alimentaire dans le droit international des investissements

272. Dans ce développement, il s'agira d'appréhender l'application de l'accessibilité alimentaire dans le droit international des investissements et de révéler les conflits de normes (§1). Ensuite, il sera étudié la pertinence de la transposition du principe de proportionnalité dans la sphère des investissements internationaux. Cette étape permettra d'apprécier, sous le prisme de l'accessibilité alimentaire, le potentiel résolutoire de la proportionnalité dans les conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international (§2).

§1.- La mise en œuvre du critère d'accessibilité dans le droit international des investissements : l'affaire *Aguas Argentinas*⁶²⁷

273. « *Le droit du propriétaire lui permet de défendre ce qu'il a, tandis que le droit du consommateur d'eau ne lui permet pas d'obtenir ce qu'il n'a pas*⁶²⁸.

274. La mise en œuvre du droit d'accès à l'eau par l'Argentine a généré simultanément une violation des droits des investisseurs. Tandis que l'État souhaitait appliquer le critère d'accessibilité, composante cardinale de la sécurité alimentaire, il s'est retrouvé assujéti à des obligations

⁶²⁷ CIRDI, *Aguas Argentinas. c. Argentine*, aff. n° ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010.

⁶²⁸ F. COLLART DUTILLEUL, V. Aguas argentinas, in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde* in F. COLLART DUTILLEUL et J.-P. BUGNICOURT (dir.), Larcier 2013, p. 61.

contradictoires lui imposant un choix entre le respect de ses obligations alimentaires et des obligations inscrites dans le traité bilatéral d'investissement (A). Le tribunal arbitral d'investissement s'est prononcé en faveur des investisseurs étrangers en reconnaissant une violation de leurs droits, dans le même temps la norme de l'investissement a pris le pas sur la norme alimentaire liée à l'accessibilité (B).

A.- La violation des droits des investisseurs par l'État en vertu du droit d'accès à l'eau

275. Les demandereses ont établi trois manquements par l'Argentine à ses obligations contractuelles en regard des dispositions du TBI Argentine-France. L'État aurait violé l'obligation de protection contre l'expropriation directe et indirecte, l'obligation de garantir aux investisseurs une protection et une sécurité pleines et entières, et l'obligation du traitement juste et équitable⁶²⁹.

276. La requête d'arbitrage. Le 17 avril 2003, la société Aguas Argentinas S.A ("Aguas Argentinas") a déposé une Requête d'arbitrage auprès du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements ("CIRDI") à l'encontre de la République d'Argentine. La société locale Aguas Argentinas a été constituée par un consortium de sociétés internationales : Suez, Vivendi Universal S.A. ("Vivendi"), AWG Group Ltd ("AWG") et Sociedad General. Celles-ci ont invoqué la violation des traités bilatéraux d'investissements conclus entre la République Argentine et leurs Etats respectifs. Les sociétés Vivendi et Suez ont invoqué une violation du traité bilatéral d'investissement conclu entre la République française et la République Argentine en 1991. La société Aguas Barcelona a invoqué une violation du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Royaume d'Espagne et la République Argentine en 1991. La société AWG a invoqué une violation du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Gouvernement du Royaume-Uni et l'Irlande du Nord et la République Argentine en 1990.

277. La présente affaire découle d'un différend relatif à un contrat de concession conclu le 28 avril 1993 pour une durée de trente ans entre la République d'Argentine et la société Aguas Argentinas. L'objet du contrat portait sur la gestion du service de distribution et d'approvisionnement en eau ainsi que le traitement des eaux usées de la ville de Buenos Aires. La société Aguas Argentinas a augmenté ses tarifs pour compenser les pertes économiques dues aux mesures étatiques prises. La pression de l'opinion et les vives tensions sociales ont poussé la République Argentine à s'opposer aux hausses des tarifs dans le secteur de l'eau. Le 17 mars 2006, l'Argentine a ouvert une enquête sur le taux de nitrate dans l'eau distribuée par Aguas Argentinas. Les résultats ont révélé un taux anormalement élevé et conduit le 21 mars 2006 à la résiliation du contrat de concession. L'Argentine

⁶²⁹ *Aguas Argentinas, op. cit.*, § 127.

a accusé les demanderesses de ne pas être en mesure de fournir une eau saine et propre à la consommation et transféré la gestion du secteur de l'eau à une entité étatique, nommée *Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA)*. Pour justifier sa décision, l'État a invoqué les manquements et les défaillances des investisseurs dans la réalisation du contrat de concession.

278. Par son intervention, l'Argentine a permis que le droit à l'eau ne soit pas « compromis par des tierces personnes »⁶³⁰. A ce titre, l'Argentine a soulevé « *la nécessité de ne pas traiter l'eau comme une marchandise ordinaire* »⁶³¹ dans sa défense. Notons que cette dernière a ratifié le PIDESC le 8 août 1986, entré en vigueur le 8 novembre 1986. L'ensemble des mesures adoptées visaient à garantir le droit à l'eau pour sa population.

279. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a rejeté l'argumentation portant sur l'expropriation (1°) et admis une violation du traitement juste et équitable (2°).

1°) Le rejet de l'expropriation par le tribunal arbitral d'investissement

280. Les articles 5(2) du traité France-Argentine, 5 du traité Espagne-Argentine, et 5(1) du traité Royaume-Uni-Argentine se rejoignent dans leurs dispositions et prévoient que les parties contractantes ne peuvent pas prendre de mesures d'expropriation ou de nationalisation directes et indirectes, ni toute autre mesure équivalente ayant pour effet une dépossession. Les mêmes articles viennent fixer les limites au principe. Ces mesures peuvent faire l'objet d'une exception dans les cas d'une cause d'utilité publique si celles-ci ne sont pas discriminatoires et contraires à la loi ou à un engagement particulier. Si de telles mesures sont prises, une indemnité prompte, adéquate et effective doit être versée. Trois conditions sont soulevées par le tribunal pour que les dispositions du traité soient applicables⁶³² : l'expropriation d'un investissement par les demanderesses, une mesure prise par l'Argentine, et une expropriation de l'investissement comme résultat de la mesure. Le tribunal a recherché si l'investissement en question était susceptible d'expropriation au sens des traités bilatéraux signés et de l'article 25 de la Convention CIRDI pour conclure que les investisseurs pouvaient revendiquer la protection des textes relatifs à l'expropriation⁶³³. C'est ensuite la nature de la mesure qui a intéressé les arbitres. Sur la base de *l'Oxford English Dictionary*, les arbitres ont proposé de définir une mesure comme « *un plan ou moyen d'action pris pour atteindre un objectif*

⁶³⁰ L-E PETERSON, *Droits humains et traités bilatéraux d'investissements, Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et Etats*, Droits et démocratie, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2009, p. 27.

⁶³¹ *Aguas Argentinas, op. cit.*, § 252 « *Argentina argues that it adopted the measures in order to safeguard the human right to water of the inhabitants of the country. Because of its importance to the life and health of the population, Argentina states that water cannot be treated as an ordinary commodity* ».

⁶³² *Aguas Argentinas*, Décision sur la responsabilité, *op. cit.*, § 129.

⁶³³ *Aguas Argentinas, op. cit.*, § 130.

particulier ». Ainsi, les différentes actions législatives, réglementaires et administratives prises par l'Argentine peuvent être assimilées à des « *mesures*⁶³⁴ » en application des dispositions des traités.

281. Le tribunal justifie cette approche comme un moyen de déterminer l'effet desdites mesures sur la concession et donc sur l'investissement des demanderesse afin de saisir si celles-ci constituent une expropriation. Les arbitres ont clairement reconnu que l'expropriation directe ne pose pas traditionnellement de difficultés d'identification, contrairement à l'expropriation indirecte. Toutefois, les traités applicables ne définissent pas non plus le terme « *expropriation* ». Seulement quelques indices sont apparents et laisseraient penser qu'il s'agit « *d'une dépossession* » pour l'investisseur⁶³⁵. L'état d'esprit des arbitres est clairement exposé, lorsqu'une mesure réglementaire a été prise. Les tribunaux internationaux utilisent le critère de la gravité de l'impact économique. Il s'agit de mesurer les conséquences de la mesure prise en vue de déterminer l'existence d'une expropriation et donc d'une compensation. Il convient alors d'identifier si la mesure a conduit à une baisse significative de la valeur de l'investissement et constitue une atteinte substantielle au droit de propriété⁶³⁶. Le tribunal a examiné la nature de l'expropriation à travers trois catégories : les mesures adoptées pour faire face à la crise financière et ses conséquences, l'échec de la révision des tarifs relatif à la concession pendant et après la crise, les mesures prises par le gouvernement argentin au moment de la résiliation de la concession.

282. Les mesures adoptées par l'État. En regard de la gravité de la crise en Argentine, les mesures adoptées entraient dans le cadre des pouvoirs de police de l'État, et ne constituaient pas une atteinte substantielle et permanente de l'investissement des demanderesse⁶³⁷. Le tribunal a précisé que si les mesures pouvaient avoir un effet négatif sur la rentabilité de la concession, le droit de propriété n'avait pas été violé. Les arbitres ont indiqué que les mesures ne réduisaient pas les droits de propriété des investisseurs et ne portaient pas atteinte à la capacité pour les demanderesse de détenir la concession ainsi que de diriger les opérations et activités⁶³⁸. Le tribunal n'a pas considéré que les mesures prises par l'Argentine correspondaient à une violation des engagements de l'État vis-à-vis des investisseurs.

⁶³⁴ *Aguas Argentinas, op. cit.*, 131.

⁶³⁵ *Aguas Argentinas*, § 132.

⁶³⁶ Différents exemples d'affaires sont repris pour appuyer ce raisonnement. Dans l'affaire *Occidental c. Equateur*, les arbitres rappellent que le tribunal s'est reposé sur le critère d'une atteinte substantielle pour déterminer si la mise en place d'une taxe par l'Equateur était une expropriation indirecte. De même, Le critère a été utilisé dans d'autres affaires aux faits similaires, pour caractériser l'expropriation indirecte. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, les demanderesse ont invoqué que la suspension par l'Etat de la formule d'ajustement tarifaire pour le transport de gaz constituait une expropriation indirecte.

⁶³⁷ *Aguas Argentinas*, § 140.

⁶³⁸ *Ibid.*

283. La révision des tarifs. Le refus par l'Argentine de réviser les tarifs malgré les demandes répétées des demanderesse a été considéré par les investisseurs comme équivalent à une expropriation en vertu de la perte des bénéfices des investisseurs. Encore une fois, le tribunal a rappelé que l'expropriation indirecte nécessitait la dépossession d'un investissement. Toutefois, le refus par l'Argentine de réviser les tarifs n'a pas conduit selon le tribunal à une atteinte substantielle de l'investissement⁶³⁹. Les demanderesse avaient toujours le contrôle de la concession. Par cela, le refus de la hausse tarifaire ne constituait pas une expropriation directe ou indirecte.

284. La résiliation de la concession. Le 21 mars 2006, l'Argentine a résilié le contrat de concession qui la liait aux demanderesse. Selon celles-ci, la résiliation brutale est l'un des éléments constitutifs de la privation de leurs droits : la perte de contrôle de l'investissement devrait être assimilée à une expropriation. L'Argentine a invoqué son droit contractuel de mettre fin au contrat, notamment dans le cadre d'une faute grave commise par son cocontractant. En l'espèce, en plus des dysfonctionnements dans la gestion de l'eau, un taux élevé de nitrate aurait été constaté dans les eaux à la suite des prélèvements justifiant alors la résiliation par l'État⁶⁴⁰. Les demanderesse ont répondu en accusant l'Argentine d'utiliser un prétexte et une stratégie pour résilier le contrat. Le tribunal a considéré que l'Argentine n'avait fait qu'exercer ses droits contractuels et que la résiliation ne pouvait pas être assimilée à une expropriation malgré les attentes des demanderesse⁶⁴¹.

285. C'est ainsi que l'examen de l'ensemble des mesures étatiques entreprises ne constituait pas aux yeux du tribunal arbitral d'investissement des violations relevant du régime de protection des expropriations directes et indirectes⁶⁴². Les investisseurs ont aussi fait valoir la violation de l'obligation de garantir aux investisseurs une protection et une sécurité pleines et entières⁶⁴³. Cette protection n'apporte pas d'intérêt supplémentaire pertinent dans l'hypothèse du conflit entre la norme alimentaire et de la norme liée à l'investissement. Notons que le tribunal arbitral a recherché la nature de cette protection et son champ d'application afin de déterminer si la violation des dispositions invoquées par les demanderesse s'avérait recevable⁶⁴⁴. En regard des spécificités des trois traités

⁶³⁹ *Aguas Argentinas*, § 145.

⁶⁴⁰ *Aguas Argentinas*, § 149.

⁶⁴¹ *Aguas Argentinas*, § 155.

⁶⁴² *Aguas Argentinas*, § 157.

⁶⁴³ Les investisseurs ont invoqué les articles 5(1) du traité Argentine-France, article III.1 du traité Argentine-Espagne, et article 2(2) du traité Argentine-Royaume-Uni de chacun des accords d'investissement.

⁶⁴⁴ Les arbitres ont relevé que si les demanderesse faisaient valoir l'obligation de « *full protection and security* » ce terme n'apparaissait pas dans les trois traités bilatéraux d'investissements invoqués. Le traité Argentine-France prévoit que les investissements seront « *fully and completely protected and safeguarded* », le traité Argentine-Espagne précise que « *the Contracting Parties shall protect investments* », et le traité Argentine-Royaume-Uni évoque les termes de « *protection and constant security* ». Cette analyse du tribunal arbitral indique une différence de niveau de protection dans chacun des

bilatéraux d'investissements applicables et de l'évolution de la notion de « *protection et sécurité* », le tribunal n'a pas non plus conclu à une violation de la sécurité pleine et entière⁶⁴⁵. Pour autant, les droits des investisseurs ont été affectés selon les arbitres mais sur un autre fondement que celui de l'expropriation et celui de la sécurité pleine et entière : la violation du traitement juste et équitable.

2°) L'admission d'une violation du traitement juste et équitable par le tribunal

286. Les demanderesses ont dénoncé la violation par l'Argentine des articles 3 et 5 du traité Argentine-France⁶⁴⁶, de l'article IV(1) du traité Argentine-Espagne⁶⁴⁷ et l'article 2(2) du traité Argentine-Royaume-Uni⁶⁴⁸ dont les dispositions prévoient l'obligation pour l'État d'accueil de ne pas porter atteinte au principe du traitement juste et équitable. Ce principe permet à l'investisseur d'assurer sa protection et de ne pas faire l'objet d'un traitement inéquitable et injuste par l'État dans lequel il a investi. Qualifié de « vague », ambiguë » et « flexible » par les arbitres⁶⁴⁹, le tribunal arbitral a rappelé que l'application de ce principe était « *dépendante de l'évaluation des faits dans chaque affaire*⁶⁵⁰. L'importance du champ d'application et des contours du principe sont exposés par les arbitres pour déterminer si la violation du principe invoqué par les demanderesses est recevable.

traités auxquels font référence les demanderesses même si les termes « *full protection and security* » restent employés dans de nombreux traités. Voy. *Aguas Argentinas, précit.*, Decision on liability, 2010, § 159.

⁶⁴⁵ *Aguas Argentinas, op. cit.*, § 179. Le tribunal a exposé l'approche traditionnelle de la notion de « protection et sécurité » et précisé par les termes suivants que : « *Traditionally, the cases applying full protection and security have dealt with injuries to physical assets of investors committed by third parties where host governments have failed to exercise due diligence in preventing the damage or punishing the perpetrators* ». De ce point de vue, la substance du texte ne permet pas d'être relié à la situation dénoncée en l'espèce. Les arbitres se sont attachés à une lecture stricto sensu des textes. Au contraire, d'autres tribunaux ont accordé moins d'importance aux différences de termes, certains arbitres ont également recherché à saisir la portée de la notion, permettant ainsi une extension de « *la protection et de la sécurité* ». Voy. §§ 166-168.

⁶⁴⁶ Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Paris le 3 juillet 1991 et entré en vigueur le 3 mars 1993 : « Art 3: *Each Contracting Party shall undertake to accord in its territory and maritime zone just and equitable treatment, in accordance with the principles of international law, to the investments of investors of the other Party and to ensure that the exercise of the right so granted is not impeded either de jure or de facto.* » ; « Art 5 (1): *Investments made by investors of one Contracting Party shall be fully and completely protected and safeguarded in the territory and maritime zone of the other Contracting Party, in accordance with the principle of just and equitable treatment mentioned in article 3 of this Agreement* ».

⁶⁴⁷ Art IV(1) de l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République Argentine relatif l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Buenos Aires le 3 octobre 1991 et entré en vigueur le 28 septembre 1992 : *Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.* »

⁶⁴⁸ Art 2 (2) de l'Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni et l'Irlande du Nord et la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 11 décembre 1990 et entré en vigueur le 19 février 1993 : « *Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection and constant protection in the territory of the other Contracting Party ...* »

⁶⁴⁹ *Aguas Argentinas*, § 187.

⁶⁵⁰ *Aguas Argentinas*, § 188.

287. Arguments des parties. Les demanderesse ont mis en avant trois arguments en vue de prouver la violation par l'Argentine de leur droit au traitement juste et équitable. D'une part, l'Argentine a pris des mesures qui ont modifié le cadre juridique des investissements en contradiction avec les attentes légitimes des investisseurs. D'autre part, l'Argentine a pris de nombreuses mesures au cours du processus de négociation sur les tarifs de la concession imposée aux investisseurs, alors qu'elle refusait de réviser les tarifs. Enfin, les demanderesse ont dénoncé la rupture unilatérale et brutale du contrat de concession. De son côté, l'État a réfuté les accusations relatives à la violation du principe de traitement juste et équitable et demandé au tribunal de constater la conduite des parties en regard des circonstances⁶⁵¹. Dans un premier temps, en réponse à la résiliation brutale dénoncée par les demanderesse, l'Argentine a rappelé que les investisseurs avaient déclaré vouloir abandonner la concession. La responsabilité de l'État demeurait la garantie de la continuité du service public au caractère vital pour sa population⁶⁵². Dans un second temps, l'Argentine a précisé que les actions entreprises étaient prévisibles. De cette façon, le caractère prévisible démontre que son comportement n'avait aucunement contribué à perturber les attentes légitimes des investisseurs⁶⁵³. Il aurait été à ses yeux déraisonnable en regard de la gravité de la crise d'augmenter les tarifs, l'objectif du gouvernement étant d'adapter les dispositions contractuelles aux nouveaux enjeux économiques à surmonter pour l'Etat dans le cadre d'un processus de renégociation ouvert et transparent⁶⁵⁴. Dans cette perspective, l'Argentine a estimé qu'il fallait intervenir dans l'optique de protéger le droit d'accès à l'eau de sa population qui était en péril, en raison des nombreux manquements et des carences des investisseurs dans le bon déroulement de leur mission.

288. Le tribunal a conclu que le refus par l'Argentine de réviser les tarifs relatifs à la concession et la poursuite de négociation forcée constituait une violation des traités bilatéraux d'investissements et du principe de traitement juste et équitable. Le manque de coopération a largement été souligné. Les arbitres ont retenu une première violation le 6 janvier 2002, lors de la promulgation de la loi d'urgence, qui a entraîné une série d'autres mesures portant atteinte aux droits des investisseurs et aux attentes légitimes pour sécuriser son investissement. La seconde atteinte relevée est celle du 10 avril 2002, dans le cadre de l'adoption de la résolution No. 38/02, qui a été la première d'une série de mesures rendant le processus de négociation injuste et inéquitable⁶⁵⁵. Le

⁶⁵¹ *Aguas Argentinas*, § 202.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ *Aguas Argentinas*, § 203.

⁶⁵⁴ *Aguas Argentinas*, § 208.

⁶⁵⁵ *Aguas Argentinas*, § 247.

tribunal a retenu que les actions entreprises par l'Argentine avaient en sus entravé les attentes légitimes des investisseurs⁶⁵⁶.

289. L'augmentation des tarifs de la concession était une atteinte au droit de l'accès à l'eau selon l'Argentine. Néanmoins, le tribunal a souligné que cette augmentation aurait pu être contrée par la mise en place de politique avec des tarifs sociaux pour les plus démunis⁶⁵⁷. Si cette affirmation ne nous apparaît pas fausse, elle n'est pas tout à fait juste lorsque l'on prend en considération la gravité de la crise à laquelle l'Argentine devait faire face. Il est difficile d'imaginer comment elle aurait pu avoir la capacité financière de mettre en place des mesures de politiques sociales. Les investisseurs ont été confrontés à la souveraineté de l'Argentine qui a choisi de respecter le droit d'accès à l'eau en prenant des mesures d'autorité. A cet égard, le Professeur Alain Pellet a précisé que « *les pouvoirs économiques privés savent bien (en tous cas ils devraient savoir) qu'ils doivent composer avec la souveraineté dont d'ailleurs ils tirent en général adroitement partie plus qu'ils la subissent*⁶⁵⁸ ».

B.- La primauté de la norme de protection de l'investissement sur la norme alimentaire

290. Si la primauté de la norme liée à l'investissement international sur la norme alimentaire ne constituait certainement pas le but poursuivi, il n'en reste pas moins qu'après la décision du tribunal arbitral, on a assisté à une atteinte à la sécurité alimentaire par la mise en œuvre des droits des investisseurs. En vue d'assurer à sa population le droit d'accès à l'eau, l'État hôte a invoqué l'état de nécessité sans que son raisonnement ne soit suivi par les arbitres (1°). Le tribunal arbitral ne reconnaît pas de conflits normatifs dans cette affaire. En revanche, il va se prononcer volontairement ou involontairement sur une règle de hiérarchie normative en faveur de la norme liée à l'investissement et au détriment de la norme alimentaire (2°).

1°) L'exclusion de l'état de nécessité par le tribunal arbitral d'investissement⁶⁵⁹

291. En réponse aux accusations des demandresses sur le non-respect de ses obligations contractuelles, l'Argentine a considéré que si certaines des dispositions du traité avaient été violées, sa responsabilité ne devait pas être engagée en vertu de l'état de nécessité et du droit international.

⁶⁵⁶ *Aguas Argentinas*, § 248.

⁶⁵⁷ *Aguas Argentinas*, § 235.

⁶⁵⁸ A. PELLET, Conclusions générales du Colloque de la SFDI, *L'eau en droit international*, Pedone, 2011, p 399.

⁶⁵⁹ Voy. C. SCHREUER, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *ICSID Rev.*, 1996, pp. 59-224.

La définition de l'État de nécessité est reprise dans l'affaire relative *au Projet Gabčíkovo-Nagymaros* par la Cour internationale de Justice, il s'agit :

(...) d'une situation où se trouve un Etat n'ayant absolument pas d'autre moyen de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent que celui d'adopter un comportement non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale envers un autre État⁶⁶⁰.

L'état de nécessité découle de règles coutumières et a été codifié par la Commission de droit International des Nations Unies en 2001. L'article 25 de la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies relatif à la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite⁶⁶¹ prévoit l'état de nécessité⁶⁶². La jurisprudence a repris la définition précisée par Roberto Ago :

« Roberto Ago, one of the mentors of the Draft Articles on State Responsibility, a state of necessity is identified by those conditions in which a State is threatened by a serious danger to its existence, to its political or economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, to the preservation of its internal peace, or to the survival of part of its territory⁶⁶³ ».

Les demanderesse ont considéré que l'Argentine ne remplissait pas les conditions de l'état de nécessité : ce dernier ne pouvait pas constituer un prétexte permettant aux Etats de se délier de leurs obligations internationales ; l'État ne devait pas avoir contribué à la situation alors que l'Argentine aurait eu sa part de responsabilité dans la survenance de la crise économique, enfin, les mesures entreprises devaient constituer le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent⁶⁶⁴. Or, d'après les demanderesse, une série d'autres mesures auraient pu être prises par l'Argentine afin de préserver la concession. Dans cette optique, il y a donc l'idée que les crises économiques ne justifient pas l'emploi systématique de la doctrine de l'état de nécessité lorsqu'un État est face à de graves difficultés⁶⁶⁵. En regard de la position des demandeurs, la crise, aussi sévère soit-elle, n'a pas compromis l'existence même de l'Argentine et n'était pas une menace, de telle sorte que l'état de nécessité puisse être justifié⁶⁶⁶. L'absence de coopération pour sauvegarder la concession

⁶⁶⁰ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. I, deuxième partie, p. 33, in *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J., *Recueil* 1997, §50.

⁶⁶¹ Résolution 56/83 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies sur la codification du droit de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, 12 déc. 2001, doc. A/56/53, art 25.

⁶⁶² Article 25 de la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies : « 1) *L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. 2) En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité : a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou b) Si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation* ».

⁶⁶³ United Nations, Report A/CN.4/318/ADD.5, p. 3 in *LG&E Energie Corporation et consorts c. d'Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/02/01, 3 octobre 2006 § 246.

⁶⁶⁴ *Aguas Argentinas*, § 254.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ *Ibid.*

et les intérêts de l'investissement ont également été l'objet de tensions. Par ailleurs, les privatisations ont été réalisées précisément dans l'objectif de rendre plus effectif le droit d'accès à l'eau. Selon les investisseurs, c'est l'Argentine qui par ses actions durant la crise a mis en danger le droit à l'eau d'une partie de sa population⁶⁶⁷.

- **Le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent.** Le tribunal a conclu que l'Argentine n'avait pas satisfait à la première condition pour justifier la mise en œuvre de l'état de nécessité. L'État aurait dû faire preuve de flexibilité pour assurer la continuité des services d'eau et d'assainissement en respectant ses obligations contractuelles, notamment le respect du traitement juste et équitable. L'état de nécessité doit être le dernier recours et le seul moyen de sauvegarder l'intérêt essentiel. La reconnaissance de l'état de nécessité impose qu'aucune autre voie n'ait été à la disposition de l'État pour remédier à la situation. Auquel cas, le moyen de défense sera irrecevable⁶⁶⁸ et il est exigé que les mesures d'urgence se justifient par la protection d'un « *intérêt essentiel de l'État* ». L'Argentine a fait valoir que les mesures prises n'avaient pas d'autres buts que de sauvegarder un « *intérêt essentiel* »⁶⁶⁹. Partant, le tribunal a recherché si cet intérêt de l'État était mis en danger. Les arbitres ont reconnu l'intérêt essentiel de l'accès à l'eau. En revanche, ils ont refusé l'idée selon laquelle la fin de la concession notamment sans compensation soit la seule voie satisfaisant cet intérêt essentiel⁶⁷⁰. Notons que l'Argentine a appuyé sa défense par un rappel de l'affaire *LG&E c. Argentine*⁶⁷¹. Dans cette affaire, l'état de nécessité a été admis par le tribunal arbitral. Les intérêts essentiels de l'Argentine ont été considérés par ce tribunal comme menacés. Les arbitres ont repris les termes de « *menace extrêmement sérieuse pour son existence, sa survie politique et économique* »⁶⁷². Si la décision des arbitres est distincte, pourtant, les arguments invoqués et la situation économique demeuraient similaires à l'affaire « *Aguas Argentina* ». Dans la présente affaire, le tribunal a déclaré le caractère vital de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement⁶⁷³ et l'intérêt essentiel de l'état est avéré. Mais dans le même paragraphe, les propos restent nuancés. En effet, le tribunal n'a pas été convaincu par la défense de l'Argentine, consistant à faire croire que la violation des traités bilatéraux d'investissements correspondait au seul moyen à la disposition de

⁶⁶⁷ *Aguas Argentinas*, § 255.

⁶⁶⁸ CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissements*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2009 p. 40.

⁶⁶⁹ *Aguas Argentinas, précit.*, Décision sur la responsabilité, 2010 § 250.

⁶⁷⁰ J. CAZALA, « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », *Cah. arb.*, Paris Journal of International Arbitration, 2012, n° 4, p. 893, §10.

⁶⁷¹ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, aff. n° ARB/02/01, 3 octobre 2006.

⁶⁷² *LG&E*, §257 « *The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001. It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace* ».

⁶⁷³ *Aguas Argentinas*, § 260.

l'Argentine pour satisfaire à ses obligations en matière de droits humains⁶⁷⁴. Cette condition n'est pas remplie.

L'application de l'article 25 suppose la protection « d'un intérêt essentiel de l'État contre un péril grave et imminent ». Le tribunal arbitral va devoir déterminer si la situation correspondait à un péril grave et imminent. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*⁶⁷⁵, alors que les faits s'avéraient similaires à l'affaire *LG&E c. Argentine*, les décisions du tribunal se sont trouvées distinctes. Dans la première affaire, les arbitres ont considéré que les mesures d'urgence prises par l'Argentine ne constituaient pas les seules solutions possibles⁶⁷⁶. Il serait insuffisant que le péril soit éventuel. Néanmoins, force est de constater les incertitudes et les divisions des experts. Fréquemment, des avis apparaissent divergents sur le fait de savoir si le péril demeurerait grave et imminent, ou si l'agissement de l'État constituait le seul moyen possible pour faire face au péril⁶⁷⁷. En tout état de cause, l'état de nécessité suggère que le péril ne se soit pas matérialisé⁶⁷⁸. A ce titre, la Cour internationale de justice a précisé dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* que :

Il ne saurait y avoir d'état de nécessité sans un «péril dûment avéré au moment pertinent ; la seule appréhension d'un «péril» possible ne saurait à cet égard suffire. Il pourrait d'ailleurs difficilement en aller autrement dès lors que le «péril» constitutif de l'état de nécessité doit être à la fois « grave» et «imminent». «L'imminence» est synonyme «d'immédiateté» ou de «proximité» et dépasse de loin le concept «d'éventualité»⁶⁷⁹.

- Le fait ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

L'Argentine ne doit pas avoir lésé les intérêts d'un autre État ou de la communauté internationale pour pouvoir invoquer l'état de nécessité. Par le manquement au principe du traitement juste et équitable, l'Argentine aurait porté atteinte aux intérêts des investisseurs. Toutefois il est difficile de faire valoir comment l'Argentine aurait porté atteinte à d'autres Etats⁶⁸⁰ selon le tribunal, c'est la raison pour laquelle cette condition est remplie.

⁶⁷⁴ *Aguas Argentinas*, § 260.

⁶⁷⁵ CIRDI, *CMS c. Argentine*, aff. CIRDI, n°ARB/01/8, 2005.

⁶⁷⁶ *Aguas Argentinas*, § 261.

⁶⁷⁷ Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2005, Nations Unies, p. 218 com n°16. Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session.

⁶⁷⁸ Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2005, Nations Unies, *op. cit.*

⁶⁷⁹ C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt *Recueil* 1997, § 54.

⁶⁸⁰ *Aguas Argentinas*, § 261.

- **L'obligation internationale ne doit pas exclure la possibilité d'invoquer l'état de nécessité.** Aucun des traités invoqués n'exclut ou ne permet clairement la mise en œuvre de l'état de nécessité⁶⁸¹. Le tribunal a considéré que cette condition était remplie. L'Argentine a répété sa volonté de protéger le droit d'accès à l'eau pour sa population en vertu du droit international. Elle suggère de saisir la légitimité de son autorité à prendre toutes mesures pour défendre ce droit, même si ces mesures vont à l'encontre des dispositions contractuelles dans les traités⁶⁸². Le tribunal ne va pas suivre le raisonnement. L'approche est intéressante, car le tribunal ne prend pas le contre-pied de l'argumentation de l'Argentine, mais rappelle l'obligation pour celle-ci de respecter ses engagements en vertu des traités bilatéraux d'investissements et des droits humains.

-**L'absence de contribution de l'État dans la survenance de la situation.** L'article 25 prévoit que l'état de nécessité ne pourra pas être invoqué si l'État a contribué à la survenance de la crise. L'État ne doit pas être à l'origine de la situation économique. A ce titre, l'Argentine a justifié la violation du traité comme une nécessité dans l'unique but d'affronter la crise économique et préserver les intérêts de l'État. La crise ne serait pas le résultat de ses propres actions mais une crise qui a touché d'autres pays du monde.⁶⁸³ Les arbitres n'ont pas suivi le cheminement de la défense et ont confirmé la décision de l'affaire CMS c. Argentine⁶⁸⁴ par laquelle le tribunal a considéré que l'Argentine avait contribué à la crise économique et observé que des facteurs exogènes avaient également ajouté des difficultés supplémentaires.⁶⁸⁵

- **Le cumul des conditions.** L'Argentine n'a pas recueilli l'ensemble des conditions nécessaires à la recevabilité de l'état de nécessité. Si le tribunal n'a pas insisté sur ce point dans la présente affaire, le cumul des conditions est consacré dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁶⁸⁶.

- **L'effet de l'état de nécessité sur l'indemnisation.** L'article 27 de la CDI relatif à la responsabilité de l'État prévoit que :

⁶⁸¹ *Aguas Argentinas*, § 262.

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ A l'appui de sa défense, l'Argentine cite les différents pays qui ont dû faire face à la violence de la crise économique: l'Indonésie, le Mexique, le Brésil et la Russie : « *it alleges that the crisis did not result from its own actions but from the crises that had previously struck other parts of the world, namely the financial and economic emergencies in Indonesia, Mexico, Brazil, and Russia* ». § 250.

⁶⁸⁴ *Aguas Argentinas*, § 264.

⁶⁸⁵ *CMS*, « *Therefore, the Tribunal observes that government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter* » § 329.

⁶⁸⁶ C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt *Recueil* 1997, §§51-52.

« L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice : a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus ; b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question ».

L'article 27 s'intéresse au caractère temporaire des mesures prises afin de faire face à l'état de nécessité. Lorsque cet état cesse, l'État doit remédier à la situation, auquel cas, il doit réparer le préjudice. A ce titre, l'État échappe à sa responsabilité internationale durant la période de l'état de nécessité, mais il est exigé qu'il indemnise les pertes subies. L'obligation de réparation soulève des questions complexes. Si aucune illicéité n'a été commise, il n'y a aucune réparation exigible⁶⁸⁷ ou alors « *on se situe dans le cadre de la responsabilité pour des activités non interdites par le droit international* » précise le Professeur Charles Leben⁶⁸⁸.

L'approche restrictive de l'état de nécessité. Avant de se prononcer sur sa responsabilité, l'Argentine a demandé aux arbitres de prendre en considération le contexte dans lequel le Gouvernement avait agi⁶⁸⁹. Les agissements de l'État sont liés au contexte et la volonté de sauvegarder le droit d'accès à l'eau. Cependant, certains auteurs ont souligné le caractère injuste de faire peser uniquement sur l'investisseur le poids du respect du droit à l'eau. « *Si un État décide de déléguer la distribution de l'eau, mais n'organise pas dans la réglementation ou les contrats de délégation le droit d'accès à tous à l'eau, est-ce de la responsabilité de l'entreprise délégataire ?*⁶⁹⁰ ». L'accès à l'eau suggère nécessairement la mise à disposition des infrastructures adaptées, le traitement, la distribution de l'eau et l'ensemble de ces services représentent un coût. Si les États pensent faire peser le respect et la protection du droit à l'eau sur les investisseurs, les effets directs seront une fuite massive de ces derniers et l'absence de ressources pourtant nécessaires au développement des besoins humains essentiels⁶⁹¹.

292. Le tribunal arbitral a rappelé l'exigence d'une application exceptionnelle de la nécessité et d'une appréhension prudente⁶⁹². C'est ainsi que l'état de nécessité ne peut être invoqué que dans

⁶⁸⁷ Ch. LEBEN, « L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement », *Gaz. Pal., Cahiers de l'arbitrage*, 2005 n° 349, p. 19.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ *Aguas Argentinas*, § 252 : « *In order to judge whether a treaty provision has been violated, for example the provision on fair and equitable treatment, Argentina argues that this Tribunal must take account of the context in which Argentina acted and that the human right to water informs that context* ».

⁶⁹⁰ S. MANCIAUX, « La marchandisation de l'eau » in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, Acte du colloque des 18 et 19 mai 2009, Dijon, Travaux du Credimi, vol. 33, Paris, LexisNexis Litec, 2010, p. 243.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² *CMS*, « *While the existence of necessity as a ground for precluding wrongfulness under international law is no longer disputed, there is also consensus to the effect that this ground is an exceptional one and has to be addressed in a prudent manner to avoid abuse* ». § 317.

des conditions strictes conformément à l'approche restrictive du droit international⁶⁹³. Le but consistait bien sûr à éviter les abus et une exonération automatique de responsabilité dans des situations économiques complexes. Une approche extensive de l'état de nécessité constaterait un danger susceptible d'affecter la stabilité des investissements et risquerait de devenir l'instrument fétiche à l'usage systématique par certains Etats qui souhaiteraient échapper à leurs obligations internationales⁶⁹⁴. Il est difficile de ne pas imaginer une application quasi-automatique de l'exception sur le fondement d'une cause de sécurité nationale dans les situations où l'État demeure confronté à une grave crise économique. Le degré de gravité de la crise reste difficile à cerner lorsque l'on souhaite caractériser l'état de nécessité. Sur ce point, les parties restent dans l'incertitude⁶⁹⁵.

2°) Le traitement égal de normes inégales

293. Le terme inégal est susceptible de détenir deux sens dans ce développement. Le premier concerne deux normes situées à des niveaux distincts dans une hiérarchie normative ou par l'application de la méthode de résolution des conflits normatifs. Une norme demeure supérieure ou inférieure à l'autre. En principe, dans le domaine du droit à l'alimentation, lorsqu'une norme alimentaire rencontre une autre norme, celle-ci devrait naturellement primer l'autre. Or, ce raisonnement pourrait être erroné. En effet, toutes les normes alimentaires ne relèvent pas nécessairement de besoins vitaux et certaines peuvent revêtir un caractère léger ou un risque alimentaire faible en regard d'une atteinte substantielle à un investissement ou à un risque économique. Par exemple, une atteinte légère à la sécurité alimentaire consisterait en une coupure d'eau temporaire en raison de travaux de quelques heures. En revanche, en présence d'une atteinte grave, telle que la contamination ou le mauvais traitement des eaux privant une partie des habitants d'une ville d'eau potable, on pourrait imaginer que la norme alimentaire soit inébranlable. Or, il n'existe pas de véritables hiérarchies normatives en droit international. Et sous cet angle, le fait de laisser les tribunaux arbitraux décider d'une règle de priorité normative ne demeure pas sans danger. Le deuxième sens que l'on peut donner au terme inégal désigne deux normes qui seraient déséquilibrées malgré un niveau par principe similaire. Dans cette hypothèse, l'une aurait *de facto*

⁶⁹³ CMS, « *The very opening of the Article (25) to the effect that necessity "may not be invoked" unless strict conditions are met, is indicative of this restrictive approach of international law* », § 317.

⁶⁹⁴ CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n° ARB/02/16, 2007. Dans cette affaire, le tribunal a rappelé les dangers d'une approche extensive de l'état de nécessité et conforté la position du tribunal sur l'exception de cette situation qui doit fait l'objet de conditions strictes : « *There is no disagreement either about the fact that a state of necessity is a most exceptional remedy that is subject to very strict conditions because otherwise it would open the door to States to elude compliance with any international obligation* », § 345.

⁶⁹⁵ CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissements, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement*, Nations Unies, New York et Genève, 2009 p. 10.

une force normative plus efficace, de sorte qu'en cas de conflits, l'autre ne parviendrait jamais à primer en raison d'une substance normative faible.

Dans cette affaire, le tribunal arbitral n'ignorait pas les obligations alimentaires de l'Argentine. Il a souligné sa « *situation difficile* » et relevé « *sa responsabilité* » dans la fourniture d'eau potable et de traitement des eaux usées⁶⁹⁶. Dans cette perspective, l'État soutenu par les *amici* a précisé que les obligations relatives au droit de l'eau l'emportaient sur les obligations imposées par le traité bilatéral d'investissement et qu'il était donc fondé à prendre ces mesures au détriment de ses obligations envers les investisseurs⁶⁹⁷. En revanche, le tribunal a considéré qu'il n'y avait aucune base ni dans le traité bilatéral d'investissement ni dans le droit international qui conduisait à cette solution⁶⁹⁸. Notons que lors de l'interprétation de la norme de traitement juste et équitable, le tribunal a déclaré dans une ligne traditionnelle de la jurisprudence arbitrale, qu'il interprétait les traités en vertu des principes acceptés et en particulier de l'article 31 de la Convention de Vienne (1969). Cet article indique que les traités seront interprétés dans leur sens ordinaire conformément aux principes du droit international⁶⁹⁹. Dès lors, le terme n'est pas limité à la norme minimale de traitement contrairement aux prétentions du défendeur⁷⁰⁰. A partir de cette interprétation, rien n'empêche dans cette perspective l'analyse du différend sous le prisme du droit international à l'eau, via l'article 25 de la DUDH et l'article 11 du PIDESC portant sur le droit à une nourriture suffisante. Sur cette base, le droit à l'alimentation pourrait primer une disposition intégrée dans un accord d'investissement relative aux droits des investisseurs.

294. Si l'Argentine demeurait soumise simultanément à ses obligations internationales en matière de droit à l'eau et à ses obligations portant sur l'accord d'investissement international, le tribunal arbitral a estimé qu'elle aurait pu respecter les deux. Cette approche relève de l'interprétation. Par exemple, dans l'affaire LG&E le tribunal a reconnu la nécessité comme moyen de défense justifiant la violation des droits des investisseurs⁷⁰¹. Quoiqu'il en soit, dans *l'affaire Aguas Argentinas*, le tribunal a estimé à partir de cette observation que l'ensemble des obligations, celles découlant du traité bilatéral d'investissement et celles relevant des droits de l'Homme n'étaient pas « *incompatibles, contradictoires ou mutuellement exclusives*⁷⁰² ». Par cette formule, le tribunal

⁶⁹⁶ *Aguas Argentinas*, § 245.

⁶⁹⁷ *Aguas Argentinas*, § 262

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ *Aguas Argentinas*, § 185.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ CIRDI, *LG&E. c. Argentine*, affaire n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006.

⁷⁰² *Aguas Argentinas*, § 262.

arbitral a appréhendé la question des conflits normatifs. C'est assez rare et mérite d'être souligné. Il a précisé qu'aucune des normes ne prévalait l'une sur l'autre. Sous cet angle, l'État devait respecter de manière égale les deux obligations. Le tribunal a donc estimé que les traités relatifs aux droits de l'Homme et ceux relatifs aux investissements internationaux détenaient une valeur égale. Dès lors, le droit à l'eau potable et le droit de propriété des investisseurs apparaissent entrevus sur un pied d'égalité ce qui paraît critiquable. D'une part, le tribunal ne détient aucune compétence décisionnelle destinée à régir les règles de priorités normatives, d'autre part l'article 103 de la Charte des Nations Unies⁷⁰³ dispose que :

En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.

295. Il est vrai que l'article 103 reste sujet à débat. Pour certains, il permet la résolution de conflits entre des normes, comme pourrait le faire *la lex specialis*. Partant, il s'agit d'une règle de conflit qu'il ne faut pas percevoir comme l'hypothèse d'une hiérarchie des normes en droit international⁷⁰⁴. Pour d'autres, l'article 103 impose aux Etats de ne pas signer des traités susceptibles d'être contraires, et les droits de l'Homme, auquel le droit à l'alimentation appartient, sont susceptibles de constituer l'un des socles de la Charte. Dès lors, cette décision du CIRDI⁷⁰⁵ comme d'autres affaires arbitrales impliquant l'Argentine n'a pas fait l'économie de critiques⁷⁰⁶, notamment sur l'incompétence du tribunal arbitral à pouvoir décider à la place de l'État de la façon dont il doit se comporter lorsqu'il souhaite respecter ses obligations internationales en matière de droits humains. Cela interroge également sur l'existence d'une place des droits humains dans le droit international des investissements⁷⁰⁷. Si l'Argentine avait augmenté les tarifs d'eau afférents à la concession, sans avoir les moyens de sa politique sociale, notamment la mise en place de tarifs avantageux dédiés aux plus démunis, elle aurait nécessairement porté atteinte au droit d'accès à l'eau de sa population. L'Argentine semblait donc prise en étau et contrainte de faire un choix : privilégier les droits de l'investisseur ou le droit d'accès à l'eau. L'étude de l'affaire *Agua Argentinas* renseigne sur l'assujettissement des Etats à des obligations contradictoires et fait ressortir le pouvoir de neutralisation du droit international des investissements lorsqu'un État souhaite mettre en œuvre l'accessibilité alimentaire.

⁷⁰³ Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, 1 R.T.N.U. xvi, entrée en vigueur : 24 octobre 1945, art. 103.

⁷⁰⁴ R. KOLB, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, Martinus Nijhoff, 2014.

⁷⁰⁵ Voy. par. ex. E. CADEAU et F. DUHAUTOY, « Le droit à l'eau, soluble dans le droit international de l'investissement? », *revue de droit de l'environnement* n° 216, Octobre 2013, p. 338 ;

⁷⁰⁶ Voy. p. ex R. BACHAND, « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : enjeux pour la gouvernance globale », *RGDIP*, 2010, pp. 316-317 ;

⁷⁰⁷ Voy. sur cette question. B. SIMMA, « Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? », *International and Comparative Law Quarterly*, 60(3), 2011, pp. 573-596.

296. C'est ainsi que lorsque les tribunaux arbitraux d'investissement sont confrontés à un conflit entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement, les arbitres recherchent un équilibre entre l'intérêt privé de l'investisseur et l'intérêt public de l'État. A cet effet, l'usage du principe de proportionnalité est constaté dans certaines affaires. Il convient de s'intéresser à cette technique en vue de mesurer la pertinence de son emploi lors des rencontres entre l'accessibilité alimentaire et les droits des investisseurs.

§2.- L'accessibilité alimentaire à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements

297. Avant d'évaluer la pertinence d'un usage du principe de proportionnalité lors des jonctions entre l'investissement international et l'accessibilité alimentaire, il convient d'identifier le contenu de cette dernière et de préciser les risques alimentaires générés par ces croisements (A). Ensuite, la transposition du principe dans le droit international des investissements sera analysée afin de cerner l'apport de la proportionnalité dans cette relation conflictuelle (B).

A.- Le risque alimentaire lié à l'accessibilité dans le droit international des investissements

298. L'étude des conflits normatifs entre la norme alimentaire liée à l'accessibilité et la norme liée à l'investissement (2°) nécessite au préalable d'identifier le contenu du critère d'accessibilité (1°).

1°) L'identification du critère d'accessibilité

299. Disponibilité et accessibilité. A l'origine, la sécurité alimentaire des populations n'était entrevue que sous le prisme de la disponibilité des denrées alimentaires. A ce titre, la Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition de 1974⁷⁰⁸ précise que la sécurité alimentaire signifie « *(d') assurer en tout temps un approvisionnement mondial adéquat en denrées alimentaires de base* » (...). L'évolution de la notion de sécurité alimentaire a révélé que celle-ci comportait plusieurs composantes et que la garantie de la disponibilité des denrées alimentaires ne conduisait pas automatiquement à la sécurité alimentaire⁷⁰⁹. Sous l'angle quantitatif,

⁷⁰⁸ Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition, adoptée le 16 novembre 1974 par la Conférence mondiale de l'alimentation convoquée par l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 3180 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1973 ; et que l'Assemblée générale a faite sienne dans sa résolution 3348 (XXIX) du 17 décembre 1974. Voy. Manuel FAO, *Le droit à l'alimentation dans le cadre international des droits de l'homme et dans les Constitutions*, 2014, p. 9.

⁷⁰⁹ Manuel FAO, *Le droit à l'alimentation dans le cadre international des droits de l'homme et dans les Constitutions*, 2014, p. 9.

la mise en place d'un système alimentaire stable d'accès à l'alimentation demeure nécessaire si l'on entend parvenir à la sécurité alimentaire et bénéficier d'une alimentation disponible. La FAO désigne l'accessibilité comme le droit de chacun d'accéder :

« Physiquement et économiquement à une nourriture suffisante et adéquate. Cela signifie que les dépenses consacrées à l'acquisition des denrées nécessaires pour assurer un régime alimentaire adéquat sont telles qu'elles n'entravent pas la satisfaction des autres besoins élémentaires ».

En zone rurale, l'accès à l'alimentation suppose une production avec la possibilité de compléter les denrées par des échanges sur le marché tandis qu'en zone urbaine, cet accès est concrétisé dès lors que les populations ont la capacité d'opérer des achats sur le marché alimentaire. Dans tous les cas, cela suppose une « *combinaison entre production, échanges et mécanismes sociaux*⁷¹⁰ ». A cela, doit s'ajouter une protection des États qui ont l'obligation de garantir la sécurité alimentaire conformément aux textes internationaux et nationaux.

Dès lors, la disponibilité demeure la finalité de la sécurité alimentaire et l'accessibilité désigne le moyen pour y parvenir.

300. Droit à une alimentation accessible. L'accessibilité à l'alimentation ne peut s'envisager de la même manière selon les circonstances et les zones géographiques. Quoi qu'il en soit, la disponibilité des denrées alimentaires suppose en amont un droit d'accès physique et économique à l'alimentation. Par exemple, l'ancien Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation des Nations Unies considère que le droit à l'alimentation constitue :

Le droit d'avoir un accès régulier, permanent et non restrictif, soit directement ou au moyen d'achats financiers, à une alimentation quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante correspondant aux traditions culturelles du peuple auquel le consommateur appartient, et qui lui procure une vie physique et mentale, individuelle et collective, épanouissante et exempte de peur⁷¹¹.

Dans le même sens, l'observation générale¹²⁷¹² prévoit que :

Le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer.

⁷¹⁰ M. PADILLA, « La Sécurité Alimentaire des Villes Africaines: Le rôle des SADA », *Programme Approvisionnement et distribution alimentaires des villes, Communication présentée au séminaire sous-régional FAO-ISRA, «Approvisionnement et distribution alimentaires des villes de l'Afrique francophone»,* Dakar, avril 1997, § 3. 1. Les concepts de sécurité alimentaire et leur aptitude à répondre aux défis posés par la croissance urbaine. Disponible en ligne le 17 juin 2018 sur le site de la FAO : <http://www.fao.org/docrep/003/ab788f/ab788f07.htm#bm07.1>

⁷¹¹ O. DE SCHUTTER, *Le droit à l'alimentation en tant que droit de l'homme*, disponible en ligne le 23 mai 2018, <http://www.srfood.org/fr/droit-a-l-alimentation>

⁷¹² Observation générale n°12, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Vingtième session, Point 7 de l'ordre du jour, E/C.12/1999/5, 12 mai 1999 § 6.

301. Le droit d'accès à l'alimentation est également reconnu par le biais de principes généraux. Le droit à une nourriture suffisante, consacré par l'article 25 DUDH⁷¹³ et par l'article 11 du PIDESC⁷¹⁴ implique de respecter le droit d'accès à l'alimentation. En effet, l'accès à l'alimentation reste consacré par les textes internationaux et impose aux États de garantir ce droit à l'échelle physique et économique. Sous le prisme théorique, l'accessibilité ne pose pas de difficultés particulières et apparaît bien encadrée dans le droit international. En revanche, dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissements, les situations alimentaires relatives à l'accessibilité ne sont pas résolues à la lumière du droit de l'alimentation. Au contraire, ces dernières restent appréhendées sur le fondement des outils du droit international des investissements. Partant, les tribunaux arbitraux d'investissement vérifient que l'État s'est bien conformé à ses obligations relatives à l'accord d'investissement international. Au fil du temps, on a assisté à une généralisation des rencontres conflictuelles entre le droit d'accès à l'alimentation et les droits des investisseurs étrangers.

2°) Les différents conflits de la norme alimentaire liée à l'accessibilité et de la norme liée à l'investissement

302. Si le critère d'accessibilité de la sécurité alimentaire est consacré par les textes internationaux, il n'en reste pas moins que sa mise en œuvre dans le droit international des investissements demeure incertaine et dans certaines affaires, insuffisante. C'est du moins ce qu'il ressort de l'étude de cas précédente portant sur l'affaire *Aguas Argentinas*⁷¹⁵. Dès lors, penchons-nous de plus près sur l'Argentine qui constitue un cas d'école dans ce domaine et illustre presque parfaitement les difficultés de la rencontre entre le droit d'accès à la sécurité alimentaire, spécialement le droit d'accès à l'eau et les droits des investisseurs⁷¹⁶. Les affaires se sont démultipliées ces dernières

⁷¹³ DUDH, Art. 25.1: « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires... »

⁷¹⁴ PIDESC, art. 11.1 : « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit à toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence (...). »

⁷¹⁵ CIRDI, *Aguas Argentinas*, *op.cit.*

⁷¹⁶ Sur la question du droit à l'eau et du droit international des investissements, voy. p.ex : P. THIELBÖRGER, « The Human Right to Water versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict? », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 487; S. C. MCCAFFREY, « The Human Right to Water », in E. BROWN WEISS, L. BOISSON DE CHAZOURNES and N. BERNASCONI-OSTERWALDER (Eds.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford UP 2005, pp. 93-115; F. MARRELLA, « On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration », *International Community Law Review* 12, 2010, pp. 335-359; P. MAYER, « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », *L'eau en droit international*, SFDI, colloque d'Orléans, Pedone, 2011, pp. 163-183 ; E. TRUSWELL, « Thirst for profit: Water privatization, investment law and a human right to water » in C. BROWN & K. MILES (eds). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p. 572 ; J.-E. VINUALES, « Access to Water in Foreign Investment Disputes », *Georgetown International*

années, aussi bien dans le secteur de l'eau, mais encore du gaz ou de l'électricité⁷¹⁷. Dans les années quatre-vingt-dix, la gestion de l'eau était organisée par l'État en Argentine. Les prix de l'eau à destination de la population restaient bas, mais la qualité des infrastructures et le manque d'investissements ont conduit à des restructurations, spécialement une vague de privatisations. Pour autant, le contrôle du secteur de l'eau par des investisseurs étrangers demeure souvent perçu comme une menace de la sécurité nationale⁷¹⁸. Comme de nombreux pays, l'Argentine a connu de nouveaux risques liés à ces privatisations dans des secteurs stratégiques⁷¹⁹. En 2001, alors que le pays traverse une crise économique et sociale d'une extrême gravité, l'Argentine prend des mesures d'urgence afin de mettre fin à la crise. La loi argentine du 6 janvier 2002 sur l'urgence économique a conduit à l'abandon de la parité peso-dollar. L'effet fut radical et a entraîné la chute de la monnaie locale. L'investissement fut dévalorisé et les concessions sont devenues peu rentables⁷²⁰.

303. Dans l'affaire *Azurix corp. c. Argentine*⁷²¹, la province de Buenos Aires a attribué une concession sur une durée de trente années à la société américaine *Azurix* concernant l'assainissement et la distribution de services d'eau potable⁷²². Par la suite, l'investisseur a dénoncé le non-respect par l'État de ses engagements, spécialement l'absence de certains travaux alors qu'il était convenu que l'Argentine entreprenne des réparations. L'investisseur a souligné que ce manquement était à l'origine de la prolifération d'algues dans le réservoir provoquant une eau trouble, brumeuse, de mauvais goût accompagné de mauvaises odeurs et conduisant à la multiplication des plaintes de

Environmental Law Review, Vol. 21, No 4, 2009, pp. 733-751 ; H.- L. BRAY, « ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup », 2013 ICSID Review Student Writing Competition, *ICSID Review*, Vol. 29, Issue 2, 1 May 2014, pp. 474-483 ; A. TANZI, « Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector » in T. TREVES, F. SEATZU & S. TREVISANU (eds). *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge, 2014, p. 318 ; A.-M. DAZA-CLARK, *International Investment Law and Water Resources Management, An appraisal of Indirect Expropriation*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, Vol 6, 2017.

⁷¹⁷ Voy. p. ex : CIRDI, *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/03/18 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/8, 2005 ; CIRDI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, aff. n° ARB/07/26 ; CIRDI, *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/03/19 ; CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n° no. ARB/01/12 ; CIRDI, *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/03/17 ; CIRDI, *SAUR International c. Argentine*, affaire n. ARB/04/4.

⁷¹⁸ CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissements*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2009.

⁷¹⁹ Voy. A. BRAÏLOWSKY & A. GILLES, « Les contrats internationaux des services de l'eau, présentation du contrat de concession connu pour la ville de Buenos Aires », in *L'eau en droit international, SFDI, colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 129-147 ; J.E. ALVAREZ & K. KHAMSI, « The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime », 2008/2009 *Y.B. INT'L INV. L. & POL'Y*, 2009, p. 379.

⁷²⁰ Voy. P. MAYER, « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », *L'eau en droit international, SFDI, colloque d'Orléans, Pedone*, 2011, pp. 163 -183.

⁷²¹ CIRDI, *Azurix Corp. c République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/12.

⁷²² Pour une étude approfondie de l'affaire, voy. p. ex. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, vol I, 2004, pp. 849- 861.

consommateurs⁷²³. L'organisme de réglementation de l'eau de la province a demandé à la société américaine de ne plus facturer l'eau et de procéder au versement de sommes en raison du défaut de conformité aux normes de qualité. La société américaine a déposé une Requête d'arbitrage CIRDI à l'encontre de l'Argentine sur le fondement du traité bilatéral d'investissement États-Unis - Argentine. En effet, l'investisseur a estimé que l'Argentine avait violé le traité bilatéral d'investissement en procédant à une expropriation indirecte de son investissement sans compensation, en ne respectant pas ses engagements, ses obligations de traitement juste et équitable et de protection pleine et entière.

304. Il est intéressant d'observer que l'Argentine a soulevé l'incompatibilité des dispositions du traité bilatéral d'investissement avec les traités relatifs aux droits de l'Homme en invoquant « *un conflit*⁷²⁴ ». Cette approche a été soutenue par l'expert Dr. Solomoni's, intervenant dans la procédure d'arbitrage. Il a déclaré qu'un conflit entre un traité bilatéral d'investissement et un traité relatif aux droits de l'Homme devait se résoudre en faveur de ces derniers. Aux yeux de l'expert, « *l'intérêt public des consommateurs doit prévaloir sur l'intérêt privé du prestataire de services*⁷²⁵ ». Mais l'argument n'a pas été décisif et le tribunal arbitral au contraire n'y a pas été sensible en précisant que la fourniture des services d'eau avait continué sans interruption cinq mois après l'avis de résiliation et ensuite par le biais de nouveaux services publics⁷²⁶. Finalement, le tribunal arbitral a décidé d'exclure l'expropriation indirecte mais a retenu les autres revendications et accordé une compensation d'un montant de 165 millions de dollars en faveur de l'investisseur.

305. Dans l'affaire *LG&E c. Argentine*⁷²⁷, l'affaire ne portait pas directement sur le droit à l'eau. Pour autant, en explicitant la situation à laquelle était confronté l'État, le tribunal a révélé des informations capitales sur l'accessibilité alimentaire et sanitaire de la population. Tout d'abord, les arbitres ont précisé que le gouvernement avait déclaré l'urgence sanitaire nationale en vue de garantir à la population l'accès aux biens et services de santé de base⁷²⁸. Le tribunal poursuit en rappelant qu'à cette période, un quart de la population n'avait pas accès au minimum de nourriture nécessaire

⁷²³ *Azurix*, § 124.

⁷²⁴ *Azurix*, § 254 : « *The Respondent also raises the issue of a conflict between the BIT and human rights treaties that protect consumers' rights. According to Argentina's expert, a conflict between a BIT and human rights treaties must be resolved in favor of human rights because the consumers' public interest must prevail over the private interest of service provider. On this point, the Claimant argues that the user's rights were duly protected by the provisions made in the Concession Agreement and the Province fails to prove how said rights were affected by the termination* ».

⁷²⁵ Dr. Solomoni's expert opinion, pp. 27-28, *cit in CIRDI, Azurix Corp. c République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, § 254.

⁷²⁶ *Azurix*, § 261 : « *The Respondent has also raised the issue of the compatibility of the BIT with human rights treaties. The matter has not been fully argued and the Tribunal fails to understand the incompatibility in the specifics of the instant case. The services to consumers continued to be provided without interruption by ABA during five months after the termination notice and through the new provincial utility after the transfer of service* ».

⁷²⁷ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, aff n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006,

⁷²⁸ *LG&E*, § 234.

pour assurer sa subsistance. Dès lors, le niveau de pauvreté, le manque d'accès aux soins de santé et à une nutrition adéquate ont conduit à l'apparition de maladies⁷²⁹. A travers ces termes, le tribunal arbitral reconnaît les difficultés d'accessibilité alimentaire et relève le manque d'accès à une nourriture adéquate. Implicitement, la norme alimentaire prime la norme liée à l'investissement, puisque le tribunal arbitral s'est servi de ces circonstances pour appuyer sa décision de reconnaissance de l'état de nécessité. Pour autant, cette décision est restée isolée et n'a pas été suivie dans son interprétation par la jurisprudence arbitrale.

306. Dans l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie*⁷³⁰ des manifestations violentes contre la privatisation des services d'eau de la ville Cochabamba ont été menées. Les habitants ont invoqué la violation du droit d'accès à l'eau en raison de l'augmentation significative des prix mis en place par la société *Aguas del Tunari* (ADT), filiale bolivienne de la société Bechtel. Cette situation a conduit à l'annulation du contrat de concession par le gouvernement et s'inscrit dans ce qui est connu sous l'appellation de « la guerre de l'eau » en Bolivie. La société ADT a déposé une Requête en arbitrage devant le CIRDI sur le fondement du traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et la Bolivie. Le tribunal arbitral CIRDI a reconnu sa compétence⁷³¹ mais quelque temps plus tard, la société ADT et le gouvernement ont réglé le litige et mis fin à l'arbitrage. Pour autant, si l'affaire n'est pas parvenue jusqu'aux arbitres, son exposé renseigne sur le conflit entre la norme alimentaire liée à l'accessibilité et la norme de protection de l'investissement.

307. Dans l'ensemble de ces affaires⁷³², l'étude des investissements internationaux renseigne sur la menace des droits des investisseurs susceptibles d'entrer directement en contradiction avec le

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ CIRDI, *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, aff. n°ARB/02/3. Sur la question V. p. ex : D. VIS-DUNBAR and L.-E. PETERSON, « Bolivian Water Dispute Settled; Bechtel Forgoes Compensation », *Investment Treaty News*, Jan. 20, 2006; S. SPRONK & C. CRESPO, « Water, Sovereignty and Social: Investment Treaties and the Struggles against Multinational Water Companies in Cochabamba and El Alto, Bolivia », *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, 1, 2008.

⁷³¹ CIRDI, *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, Affaire n° ARB/02/3, Décision sur la compétence, 21 oct 2005.

⁷³² D'autres affaires concernent l'accessibilité alimentaire et la norme de protection de l'investissement. Voy. de manière non exhaustive p. ex : L'affaire *Compania de Aguas del Aconquija c. Argentine* par laquelle la société française Vivendi et sa filiale la société argentine Aguas de Aconquija ont conclu un contrat de concession d'une durée de trente ans portant sur l'assainissement et la distribution d'eau dans la Province de Tucumain. Après de nouvelles élections et le changement de gouvernement de la Province de Tucumain, ce dernier a exprimé son insatisfaction face à la hausse des tarifs et une renégociation du contrat s'en est suivie conduisant à une réduction significative des tarifs portant atteinte à l'investissement de la société française. Après de nouvelles négociations infructueuses, l'investisseur a introduit une Requête d'arbitrage devant le CIRDI ; Aussi, dans l'affaire *Biwater c. Tanzanie*, la société anglaise Biwater a saisi le CIRDI à l'encontre de la République-Unie de Tanzanie concernant un litige sur la gestion du système de distribution d'eau et de traitement des eaux usées de la ville de Dar es Salam. La société a invoqué le traité bilatéral d'investissement conclu entre la République-Unie de Tanzanie et le Royaume-Uni ainsi que la loi tanzanienne de protection des investissements en date de 1997. L'investisseur a invoqué la violation de ses droits par l'Etat, notamment le non-respect de l'expropriation licite, du traitement juste et équitable, de la protection de sécurité pleine et entière, de la prise de mesures déraisonnables ou discriminatoires et de ne pas avoir assuré le libre transfert. Le tribunal a relevé que les

droit à la sécurité alimentaire des populations. Dans cette situation, l'État peut être condamné à un choix entre la satisfaction des droits des investisseurs ou la satisfaction du droit d'accès à la sécurité alimentaire de sa population. Cet état de fait met en lumière des conflits de normes laissés entre les mains des tribunaux arbitraux d'investissement souvent réticents, malgré des évolutions récentes observables, à prendre en compte la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements. Pourtant, s'agissant du droit d'accès à l'eau, en 2018, l'ONU déclarait par exemple que :

2,1 milliards de personnes n'ont pas accès à des services d'eau potable gérés de manière sûre ; 4,5 milliards de personnes manquent de services d'assainissement gérés de manière sûre ; 340 000 enfants de moins de cinq ans meurent chaque année de maladies diarrhéiques ; La pénurie d'eau affecte quatre personnes sur dix ; 80% des eaux usées retournent dans l'écosystème sans être traitées ou réutilisées ; L'agriculture représente 70% du prélèvement d'eau mondial, le secteur agricole est le plus grand consommateur d'eau douce, responsable de pratiquement 70 % des prélèvements d'eau dans le monde⁷³³.

Les chiffres restent accablants, et si les investissements internationaux demeurent une voie d'amélioration de la sécurité alimentaire, ils sont également susceptibles d'aggraver cette situation.

308. En réaction, l'État peut mettre en œuvre des politiques publiques protectrices du droit d'accès à l'eau et à l'alimentation des populations locales qui dans le même temps sont susceptibles de porter atteinte à un investissement. Ce qui ressort demeure l'obligation à la charge de l'État « de payer » s'il souhaite appliquer une mesure de politique alimentaire qui viendrait altérer ou nier le droit de propriété des investisseurs. En effet, l'investisseur lésé entendra faire valoir ses droits devant un tribunal arbitral d'investissement. De fait, les tribunaux arbitraux d'investissement doivent faire face à des litiges d'une nouvelle nature pénétrant la sphère du droit international des investissements et mettant en scène des conflits normatifs, sans obtenir aucune certitude de leur compétence potentielle à incarner le juge de la sécurité alimentaire. Cela reste problématique, en principe, l'arbitre n'est pas un juge de la sécurité alimentaire.

309. Néanmoins, si ce dernier ne devient pas plus réceptif à l'intérêt public alimentaire, les investisseurs étrangers pourraient indirectement détenir le plein pouvoir de menacer ou d'exclure la sécurité alimentaire des populations simplement en contredisant une mesure publique étatique devant un tribunal arbitral. Quoi qu'il en soit, l'hostilité traditionnelle des arbitres à se prononcer sur une

violations du TBI n'avait pas causé de pertes et donc que la Tanzanie ne devait pas verser de dommages-intérêts. Voy. aussi : CIRDI, *Agua Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/03/18 ; CIRDI, *Agua Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/03/17 ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/97/3 ;

⁷³³ ONU. UNICEF, l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), l'UNESCO et la FAO, propos disponible en ligne le 24 juin 2018, <http://www.un.org/fr/sections/issues-depth/water/index.html>

hiérarchie normative reste la plupart du temps observable, ainsi, ces derniers ne puisent pas nécessairement dans les techniques existantes, ils s'adaptent et interprètent selon les besoins au cas par cas.

B.- L'apport du principe de proportionnalité

310. Avant d'envisager le traitement de l'accessibilité alimentaire et des droits des investisseurs sous le prisme de la proportionnalité (2°), il convient de préciser que l'admission du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements n'est pas automatiquement admise. Dès lors, sa transposition dans ce domaine mérite des justifications (1°).

1°) La transposition du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements

311. A première vue, le concept de mise en balance entre le droit de propriété et le droit de l'alimentation revêt un caractère choquant. En effet, le bon sens voudrait que le droit à l'eau et à l'alimentation prime tout autre droit. Toutefois, cette analyse demeure hâtive et pour s'en convaincre, il convient de saisir en profondeur les méandres de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux. En effet, la justification d'une atteinte extrêmement grave aux droits des investisseurs alors que dans le même temps, l'atteinte à la sécurité alimentaire n'apparaît que très légère semble difficilement admissible. Ainsi, l'anéantissement total d'un investissement, sans indemnisation, en vertu d'une atteinte légère au droit à l'eau, par exemple, la coupure de l'alimentation en eau durant deux heures en vue d'effectuer des aménagements sur le secteur n'apparaît pas de toute évidence injustifiable en raison de la disproportion engendrée. Dès lors, l'exemple donné, volontairement exagéré, révèle la nécessité de parvenir à une proportionnalité. Il renseigne sur les risques d'une proclamation aveugle et automatique de la primauté de la sécurité alimentaire sur tout autre droit sans procéder à une analyse et une évaluation approfondie de la situation alimentaire. C'est ce que pourrait permettre la mise en oeuvre du principe de proportionnalité par les juges dans des hypothèses par lesquelles la norme alimentaire entre en contradiction avec la norme liée à l'investissement international.

312. Sous le prisme de l'étude, le principe de proportionnalité est appréhendé en qualité d'instrument de résolution des conflits entre une norme relevant de l'intérêt privé et une norme relevant de l'intérêt public. C'est un instrument de mesure. Dès lors, il demeure une opportunité de résolution des conflits entre la norme alimentaire et celle liée aux investissements internationaux. Pour réussir sa transposition en droit international des investissements, le principe de proportionnalité

doit s'appuyer sur une base juridique. Tout d'abord, il convient de démontrer que le principe de proportionnalité dispose d'une assise dans les droits nationaux, européens et dans le droit international général. Ensuite, rien ne s'oppose à ce que les tribunaux arbitraux d'investissement en fassent l'application. Sa reconnaissance dans l'hypothèse des accords d'investissement internationaux apparaît tout à fait envisageable.

313. Loin d'être récent, le principe de proportionnalité remonterait au code d'Hammurabi⁷³⁴, tandis que des bribes apparaissent observables dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789⁷³⁵. On retrouve également un texte législatif intégré dans le Code de la Prusse de 1794 visant à interdire la restriction par le gouvernement de la liberté individuelle dans la mesure de ce qui est strictement nécessaire à l'intérêt public⁷³⁶. A l'échelle nationale, le principe de proportionnalité se manifeste dans la loi de nombreux Etats et certaines Constitutions⁷³⁷. Pour autant, certains ne sont pas exempts de critiques quant à son application⁷³⁸. De manière générale, on rattache souvent la naissance du principe au droit constitutionnel allemand par la décision de la *German Federal Constitutional Court's*, Pharmacy Judgment, "Apothekenurteil"; BVerfGE 7, 377, (11.06.1958). Mais certains ont relevé que les tribunaux administratifs allemands, à la fin du XIXe siècle avaient d'ores et déjà recouru à l'exigence de nécessité par une limite des *police powers* en imposant que l'ingérence dans la liberté individuelle n'excède pas ce qui soit nécessaire pour atteindre son objectif⁷³⁹. Au niveau national, en droit privé français, le principe de proportionnalité a été

⁷³⁴ Il y a l'idée d'une proportionnalité entre la peine et le délit par l'application de la loi du Talion. Par exemple : 196. « Si un homme a crevé l'œil d'un homme libre, on lui crevera un œil ». Voy. sur ce point. M. COHEN-ELIYA ET I. PORAT, « Proportionality and Constitutional Culture », *CUP*, 2013, p. 24 ; W.-I. MILLER, *Eye for an Eye*, CUP, 2006 ; A. GUILMAIN, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, Vol. 61, num. 1, 2015, p. 102.

⁷³⁵ S'il n'existe pas de principe de proportionnalité dans le droit constitutionnel français, des bribes sont saisissables à travers certaines dispositions. Par exemple, l'article 8 de la DDHC commence par les termes suivants : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ... » mettant en exergue la nécessité. L'article 11 impose une proportionnalité : « (...) tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

⁷³⁶ Sur ce point, voy. p. ex. S. BAGNI, « Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique italien : un cadre général », *Revue générale du droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions 2018, p. 2.

⁷³⁷ R. ALEXI, « Constitutional Rights and Proportionality », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofija prava*, 2014, pp. 51-65 ; D. GRIMM, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », *57 U. TORONTO, L.J.* 383, 2007 ; V. C. JACKSON, « Constitutional Law in the Age of Proportionality », *8 Y.L.J.* 128, 2016. .

⁷³⁸ Voy. p. ex. S. TSAKYRAKIS, « Proportionality : An assault on human rights ? », *7 INT'L J. CONST. L. (I-CON)* 468, 2009 ; N. LACEY and H. PICKARD, « The Chimera of Proportionality, institutionalising limits on punishment in contemporary social and political systems », *The Modern Law Review*, 78 (2), pp. 216-240. Pour une analyse des arguments critiques, voy. K. MÖLLER, « Proportionality : Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, Vol.10, Issue 3, July 2012, pp. 709-731.

⁷³⁹ G. LÜBBE-WOLFF, « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court », *Human Rights Law Journal*, 2014, vol. 34, n°1-5, p. 12.

rattaché à « *une exigence un peu vague d'équilibre raisonnable*⁷⁴⁰ » selon les termes du Doyen Carbonnier tandis qu'en droit public français, certains ont renvoyé le principe de proportionnalité à « *l'exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise*⁷⁴¹ ». En droit européen, la jurisprudence de la CJUE s'est prononcée sur la proportionnalité et a estimé qu'elle « *exige que les moyens mis en œuvre par une disposition du droit communautaire soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation concernée et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre*⁷⁴² ». Dans cette perspective, l'article 5-4 du Traité UE dispose que :

« En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

314. Parallèlement, l'application du principe de proportionnalité par la jurisprudence de la CEDH a clairement inspiré les tribunaux arbitraux d'investissement. C'est dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*⁷⁴³ que la CEDH a reconnu pour la première fois un principe de proportionnalité. Elle a notamment déclaré sur le fondement de l'article 10 (liberté d'expression) « *que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi*⁷⁴⁴ ». Il s'agit notamment pour la Cour d'employer la proportionnalité à la lumière de ce qui est nécessaire dans une société démocratique⁷⁴⁵. L'article premier du Protocole additionnel à la CEDH prévoit aussi une protection du droit de propriété et la mise en scène à ses côtés de la proportionnalité. En effet, il est mentionné que la privation de la propriété ne s'opère que « *pour cause d'utilité publique, et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ». Puis la nécessité intervient en précisant que :

« les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général »

⁷⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Thémis, P.U.F., 25e éd. refondue, 1997, sp. n° 53, cit in D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat » *LPA* 30 sept. 1998, p. 12.

⁷⁴¹ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le Juge et le droit public. Mélanges offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, T.2, p. 298, cit in J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », intervention du vice-président du Conseil d'Etat à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, disponible en ligne sur le site du Conseil d'Etat français.

⁷⁴² CJUE, *Vodafone Ltd e.a.*, aff. C-58/08, 8 juin 2010. A l'origine, en droit européen la proportionnalité se serait tout d'abord introduit en matière de réglementations agricoles en étant désignée comme « un moyen à la fois nécessaire et approprié » in CJCE, *Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide c/ Köster*, aff. 25/70, Rec. 1161, 17 déc. 1970, puis a ensuite été admise par les termes suivants : « *les institutions doivent veiller, dans l'exercice de leurs pouvoirs, à ce que les charges imposées aux opérateurs économiques ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs que l'autorité est tenue de réaliser* » in ⁷⁴² CJCE, *Valsabbia c/ Commission*, aff. jointes 154/78 et autres, Rec. 907, 18 mars 1980, Cit in J. MOLINIER, « Principes généraux-Teneur des principes généraux du droit », *Rép. dr eur*, Mars 2011 (actualisation : Janvier 2019), § 120. L'auteur retrace l'évolution du principe dans la jurisprudence européenne.

⁷⁴³ CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, Requête n°5493/72, 7 décembre 1976.

⁷⁴⁴ CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, op. cit. § 49. De plus, dans son opinion séparée, le juge Mosler a rappelé qu'il n'était pas convaincu que « *les mesures adoptées par les autorités britanniques (...) étaient "nécessaires", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), pour atteindre leur but: la protection de la morale* », p. 27 § 1.

⁷⁴⁵ CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, op. cit., § 49.

315. Le principe demeure bien établi dans le droit européen et dans les droits nationaux par la loi ou parfois les Constitutions. Du côté du droit international⁷⁴⁶, le principe de proportionnalité peut se définir comme un: « *rapport équitable ou raisonnable entre deux termes en fonction de critères choisis. En particulier dans la relation fins/moyens, une conduite doit satisfaire au critère d'une relation raisonnable entre le but envisagé et moyen employé*⁷⁴⁷ ». Reconnu comme « *un principe général du droit*⁷⁴⁸ », au contraire, certains sont hostiles à cette acception⁷⁴⁹. D'autres ne sont d'ailleurs pas exempts de critiques à son égard⁷⁵⁰. Pour autant, des manifestations du principe se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice⁷⁵¹ et dans la jurisprudence de l'OMC⁷⁵². Il a déjà été souligné que c'est par la clause d'exception générale de l'article XX du GATT que le principe apparaît « *jouer un rôle essentiel*⁷⁵³ ». Mais, il reste parfois difficile de faire ressortir

⁷⁴⁶ Voy. de manière non exhaustive sur la proportionnalité et le droit international : T. M. FRANCK, « Proportionality in International Law », *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Issue 2, 2010, pp. 231-242 ; T. COTTIER, R. ECHANDI, R. LEAS-ARCAS, R.G LIECHTI-MCKEE, T. PAYOSOVA, and C. SIEBER-GASSER, « The Principle of Proportionality in International Law », *Trade Regulation Working Paper*, No 2012/38.

⁷⁴⁷ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001. Cette définition est reprise dans la thèse d'A. DE NANTEUIL à l'appui de sa réflexion sur l'atteinte à la propriété proportionnée à l'objectif de la mesure comme atteinte normale à la propriété, in *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, 2014, p. 389.

⁷⁴⁸ Voy. p. ex. T. GAZZINI, « General Principles of Law in the Field of Foreign Investment », *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, No. 1, 2009, p. 103, spec. p. 118 ; T. M. FRANCK, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 4, Oct., 2008, pp. 715-767, spec. p. 715 et p. 718 ; J. MOLINIER, « Principes généraux-Teneur des principes généraux du droit », *Rép. dr eur*, Mars 2011 (actualisation : Janvier 2019), § 122 ; M. ANDENAS et S. ZLEPTING, « Proportionnalité : WTO Law in Comparative Perspective », *Texas ILJ*, 2007, pp. 375-382 ; S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, thèse Paris I, 2010, p. 338.

⁷⁴⁹ A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, CUP, 2012, § 241.

⁷⁵⁰ Voy. p. ex. S. TSAKYRAKIS, « Proportionality: An assault on human rights ? », *7 INT'L J. CONST. L. (I-CON)* 468, 2009 ; N. LACEY and H. PICKARD, « The Chimera of Proportionality, institutionalising limits on punishment in contemporary social and political systems », *The Modern Law Review*, 78 (2), pp. 216-240. Pour une analyse des arguments critiques, voy. K. MÖLLER, « Proportionality: Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, Vol.10, Issue 3, July 2012, pp. 709-731.

⁷⁵¹ CIJ, *Activités militaire et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis*, 27 juin 1986, Rec. p. 94, § 176.

⁷⁵² Voy. p. ex. *Corée - Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS169/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 Dec. 2000, § 159, sur cette affaire et les éléments relatifs à la proportionnalité, voy. G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford UP 2015, p. 71 et s.; J. NEUMANN et E.TUERK, « Necessity revisited: proportionality in World Trade Organization law after Korea beef, EC asbestos and EC sardines », *Journal of World Trade*. Vol. 37, No. 1, 2003.

⁷⁵³ voy. G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford UP, 2015, p. 70 et s. Lorsque les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel se prononce sur certaines des composantes de la proportionnalité, il se fonde sur l'Article XX du GATT relatifs aux exceptions générales : « *Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures a) nécessaires à la protection de la moralité publique; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent; d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur; e) se*

un principe de proportionnalité tel qu'il existe par exemple dans la jurisprudence européenne. A ce titre, il a été souligné qu'il ne peut être déduit « *un principe général du droit international* » par lequel « *une atteinte au droit rendue nécessaire par l'intérêt supérieur d'un État peut être licite si elle est proportionnalité au but recherché*⁷⁵⁴ ». En revanche, on retrouve un principe général dans d'autres pans comme « *l'illicite en droit international* »⁷⁵⁵. On peut aussi envisager comme le Professeur Bücheler, un rattachement au droit international général comme justification d'une transposition en droit international des investissements sur le fondement de l'article 38 (1)c du Statut de la CIJ qui renvoie aux principes généraux du droit et pourrait constituer une base juridique. Il est mentionné que :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
 - a les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
 - b la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
 - c les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; (...)

316. Tout d'abord, l'auteur a rappelé que dans l'hypothèse d'un contrat régi par le droit interne, le droit international n'a pas de conséquence sur le fond du litige⁷⁵⁶. Dès lors, le tribunal arbitral appliquera le principe de proportionnalité en vertu du droit national applicable. Mais ce qui nous intéresse sont les litiges portant sur le droit international⁷⁵⁷. Dans le cadre du CIRDI, il est possible de se référer à l'article 42 de la Convention :

- (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend -y compris les règles relatives aux conflits de lois -ainsi que les principes de droit international en la matière.
- (2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.
- (3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.

Partant, si les parties ne se sont pas accordées sur le droit applicable, il a déjà été dit que le droit international pourrait détenir un sens similaire à celui de l'article 38 1.(c) du Statut de la CIJ et que ces règles peuvent aussi s'appliquer si les parties sont convenues du droit applicable⁷⁵⁸. Très souvent les tribunaux retirent leur compétence d'un traité bilatéral d'investissement mentionnant que le

rapportant aux articles fabriqués dans les prisons; (...) g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales (...).

⁷⁵⁴ A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, 2014, p. 397.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 397.

⁷⁵⁶ G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2015, spec. pp. 29-34.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ Voy. Le premier projet de convention du CIRDI : History of the Convention, Vol. I (1970) at 192) in G. BÜCHELER, « Proportionality in Investor-State Arbitration », *Oxford UP*, 2015, p. 30.

tribunal arbitral appliquera les dispositions du traité et les règles applicables du « droit international⁷⁵⁹».

317. Le principe de proportionnalité bénéficie d'une assise solide dans les droits nationaux, ce qui tend plutôt vers sa reconnaissance comme un principe général du droit. Néanmoins, cette approche comme nous l'avons indiqué reste contrastée. A l'échelle européenne, le principe est consacré et le droit international des investissements s'est largement inspiré de la jurisprudence de la CEDH pour son application. En droit international général, le principe est connu et a fait l'objet d'application jurisprudentielle. Aussi, il est envisageable de rattacher le principe à l'article 38 (1) c du Statut de la CIJ. Dans cette perspective, rien ne s'oppose à ce que les tribunaux arbitraux d'investissement appliquent le principe de proportionnalité. Sa reconnaissance dans l'hypothèse des accords d'investissement internationaux apparaît donc tout à fait envisageable.

318. L'application du principe de proportionnalité par les tribunaux arbitraux d'investissement. Si son application demeure isolée, la transposition du principe de proportionnalité dans *l'affaire Tecmed c. Mexique*⁷⁶⁰ à la sphère des investissements internationaux n'a pas laissé indifférent. Dans cette affaire, l'investisseur détenait une décharge pour des déchets dangereux et avait obtenu le permis nécessaire à l'exploitation de son activité auprès de l'agence nationale chargée de la protection environnementale. Pendant ce temps, de nombreuses manifestations ont vu le jour, la population locale a notamment dénoncé la responsabilité de la société en matière environnementale. Quelques années plus tard, l'agence nationale a refusé de renouveler le permis en invoquant différents manquements contractuels de l'investisseur, et les dommages environnementaux générés par l'activité de l'entreprise. En vue de déterminer si le défaut de renouvellement était constitutif d'une expropriation indirecte, le tribunal arbitral d'investissement saisi par l'investisseur a fondé son raisonnement sur la proportionnalité telle qu'exercée dans la jurisprudence de la CEDH. Alors que l'investisseur invoquait une violation de son droit de propriété, l'État mexicain mettait en avant la légitimité de la mesure prise en vertu de son pouvoir de réglementation environnementale et sanitaire. Dans cette hypothèse, l'État était tenu de respecter ses engagements en vertu de l'accord d'investissement international et ses obligations environnementales. Le tribunal arbitral a considéré que :

There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not. On the basis of a number of legal and practical factors, it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that

⁷⁵⁹ G. BÜCHELER, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁶⁰ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, aff. n° ARB (AF)/00/2, 29 mai 2003.

affect it, partly because the investors are not entitled to exercise political rights reserved to the nationals of the State, such as voting for the authorities that will issue the decisions that affect such investors.

319. Partant, le tribunal arbitral a employé le critère de l'effet de la mesure et utilisé le principe de proportionnalité comme « *un substitut à l'appréciation directe de la légitimité du but poursuivi par l'État*⁷⁶¹ ». Dès lors, l'examen intervient en complément. Les arbitres ont procédé au test de proportionnalité en veillant à bien se référer à la jurisprudence de la CEDH afin d'étayer leur raisonnement⁷⁶². Dans cette perspective, le but n'était pas de vérifier, du moins de manière directe, si la norme environnementale ou la norme de protection de l'investissement devait primer, mais bien de déterminer par appui au test de proportionnalité l'existence d'une expropriation indirecte. Pour autant, l'analyse de la situation sous l'angle des normes conflictuelles par l'usage de la proportionnalité conduit à une solution de priorité normative.

320. C'est ainsi que l'intégration de la proportionnalité dans l'arbitrage d'investissement s'est concrétisée pour la première fois. Il convient dès lors d'analyser celle-ci en regard des critères attachés à la sécurité alimentaire (accessibilité, répartition équitable, durabilité et critère culturel). C'est la raison pour laquelle nous reviendrons sur la jurisprudence *Tecmed* lors de l'analyse du critère de durabilité. Pour l'heure, penchons-nous sur l'accessibilité alimentaire et les droits des investisseurs à la lumière de la proportionnalité.

2°) Le traitement de l'accessibilité alimentaire et des droits des investisseurs par la proportionnalité

321. Nous avons démontré précédemment que la transposition du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements demeurerait tout à fait envisageable. Il convient donc de commencer par décrypter l'apport de cette technique dans la relation entre l'accessibilité alimentaire et les investissements internationaux. Notons à nouveau que sous l'angle de cette étude, la proportionnalité désigne un instrument d'évaluation juridique destinée à peser des intérêts en vue de la résolution de conflits normatifs⁷⁶³. Elle a pour but de mettre en balance des intérêts et de déterminer

⁷⁶¹ S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, thèse Paris 1, 2010, p. 342.

⁷⁶² Voy. p.ex. CEDH, *James et autres*, 21 février 1986, 50, pp.19-20 ; CEDH, *Matos e Silva, Lda., et autres c. Portugal*, 16 septembre 1996, 92, p.19 ; CEDH, *Mellacher et autres c. Autriche*, 19 décembre 1989, 48, p. 24 ; CEDH, *Pressos Companiia Naviera et autres, c. Belgique*, 20 novembre 1995, 38, p.19.

⁷⁶³ Voy. aussi la définition proposée par K. MÖLLER : « *Proportionality is a doctrinal tool for the resolution of conflicts between a right and a competing right or interest, at the core of which is the balancing stage which requires the right to be balanced against the competing right or interest* », voy. « *Proportionality: Challenging the critics* », *International Journal of Constitutional Law*, Vol.10, Issue 3, July 2012, p. 710.

la légitimité d'une mesure prise par rapport à un but recherché. Il existe au moins une affaire où les tribunaux arbitraux se sont prononcés sur la proportionnalité dans l'hypothèse de l'accessibilité alimentaire. En effet, si dans l'affaire *Azurix c. Argentine*⁷⁶⁴, le tribunal y fait référence, pour autant, l'approche par la proportionnalité reste encore marginale dans la jurisprudence arbitrale alors qu'elle constitue un outil de mise en balance des intérêts intéressant. Nous avons déjà précisé que l'affaire *Azurix* traite d'un différend portant sur les droits des investisseurs et l'accessibilité de la population à l'eau, l'État ayant été pris en tenaille entre ses obligations alimentaires et ses obligations relatives à l'investissement. Dans cette affaire, le tribunal rappelait que⁷⁶⁵ :

The argument made by the S.D. Myers tribunal is somehow contradictory. According to it, the BIT would require that investments not be expropriated except for a public purpose and that there be compensation if such expropriation takes place and, at the same time, regulatory measures that may be tantamount to expropriation would not give rise to a claim for compensation if taken for a public purpose. The public purpose criterion as an additional criterion to the effect of the measures under consideration needs to be complemented. The parties have referred in their exchanges to findings of the tribunal in *Tecmed*. That tribunal sought guidance in the case law of the European Court of Human Rights, in particular, in the case of *James and Others*. The Court held that "a measure depriving a person of his property [must] pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim 'in the public interest'", and bear "a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized". This proportionality will not be found if the person concerned bears "an individual and excessive burden". The Court considered that such "a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto." The Court found relevant that non-nationals "will generally have played no part in the election or designation of its [of the measure] authors nor have been consulted on its adoption", and observed that "there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals."

322. Le tribunal n'a pas entrevu le principe de proportionnalité comme un instrument de mesure de priorité normative, mais plutôt comme « un guide utile⁷⁶⁶ » en vue de déterminer si des mesures réglementaires pouvaient être caractérisées d'expropriation. Le même paragraphe servira d'appui dans l'affaire *Occidental c. Equateur*⁷⁶⁷ au principe de proportionnalité. En effet, le tribunal arbitral a déclaré que « le traitement juste et équitable a été interprété à plusieurs reprises comme une obligation de proportionnalité⁷⁶⁸ » en citant l'affaire *Azurix c. Argentine*⁷⁶⁹ aux côtés des affaires *Tecmed c. Mexique*⁷⁷⁰, *MTD Equity c. Chili*⁷⁷¹ et *LG&E c. Argentine*⁷⁷². Dans l'ensemble de ces

⁷⁶⁴ CIRDI, *Azurix Corp. c. République d'Argentine*, affaire n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, § 124.

⁷⁶⁵ *Azurix*, § 311.

⁷⁶⁶ *Azurix*, *op. cit.* § 312.

⁷⁶⁷ CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, aff. n°. ARB/06/11, 5 octobre 2012.

⁷⁶⁸ CIRDI, *Occidental Petroleum c. Equateur*, *op. cit.*, § 404.

⁷⁶⁹ CIRDI, *Azurix c. Argentine*, *op. cit.* § 311.

⁷⁷⁰ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, affaire n° ARB (AF)/00/2, 29 mai 2003, § 122: « There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure ».

⁷⁷¹ CIRDI, *MTD Equity SDN.BHD. et autres c. Chili*, aff. n° ARB/01/7, 25 Mai 2004, § 109 : « As defined by Judge Schwebel, "fair and equitable treatment" is "a broad and widely-accepted standard encompassing such fundamental standards as good faith, due process, non-discrimination, and proportionality ».

⁷⁷² CIRDI, *LG&E Energy Corp. c. Argentine*, affaire n°o. ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, § 195.

affaires, le principe de proportionnalité a été intégré avec plus ou moins d'intensité, allant de l'orientation jusqu'au véritable test de nécessité. Dans l'affaire *LG&E*, par laquelle notons-le à nouveau, le tribunal arbitral s'est servi de l'accessibilité alimentaire (manque d'accès à une nourriture adéquate) en vue de justifier la mise en œuvre de l'état de nécessité⁷⁷³, il a été considéré que « *le pouvoir de réglementation de l'État ne donnait lieu à aucune responsabilité sauf si l'action de l'État était manifestement disproportionnée*⁷⁷⁴ ». Voici une autre manifestation du principe de proportionnalité dans l'hypothèse de l'accessibilité alimentaire.

323. Rappelons que l'auteur Kai Möller a mis en lumière les conditions de validité de la proportionnalité en explicitant le sens de ces dernières⁷⁷⁵ et qu'elles sont tout à fait applicables à une mise en balance entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement : 1°) la mesure étatique doit poursuivre un but légitime ; 2°) la mesure doit être adaptée. Dans cette perspective, « *il doit exister un lien rationnel entre la politique et la réalisation de l'objectif ; en d'autres termes, la loi doit être un moyen approprié d'atteindre l'objectif au moins dans une faible mesure*⁷⁷⁶ » ; 3°) la mesure doit être nécessaire, partant, il ne doit pas exister d'autres moyens, moins restrictifs et donc plus appropriés d'atteindre l'objectif poursuivi ; 4°) la mesure doit être proportionnée. C'est la mise en balance. Lorsqu'un conflit normatif est observé, il va s'agir de choisir laquelle des normes a la priorité normative dans le silence des textes. Il faut préciser que le critère restrictif, qui fonde l'approche stricte de la nécessité, est sujet à débat et n'est pas forcément exigé pour certains dans le test de proportionnalité de la CEDH. Au contraire, la jurisprudence a parfois appréhendé la nécessité avec flexibilité en confirmant l'idée selon laquelle le critère restrictif est susceptible d'être pris en compte mais ne doit pas constituer un élément déterminant⁷⁷⁷.

324. C'est ainsi que les conflits liés à l'accessibilité alimentaire et à la norme de protection de l'investissement pourraient être traités sous le prisme du principe de proportionnalité. Pour autant, des difficultés apparaissent et seront illustrées par le deuxième critère quantitatif de la sécurité alimentaire : la répartition équitable.

⁷⁷³ *LG&E*, § 234.

⁷⁷⁴ *LG&E*, § 195.

⁷⁷⁵ K. MÖLLER, « Proportionality: Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, Vol.10, Issue 3, July 2012, p. pp. 711-716.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 711.

⁷⁷⁷ CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 51, voy. S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.*, p. 351.

Section 2.- La répartition équitable dans le droit international des investissements

325. Dans ce développement, il s'agira de révéler l'existence du critère de répartition équitable et de mettre en lumière son application sous le prisme des conflits de normes dans le droit international des investissements (§1). Ensuite, les critiques du principe de proportionnalité sous l'angle de la répartition équitable seront appréhendés en vue d'en apprécier son admissibilité en qualité d'instruments de résolution des conflits entre la norme de répartition alimentaire équitable et la norme liée à l'investissement (§2)

§1.-La mise en oeuvre du critère de répartition équitable dans le droit international des investissements: *l'affaire Bernhard von Pezold c. Zimbabwe*⁷⁷⁸.

326. La violation du droit de propriété par l'Etat du Zimbabwe s'inscrit dans la réalisation des réformes agraires entreprises par l'Etat et la volonté de redistribuer les terres accaparées des décennies plus tôt (A). Si l'objectif demeure louable, les agissements de l'Etat, la tendance à l'instrumentalisation de la sécurité alimentaire, la justification automatique de la violation des droits des investisseurs au nom du droit d'accès à la terre et le défaut d'appréhension du risque alimentaire ont conduit à l'affirmation des droits des investisseurs au détriment des droits alimentaires (B).

A.- La violation des droits des investisseurs par l'État en vertu du droit d'accès à la terre

327. Dans l'affaire *l'affaire Bernhard von Pezold c. Zimbabwe*, l'affirmation des droits de propriété des investisseurs par le tribunal arbitral a conduit dans le même temps à négliger la sécurité alimentaire de la population en raison d'une réforme agraire qui certes avait été mal appliquée, mais restait pourtant nécessaire. Avant de se pencher sur les violations invoquées par le droit des investisseurs, il convient d'appréhender auparavant la situation et le contexte dans lequel s'est opéré l'investissement.

328. Requête d'arbitrage. Le 11 juin 2010, les époux von Pezold et leurs enfants (« les demanderesses ») ont déposé une Requête d'arbitrage auprès du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (« CIRDI ») à l'encontre du l'Etat du Zimbabwe. Les demanderesses possédaient trois propriété agricoles aux Zimbabwe nommées « the Forrester Estate », « the Border Estate » and « the Makandi Estate » (« les propriétés). La mise en œuvre par l'Etat hôte d'une réforme agraire a conduit les investisseurs étrangers à se faire exproprier sans indemnisation. Les demanderesses ont invoqué une violation du traité bilatéral d'investissement

⁷⁷⁸ CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, affaire n°. ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015.

conclu entre l'Allemagne et le Zimbabwe ainsi que la violation du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Suisse et le Zimbabwe.

329. Contexte politique et économique de l'Etat du Zimbabwe. L'échec des politiques publiques dans le secteur agricole accentue l'insécurité alimentaire et révèle les risques d'une multiplication non maîtrisée des investissements agricoles à grande échelle. L'affaire *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe* renseigne sur les conséquences de l'accapement de terre sous l'ère coloniale et les tentatives de rééquilibrage relatives aux principes d'acquisitions des terres agricoles. Le fiasco de la réforme agraire a conduit le pays dans une crise économique et sociale grave dont l'insécurité alimentaire est sortie renforcée⁷⁷⁹. Le contexte historique et politique sensible du Zimbabwe est au centre de la présente affaire⁷⁸⁰. Lors de la période de colonisation, les terres en Rhodésie ont été divisées en zone et redistribuées aux fermiers blancs. Les populations autochtones furent forcées de partir⁷⁸¹. La répartition inéquitable des terres agricoles a été codifiée par le *Land Apportionment Act, (1930)* et permis la préservation des espaces par les propriétaires blancs⁷⁸². La démographie croissante du pays entre les années 1930 et 1970⁷⁸³ a soulevé de nouvelles questions. Alors que les fermiers blancs s'étaient réparti les terres les plus fertiles, les populations noires n'ont eu droit qu'aux terres du Sud et Sud-Ouest du pays connues pour les sécheresses⁷⁸⁴. Les zones densément peuplées par rapport à la production des sols accentuèrent l'insécurité alimentaire. La déclaration unilatérale d'indépendance le 11 novembre 1965 a engendré un conflit houleux entre la colonie et la Grande-Bretagne⁷⁸⁵. Les accords de « *Lancaster House Agreement* » du 21 décembre 1979 ont établi un projet de constitution pour le futur Etat et mis en place une stratégie de redistribution des terres agricoles. Malgré un plan de réforme agraire mis en œuvre à partir des années 1980, les occupations illégales n'ont pas cessé et s'intensifièrent dans les années 2000. Lors des dix premières années de l'indépendance, le gouvernement a mis sur pied une politique nommée « *willing buyer – willing*

⁷⁷⁹ En 2008, plus de 4,2 millions de personnes souffraient de malnutrition et dépendaient de l'aide alimentaire internationale. Voy. D. COMPAGNON, « Zimbabwe : de la « réforme agraire » à l'insécurité alimentaire », *Hérodote* 2008/4 (n° 131), p. 119.

⁷⁸⁰ La littérature est abondante sur l'Histoire politique et économique du Zimbabwe. D. COMPAGNON, « Zimbabwe : de la « réforme agraire » à l'insécurité alimentaire », *Hérodote* 2008/4 (n° 131), pp. 118-136; D. COMPAGNON, « La prétendue « réforme agraire » au Zimbabwe. A qui profite le crime ? », *Études* 3/2003 (Tome 398), pp. 297-307; D. COMPAGNON, « Zimbabwe : l'alternance ou le chaos », *Politique africaine* 1/2001 (N° 81), pp. 7-25 ; C. CADOUX, Naissance d'une nation : le Zimbabwe, *AFDI*, Vol 26, n°1, 1980, pp. 9-29 ; S. MOYO, « Land and Natural Resource Redistribution in Zimbabwe: Access, Equity and Conflict », *African and Asian Studies, Volume 4, Issue 1-2*, pp. 187-224; H.-S. DASHWOOD, « Zimbabwe: The Political Economy of Transformation », *University of Toronto Press, 2000*.

⁷⁸¹ *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe, op.cit.*, § 118.

⁷⁸² Voy. D. COMPAGNON, « Zimbabwe : de la « réforme agraire » à l'insécurité alimentaire », *Hérodote* 2008/4 (n° 131), p. 123.

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ V. C. CADOUX, « Naissance d'une nation : le Zimbabwe », *AFDI*, Vol 26, n°1, 1980, pp. 9-29.

seller». Cette politique visait le rachat de 8.3 millions d'hectares de terres agricoles afin d'y réinstaller 162 000 familles⁷⁸⁶. Le processus fut long et n'a pas conduit aux attentes espérées. L'esprit était de donner des terres aux paysans sans terres.

330. La création de la Commission constitutionnelle a laissé transparaître l'idée d'un rééquilibre des politiques foncières⁷⁸⁷. En 2000, un nouveau projet de Constitution fut soumis à un référendum par lequel le gouvernement envisageait de procéder à des expropriations de terres sans compensation⁷⁸⁸. Après le rejet du projet de Constitution⁷⁸⁹, de multiples expropriations de fermes agricoles commerciales détenues par des propriétaires blancs ont eu lieu. En 2003, 7 millions de terres appartenant à des propriétaires blancs avaient été transférées à des fermiers noirs⁷⁹⁰. Environ 20 % des Zimbabwéens ont apporté leur soutien à la politique de confiscation des fermes détenues par des propriétaires blancs⁷⁹¹. Pourtant, les populations pauvres embauchées dans des fermes commerciales ont été profondément touchées par les politiques de confiscation. Certains restèrent dans les fermes malgré des salaires plus faibles et une situation instable⁷⁹². Dans la présente affaire, les territoires de la Rhodésie saisis aux populations autochtones, contrôlés et redistribués aux propriétaires blancs lors de la période coloniale ont été saisis. L'accaparement des terres entre les mains de quelques propriétaires est caractérisé et a eu des effets négatifs sur les communautés locales. La crise profonde après la période de décolonisation faisait de la question agricole un enjeu majeur qui aujourd'hui encore, conditionne et marque ardemment la politique du Zimbabwe. Cette situation a conduit le gouvernement à se lancer dans ce qu'il convient de nommer « une réappropriation des terres accaparées » des décennies plus tôt. Si le contexte s'avère tout à fait différent, le phénomène d'accaparement des terres n'est pas nouveau. Dès lors, un parallèle peut être fait avec des investissements internationaux contemporains dont certains prennent la nature d'un accaparement de terres. Le constat de la concentration des ressources entre les mains de quelques acteurs privés est saisissant. C'est ainsi que face aux 2,6 milliards de paysans et agriculteurs de la terre, cent entreprises détiendraient 74% des achats de denrées de base⁷⁹³.

⁷⁸⁶ Bernhard von Petzold c. Zimbabwe, *op.cit.*, § 97.

⁷⁸⁷ A. NANCY S. WILBERT, « Zimbabwe : la « soif de terres » aux origines du mouvement des anciens combattants », *Critique internationale* 2/2006 (n° 31), p. 136.

⁷⁸⁸ CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, affaire n°ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015 § 36 et Décision sur la compétence n°2, 26 juin 2012, § 106.

⁷⁸⁹ CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, *op. cit.*, § 106.

⁷⁹⁰ A. NANCY et S. WILBERT, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁹¹ D. COMPAGNON, « Zimbabwe : l'alternance ou le chaos », *Politique africaine* 1/2001 (N° 81), p. 10.

⁷⁹² D. COMPAGNON, « Zimbabwe : de la « réforme agraire » à l'insécurité alimentaire », *op. cit.*, p. 134.

⁷⁹³ Voy. F. PARÉ, Agronome, M. A. Coordonnateur de la Coalition pour la Souveraineté Alimentaire (Canada), Sécurité alimentaire et commerce international, Communication dans le cadre des rencontres internationales du programme Lascaux « Nourrir le monde : la parole aux citoyens », Nantes, 13 novembre 2012, disponible en ligne <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01081650/document>. Dans cette communication l'agronome Frédéric PARÉ mentionne les préconisations de l'agronome Marcel Mazoyer. Frédéric Paré, rappelait dans une communication que les quatre plus grandes entreprises

331. Ceci étant précisé, il convient de se pencher sur la position du tribunal arbitral. Dans cette affaire, les arbitres ont admis la violation du traitement juste et équitable (1°) et l'expropriation par l'État de son investissement (2°).

1°) L'admission de la violation du traitement juste et équitable par le tribunal arbitral

332. Les demanderesses ont fait prévaloir la violation du traitement juste et équitable en vertu des articles 2(1)⁷⁹⁴ du traité bilatéral d'investissement Zimbabwe-Allemagne et de l'article 4(1)⁷⁹⁵ du traité bilatéral d'investissement Zimbabwe-suisse⁷⁹⁶. Les investisseurs ont soulevé l'obligation pour l'Etat de les protéger « *du risque politique* » et de garantir leurs « *attentes légitimes*⁷⁹⁷ ». Il s'agissait ainsi de faire l'objet « *d'un traitement juste, cohérent, transparent, impartial, non arbitraire et non discriminatoire*⁷⁹⁸ ». Au contraire, il a été mis en avant l'invasion par des anciens combattants sur leurs terres, l'absence « *d'intérêt public* » caractérisant l'expropriation et le non-paiement d'une indemnisation⁷⁹⁹. L'Etat du Zimbabwe a contesté la violation du traitement juste et équitable. Lors de la réalisation de leur investissement, les demanderesses ont accepté le risque élevé lié à la situation politique et économique du pays. Dans le même temps, l'Etat a dénoncé le mode d'organisation économique des sociétés *Von Pezold* conçu dans l'unique but d'enrichissement personnel⁸⁰⁰ à la différence des mesures prises par le gouvernement. L'Etat du Zimbabwe a désigné l'investissement des demanderesses par des termes tels que « *soigneusement organisé* » et « *nébuleux*⁸⁰¹ ». L'ensemble des investissements et des attentes des demanderesses reposaient selon l'Etat sur le modèle

de transformation contrôlaient 66% des achats de denrées de base au Québec. Union des producteurs agricoles, voy. « Établissement d'une politique québécoise de la transformation alimentaire ». Mémoire présenté au ministre du MAPAQ, septembre 2001, p. 5, in F. PARÉ, Agronome, M. A. Coordonnateur de la Coalition pour la Souveraineté Alimentaire (Canada), Sécurité alimentaire et commerce international, Communication dans le cadre des rencontres internationales du programme Lascaux « Nourrir le monde : la parole aux citoyens », Nantes, 13 novembre 2012, disponible en ligne <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01081650/document>.

⁷⁹⁴ Article 2. Promotion et Protection des investissements, Accord entre la République du Zimbabwe et la République Fédérale d'Allemagne concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 29 Septembre 1995, and entré en vigueur le 14 Avril 2000 : « (1) *Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by nationals or companies of the other Contracting Party and admit such investments into its territory in accordance with its laws. It shall in any case accord such investments fair and equitable treatment. (...)* » .

⁷⁹⁵ Article 4. Protection et traitement, Accord entre la Confédération suisse et la République du Zimbabwe concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, conclu le 15 août 1996 et entré en vigueur par échange de notes le 9 février 2001 : « (1) *Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party. (...)* » .

⁷⁹⁶ *Bernhard von Petzold, op.cit.*, § 522.

⁷⁹⁷ *Bernhard von Petzold*, § 523.

⁷⁹⁸ *Bernhard von Petzold*, § 525.

⁷⁹⁹ *Bernhard von Petzold*, §523.

⁸⁰⁰ *Bernhard von Petzold*, § 536.

⁸⁰¹ *Ibid.*

d'organisation économique de la Rhodésie qui convenait aux années 1950⁸⁰². Dès lors, les mesures prises dans l'intérêt général de la population ne devaient pas être assimilées à un traitement injuste et moins favorable. Le tribunal n'a pas suivi l'argumentation de l'Etat du Zimbabwe et a conclu que les demandereses avaient fait l'objet d'une violation du traitement juste et équitable⁸⁰³.

333. La violation de la clause de « non - impairment ». Cette clause doit être rattachée au principe du traitement juste et équitable. Les demandereses ont invoqué la clause de « *non-impairment* » sur le fondement des articles 2(2)⁸⁰⁴ du traité Zimbabwe-Allemagne et 4(1)⁸⁰⁵ du traité Zimbabwe-Suisse. Le mécanisme impose à l'Etat hôte de ne pas prendre de mesures déraisonnables et discriminatoires à l'égard des investisseurs étrangers⁸⁰⁶. Les demandereses ont dénoncé la conduite de l'Etat du Zimbabwe à l'encontre des propriétaires de terres agricoles et fait valoir la violation de leurs droits en vertu de ce standard. Les mesures relatives à la réforme agraire ont dévalué leurs investissements, notamment par le transfert de titre de propriété d'une majorité de leurs terres. La jouissance des terres fut perturbée par l'invasion des anciens combattants, le harcèlement du personnel et la destruction des infrastructures. L'Etat du Zimbabwe a rappelé que la réforme agraire et la modification des principes de l'acquisition des terres étaient « *inévitables* » pour des raisons d'utilité publique⁸⁰⁷. Le tribunal a estimé que les mesures entreprises par le gouvernement avaient donné lieu à une violation de la clause.

2°) L'admission de l'expropriation par le tribunal arbitral d'investissement

334. Les mesures prises par l'Etat du Zimbabwe . Le 16 juillet 2000, le gouvernement a mis en place le « *Fast Track Land Reform Programme*⁸⁰⁸ », (« FTLRP »). Afin de procéder à une amélioration des principes d'acquisition des terres, la constitution fut modifiée à plusieurs reprises.

⁸⁰² *Bernhard von Petzold, op. cit.*, § 537.

⁸⁰³ *Bernhard von Petzold*, §188.

⁸⁰⁴ Article 2. Promotion et Protection des investissements. Accord entre la République du Zimbabwe et la République Fédérale d'Allemagne concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 29 Septembre 1995, and entré en vigueur le 14 Avril 2000 : « (2) *Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable, arbitrary or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, or disposal of investment in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party* ».

⁸⁰⁵ Article 4 Protection et traitement, Accord entre la Confédération suisse et la République du Zimbabwe concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, conclu le 15 août 1996 et entré en vigueur par échange de notes le 9 février 2001 : « (1) *Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party. (...)* ».

⁸⁰⁶ Voy. N. SCHRIJVER, V. PRISLAN, *Netherlands BIT, Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, Chester Brown, 2013, p. 563.

⁸⁰⁷ *Bernhard von Petzold*, § 190.

⁸⁰⁸ *Bernhard von Petzold*, § 107.

C'est ainsi que l'article 16A fut promulgué pour appuyer la réforme agraire et légitimer les expropriations entreprises par le gouvernement⁸⁰⁹. Le processus de réforme agraire a commencé sur la base du volontariat entre vendeurs et acheteurs puis s'est transformé en expropriation avec compensation. En 2005, la Constitution fut à nouveau modifiée⁸¹⁰ et des expropriations sans compensation ont été appliquées. Mais déjà à partir de 2000, les propriétés principalement de fermiers blancs ont été envahies et occupées. C'est la réforme agraire qui a conduit au changement de régime de compensation. Le gouvernement pouvait se soustraire à son versement, sauf dans les cas d'une amélioration sur les terres agricoles. L'Etat a procédé à l'expropriation d'une grande partie des terres agricoles des demanderessees sur le fondement des nouvelles dispositions normatives⁸¹¹ en pénalisant les investisseurs de ne pas avoir quitté les terres. De plus, leur propriété avait été bien avant occupée (22% des terres). En 2005, la modification de la Constitution a permis au Zimbabwe d'acquérir les droits de propriété, les demanderessees ont continué à occuper le terrain. C'est ainsi que la modification constitutionnelle a engendré une privation pour les investisseurs du droit à un recours effectif afin de contester l'acquisition de leurs terres. En 2013, une nouvelle Constitution fut adoptée. Les principes relatifs à l'indemnisation des terres agricoles ont à nouveau été modifiés⁸¹². Cette fois-

⁸⁰⁹ Bernhard von Pezold, *op. cit.*, § 107 : Section- 16A Agricultural land acquired for resettlement- Constitution Zimbabwe :« (1) In regard to the compulsory acquisition of agricultural land for the resettlement of people in accordance with a programme of land reform, the following factors shall be regarded as of ultimate and overriding importance ;(a) under colonial domination the people of Zimbabwe were unjustifiably dispossessed of their land and other resources without compensation; (b) the people consequently took up arms in order to regain their land and political sovereignty, and this ultimately resulted in the Independence of Zimbabwe in 1980; (c) the people of Zimbabwe must be enabled to reassert their rights and regain ownership of their land; and accordingly : (i) the former colonial power has an obligation to pay compensation for agricultural land compulsorily acquired for resettlement, through an adequate fund established for the purpose; and (ii) if the former colonial power fails to pay compensation through such a fund, the Government of Zimbabwe has no obligation to pay compensation for agricultural land compulsorily acquired for resettlement ».

⁸¹⁰ La modification de la Constitution a conduit à la promulgation de l'article 16 B, Voy. Bernhard von Pezold, § 116 : Section 16B Agricultural land acquired for resettlement and other purposes (1) (...)« (a) all agricultural land - (i) that was identified on or before the 8th July, 2005, in the Gazette or Gazette Extraordinary under section 5(1) of the Land Acquisition Act [Chapter 20:10], and which is itemised in Schedule 7, being agricultural land required for resettlement purposes; or (ii) that is identified after the 8th July, 2005, but before the appointed day, in the Gazette or Gazette Extraordinary under section 5(1) of the Land Acquisition Act [Chapter 20:10], being agricultural land required for resettlement purposes; or (iii) that is identified in terms of this section by the acquiring authority after the appointed day in the Gazette or Gazette Extraordinary for whatever purpose, including, but not limited to -- A. settlement for agricultural or other purposes; or B. the purposes of land reorganisation, forestry, environmental conservation or the utilisation of wild life or other natural resources; or C. the relocation of persons dispossessed in consequence of the utilisation of land for a purpose referred to in subparagraph A or B; is acquired by and vested in the State with full title therein with effect from the appointed day or, in the case of land referred to in subparagraph (iii), with effect from the date it is identified in the manner specified in that paragraph; and (b) no compensation shall be payable for land referred to in paragraph (a) except for any improvements effected on such land before it was acquired ».

⁸¹¹ Bernhard von Pezold, § 157.« In summary, as a result of the 2005 Constitutional Amendment, all ten of the Forrester Properties (see Table 1 of the Claimants' Memorial), 21 of the 28 Border Properties, two of which contain a sawmill (see Table 6 of the Claimants' Memorial corrected by the Claimants in their Reply) and six of the nine Makandi Properties (see Table 10 of the Claimants' Reply) were acquired by the Respondent. These properties are collectively referred to by the Tribunal as the "Zimbabwean Properties" ».

⁸¹² Bernhard von Pezold, § 162 : « Chapter 16.8 of the draft Constitution. Compensation for acquisition of previously-acquired agricultural land : (1) Any indigenous Zimbabwean whose agricultural land was acquired by the State before the effective date is entitled to compensation from the State for the land and any improvements that were on the land when it was acquired ;(2) Any persons whose agricultural land was acquired by the State before the effective date and whose

ci le gouvernement prévoyait l'indemnisation intégrale des terres agricoles saisies des «*zimbabwéens autochtones*⁸¹³ ». Dans le même temps, la Constitution de 2013 a réaffirmé que les investisseurs étrangers avaient le droit à une indemnisation intégrale en vertu des traités bilatéraux d'investissements⁸¹⁴.

335. Le non-respect du principe de non-discrimination. Le traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Etat du Zimbabwe et la Suisse prévoit explicitement la non-discrimination des investisseurs étrangers. Or, il apparaît clairement que les propriétaires ont été ciblés en raison de leur couleur de peau et du passé colonial de l'Etat hôte. L'expropriation revêt un caractère discriminatoire dans la présente affaire. Même si la majorité des terres agricoles expropriées visaient des propriétaires blancs, des fermiers noirs ont aussi été expropriés. A ce titre, le tribunal a constaté qu'en vertu de la nouvelle Constitution, les propriétaires zimbabwéens noirs devaient recevoir une indemnisation contrairement aux propriétaires zimbabwéens blancs⁸¹⁵.

336. L'absence de redistribution des terres par l'Etat aux populations défavorisées. Après l'examen des arguments de l'Etat du Zimbabwe, le tribunal n'a pas retenu le caractère « d'intérêt public » de l'expropriation. Les arbitres ont d'ailleurs constaté qu'après l'acquisition des terres agricoles par le gouvernement, les populations, notamment les plus défavorisées, n'avaient pas bénéficié de la jouissance des terres qui pourtant devaient être redistribuées⁸¹⁶. En revanche, la répartition des terres semblait avoir des motivations et des intérêts politiques⁸¹⁷.

337. L'expropriation sans indemnisation. Les demanderesse ont invoqué la violation des articles 4(2) du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Zimbabwe et l'Allemagne et l'article 6(1) du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Zimbabwe et la Suisse relatifs à l'expropriation. Les investisseurs ont fait valoir l'expropriation illicite de leurs terres. Dans la présente affaire, les demanderesse ont déclaré qu'une expropriation était illicite « *sauf lorsqu'elle était réalisée à des fins d'intérêt général, non discriminatoire, avec une indemnisation rapide,*

property rights at that time were guaranteed or protected by an agreement concluded by the Government of Zimbabwe with the government of another country, is entitled to compensation from the State for the land and any improvements in accordance with that agreement ; (3) Any person, other than a person referred to in subsection (1) or (2), whose agricultural land was acquired by the State before the effective date is entitled to compensation from the State only for improvements that were on the land when it was acquired ».

⁸¹³ Bernhard von Petzold, § 160.

⁸¹⁴ Bernhard von Petzold, § 162.

⁸¹⁵ Bernhard von Petzold, § 501.

⁸¹⁶ Bernhard von Petzold, § 502.

⁸¹⁷ Bernhard von Petzold, § 502.

*adéquate et effective*⁸¹⁸ ». Si les investisseurs sont convenus de la licéité d'une expropriation pour des raisons d'utilité publique, en revanche, il a été rappelé qu'elle ne faisait pas disparaître l'obligation du versement d'une indemnité. Le fait qu'une partie des terres agricoles soit restée « *sous le contrôle ou la possession* » des demanderesses ne signifiait pas que les propriétés n'avaient pas été expropriées⁸¹⁹. Le tribunal a estimé que le transfert de titre caractérisait l'expropriation. En réponse aux allégations des investisseurs étrangers, l'Etat du Zimbabwe opposa d'une part, la légalité des expropriations, et d'autre part, l'absence d'expropriation réelle puisque les demanderesses étaient restées sur les terres agricoles. Le tribunal a considéré que l'intégralité des dispositions précisées par les TBI devait être respectée. Partant, afin que la procédure soit régulière, et même si l'expropriation a lieu pour des raisons d'utilité publique, l'indemnisation était obligatoire. Le traité suisse impose en plus comme critère que l'expropriation ne soit pas réalisée sur des bases discriminatoires⁸²⁰. Dans cette affaire, il apparaît clairement aux yeux des arbitres qu'aucune indemnité n'avait été payée, partant, l'expropriation ne remplissait pas les critères justifiant sa légitimité. C'est ainsi, que les arbitres ont rejeté l'argumentation de l'Etat du Zimbabwe qui considérait que l'utilisation continue des terres agricoles par les investisseurs pouvait être assimilée à une compensation.

338. La restitution des terres. Le tribunal a admis que les terres avaient été illégalement expropriées à compter du 14 Septembre 2005⁸²¹. Cette date correspond à la modification de la Constitution de 2005. Il a ordonné la restitution des terres agricoles expropriées.

339. C'est ainsi que le tribunal arbitral a reconnu la violation du traitement juste et équitable, du droit à une expropriation licite mais aussi de la cause de sécurité pleine et entière qui ne sera pas développée en ce qu'elle n'apporte pas d'éléments supplémentaires intéressants notre objet d'étude⁸²².

⁸¹⁸ *Bernhard von Petzold*, § 470.

⁸¹⁹ *Bernhard von Petzold*, § 494.

⁸²⁰ *Bernhard von Petzold*, § 496.

⁸²¹ *Bernhard von Petzold*, § 521.

⁸²² Les demanderesses ont dénoncé la violation des dispositions de l'accord d'investisseur relatif à la sécurité pleine et entière. Les investisseurs ont exposé l'échec du gouvernement et l'insuffisance des mesures gouvernementales pour assurer la protection de leurs investissements : l'absence d'intervention des autorités pour arrêter les invasions des anciens combattants sur les terres agricoles, la production de lettres incitant à envahir les terres, les déclarations publiques ne condamnant pas les invasions, conduisant au harcèlement des propriétaires et à la violence. Pour sa défense, l'Etat a soutenu qu'en aucun cas, les invasions n'avaient été dirigées par le gouvernement mais représentaient une multiplication d'actes spontanés, si bien que les autorités furent dépassées par la teneur des événements. Par ailleurs, le gouvernement aurait réagi notamment par la mise en place d'instruments juridiques visant à l'accession des terres agricoles pour une meilleure redistribution. Le tribunal a caractérisé la violation de la clause de sécurité pleine et entière par l'Etat du Zimbabwe et a relevé l'incapacité du gouvernement à pouvoir protéger les propriétaires des occupations illégales. L'absence de réponse des autorités aux violences et aux harcèlements a sans doute renforcé la position du tribunal pour conclure à la violation des droits des investisseurs.

B-. La primauté de la norme de protection de l'investissement sur la norme alimentaire

340. La prévalence de la norme liée à l'investissement sur la norme alimentaire est mise en lumière lors du refus de l'état de nécessité par le tribunal arbitral (1°). Elle peut aussi s'expliquer par l'application des règles du droit international des investissements à la situations alimentaire (2°).

1°) L'exclusion de l'état de nécessité par le tribunal arbitral d'investissement

341. Pour sa défense, le Zimbabwe a mis en œuvre l'état de nécessité et fait valoir que les mesures entreprises par le gouvernement faisaient suite à une situation d'état d'urgence entre le 16 février 2000 et le 16 mars 2013. Selon l'Etat hôte, cette crise représentait une menace pour l'Etat et s'avérait « inéluctable⁸²³ ». De plus, le Zimbabwe a rappelé que les invasions des anciens combattants sur les terres des propriétaires blancs n'avaient pas été orchestrées par le gouvernement. L'article 25 de la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies relatif à la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite a donc été invoqué⁸²⁴.

342. Le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent. L'Etat a déclaré que « *l'intérêt essentiel doit se déterminer en regard des conditions dans lesquelles il se trouve* », autrement dit les soulèvements entrepris par des zimbabwéens étaient constitutifs « *d'un danger grave et imminent* » pour l'Etat, qui contrevenait à sa « *sa survie politique et économique*⁸²⁵ ». Au soutien de sa défense, l'Etat a rappelé l'affaire *LG&E c. Argentine*⁸²⁶ et invité le tribunal à se fonder sur cette affaire pour déclarer les dommages subis durant l'état de nécessité à la charge des investisseurs étrangers⁸²⁷. D'après l'Etat, la situation économique et sociale du Zimbabwe demeurait pire que celle exposée dans l'affaire *LG&E* en Argentine, où l'état de nécessité avait été caractérisé par le tribunal⁸²⁸. Les demanderesses ont réfuté l'argumentation de l'Etat hôte. Si les investisseurs ont reconnu l'article 25 de la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations

⁸²³ *Bernhard von Petzold*, § 611.

⁸²⁴ Rappelons la résolution 56/83 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies sur la codification du droit de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, 12 déc. 2001, doc. A/56/53, art 25 : « 1) *L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. 2) En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité : a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou b) Si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation* ». Les termes de l'article ne reprennent pas de manière positive la définition de l'état de nécessité mais envisagent de façon négative les situations dans lesquelles l'état de nécessité ne peut pas être invoqué.

⁸²⁵ *Bernhard von Petzold*, *op.cit.*, § 614.

⁸²⁶ *LG&E*, *op. cit.*

⁸²⁷ *Bernhard von Petzold*, §615.

⁸²⁸ *Ibid.*

Unies, ils ont estimé que les dispositions normatives étaient inapplicables en l'espèce. Aucune menace réelle aux intérêts essentiels de l'Etat ne pouvait être démontrée. L'argumentation du Zimbabwe fondée sur la situation d'état d'urgence qui aurait conduit celui-ci à « *ne pas avoir d'autres choix que de continuer d'accélérer la réforme agraire et l'expropriation des terres agricoles sans indemnisation n'était pas convaincante*⁸²⁹ » pour les arbitres. C'est ainsi que le tribunal a conclu que les conditions afin d'actionner l'état de nécessité n'étaient pas réunies.

2°) Le traitement de la situation alimentaire par la norme de protection de l'investissement

343. Il est constaté à travers l'analyse de cette affaire que la situation alimentaire du Zimbabwe a été entrevue par l'entremise des règles relatives au droit international des investisseurs. Dans cette hypothèse, la situation alimentaire n'apparaît pas véritablement saisie dans son ensemble et reste donc susceptible d'échapper au tribunal arbitral d'investissement. En effet, tout comme le risque économique s'avère entrevu par le biais des droits des investisseurs, le risque alimentaire devrait être appréhendé par le biais des droits alimentaires. Or la sphère des investissements semble plutôt hermétique à la réception de telles normes. Partant, la situation d'insécurité alimentaire reste analysée sur le fondement des outils prévus en vertu des droits des investisseurs. Toutefois, la présente affaire révèle des éléments importants quant aux risques alimentaires liés à la répartition équitable portant sur les conséquences de la confiscation des terres sous l'ère coloniale et l'échec des tentatives de rééquilibre entreprises par le Zimbabwe. Elle a le mérite de dévoiler deux phases de l'accaparement des terres, l'une sous l'ère coloniale, assimilée à une confiscation légale, pourtant, l'accaparement des terres en Rhodésie par les fermiers blancs a conduit à la privation des droits et des terres ancestrales des peuples autochtones. La seconde forme d'accaparement correspond à l'investissement par des étrangers dans des terres à bas coût au détriment des communautés locales. Si depuis des décennies, le Zimbabwe essaie de mettre en œuvre une réforme agraire en vue de redistribuer des terres accaparées, les pratiques douteuses et la tendance à discriminer les investisseurs en raison de la couleur de peau ou de leur nationalité, décrédibilise toutes actions faites en faveur d'une justice redistributive. Il n'en reste pas moins que la concentration de terres agricoles entre les mains de quelques investisseurs a des effets négatifs pour les Etats et les populations locales. Les échecs de la réforme agraire ont aggravé l'état de l'insécurité alimentaire et seize années plus tard, le pays peine à se relever. Alors qu'environ 1,5 million de personnes, c'est-à-dire 16% de la population souffraient

⁸²⁹ *Bernhard von Petzold*, § 668.

d'insécurité alimentaire chronique en 2015⁸³⁰, moins d'un quart des zimbabwéens âgés de 6 mois à 2 ans n'avaient toujours pas accès à une alimentation adéquate et suffisamment acceptable⁸³¹.

344. Le modèle sur lequel se fondent les investissements directs étrangers dans le secteur agricole ne peut être équitable que si le niveau d'accès et de disponibilité à l'alimentation est garanti. Cela suppose un niveau égal de répartition des denrées alimentaires, qui pourrait être encadré notamment par la mise en place de seuils d'investissement agricole à ne pas dépasser dans certains pays, notamment ceux sujets aux famines ou à des situations récurrentes d'insécurité alimentaire. Dans le cas contraire, sans régulation, l'investissement (négatif) ou l'accaparement de terre conduit à renforcer l'insécurité alimentaire des populations défavorisées.

§2.- La répartition équitable à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements

345. Après avoir révélé l'existence d'un risque alimentaire lié à la répartition équitable dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissement, il s'agit désormais de se pencher sur son identification dans les textes internationaux et sur l'aggravation de ce risque en raison de l'opération d'investissement (A). Puis, la répartition équitable servira d'appui à l'analyse critique du principe de proportionnalité en vue de mieux démontrer, malgré certaines mises en garde, son potentiel d'admissibilité dans la résolution des conflits entre la norme alimentaire liée à la répartition équitable et la norme de l'investissement international (B).

A.- Le risque alimentaire lié à la responsabilité équitable dans le droit international des investissements

346. L'appréhension de la répartition équitable par l'opération d'investissement (2°) nécessite au préalable d'identifier le contenu du critère de répartition équitable (1°).

1°) L'identification du critère de répartition équitable

347. Disponibilité et répartition inéquitable. Le critère de disponibilité de la sécurité alimentaire ne se résout pas par la production de denrées alimentaires en quantité suffisante. L'Etat

⁸³⁰ Données du PAM sur le Zimbabwe, Programme alimentaire mondial, Nations unies, publié le 27 août 2015, disponible en ligne.

⁸³¹ *Ibid.*

peut détenir une production satisfaisante, et voir souffrir une partie de sa population de la faim⁸³².

L'alimentation doit être disponible ce qui signifie :

(qu)« elle doit pouvoir être obtenue soit directement de la terre ou d'autres ressources naturelles, soit auprès de systèmes de distribution adéquats⁸³³ ».

Dans ce sens, la disponibilité alimentaire renvoie :

« à la disponibilité d'aliments en quantité suffisante et d'une qualité appropriée, dont l'approvisionnement est assuré par la production nationale ou les importations⁸³⁴ ».

Une répartition équitable de l'alimentation passe par une répartition équitable des ressources afin de parvenir à la disponibilité des aliments. Autrement dit, la question de la répartition est indissociable de l'accessibilité. Le Professeur Alain Pellet a dit que « *jamais, plus qu'au XX^e siècle, les hommes n'ont manifesté plus d'habileté à maîtriser les techniques, à plier la nature à leurs lois, à s'approprier les richesses du globe. Jamais non plus, le fruit de ces richesses n'a été plus inégalement réparti*⁸³⁵ ».

Il est désormais communément admis que la production d'aliments en quantité suffisante ne permet pas de réduire la faim dans le monde⁸³⁶. C'est donc que la disponibilité des aliments ne dépend pas seulement d'une production efficace mais plutôt d'une répartition équitable et d'un accès effectif aux aliments⁸³⁷, à l'eau et à la terre.

348. Fondements du critère de répartition équitable. Le critère de responsabilité équitable n'est pas nommé en tant que tel. En revanche, on retrouve des manifestations de ce principe dans différents textes internationaux. A ce titre, l'article 11, paragraphe 2, du PIDESC⁸³⁸ prévoit que :

« 2. Les Etats parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim, adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets:a) Pour améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d'éducation nutritionnelle et par le développement ou la réforme des régimes agraires, de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles;b) Pour assurer une

⁸³² C. NIVARD, « Le droit à l'alimentation », *La Revue des droits de l'homme*, 2012, p. 245.

⁸³³ C. GOLAY et M. ÖZDEN, *Le droit à l'alimentation. Un droit humain fondamental stipulé par l'ONU et reconnu par des traités régionaux et de nombreuses constitutions nationales*, Programme Droit Humains du Centre Europe - Tiers Monde (CETIM), p. 7.

⁸³⁴ Convention sur la réalisation de la sécurité alimentaire et sur la préservation de la biodiversité agricole III. Définitions Article 4 – Définitions, 7°, F. COLLART DUTILLEUL, « Proposition pour la reconnaissance internationale d'une "exception alimentaire" sur le modèle de l'exception culturelle », *Penser une démocratie alimentaire* (vol. I), Inida , 2013, p. 13.

⁸³⁵ A. PELLET, *Le droit international du développement*, P.U.F., 2^e éd, 1987, p. 3.

⁸³⁶ A.K. SEN, *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*, OUP, 1981; J. ZIEGLER, *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris Fayard, 2002.

⁸³⁷ O. DE SCHUTTER, *Combattre la faim par le biais du droit à l'alimentation. Progrès réalisés au niveau national en Afrique, en Amérique latine et en Asie du Sud*, Note d'information 1, Mai 2010 ; M. TELLER, « Sécurité alimentaire et responsabilité sociale des entreprises », *RIDE*, 4/2012 (t. XXVI), p. 67.

⁸³⁸ Art. 12 § 2. PIDESC adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires » (nous soulignons).

Dans la même perspective, l'article 1.1 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁸³⁹ dispose que :

1.1 Les objectifs du présent Traité sont la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, pour une agriculture durable et pour la sécurité alimentaire.

(...)

349. De son côté, la Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition prévoit que c'est aux États que revient la responsabilité de la répartition équitable des ressources des produits vivriers⁸⁴⁰ :

C'est aux gouvernements qu'il incombe fondamentalement collaborer en vue d'accroître la production alimentaire et de parvenir à une répartition plus équitable et plus efficace des produits vivriers entre les divers pays et au sein de ceux-ci (...). Afin de garantir une nutrition adéquate pour tous, les gouvernements devraient formuler des politiques alimentaires et nutritionnelles appropriées et les intégrer dans les plans globaux de développement socio-économique et agricole sur la base de connaissances suffisantes sur les ressources alimentaires disponibles et potentielles (...) (nous soulignons).

La Déclaration ajoute qu'il revient à chaque État d'éliminer les obstacles à la production alimentaire et de mettre en œuvre des mesures de transformation socio-économique relevant de la fiscalité, de l'investissement ou encore des réformes agraires⁸⁴¹. Le droit à une répartition des ressources comprend également le droit à une distribution équitable. Ce droit est consacré dans certains droits nationaux. Par exemple, la Constitution de la République du Nicaragua prévoit à l'article 63 que⁸⁴² :
Les Nicaraguayens ont le droit d'être protégés contre la faim. L'Etat doit promouvoir des programmes pour assurer la disponibilité adéquate d'aliments et leur distribution équitable.

Ceci étant précisé, il convient de se pencher sur les risques alimentaires générés par les atteintes au critère de répartition équitable.

⁸³⁹ Article 1er - Objectifs du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, adopté le 3 novembre 2001 par la 31^e Conférence de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), et entré en vigueur France le 29 juin 2004.

⁸⁴⁰ Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition, adoptée le 16 novembre 1974 par la Conférence mondiale de l'alimentation convoquée par l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 3180 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1973; et que l'Assemblée générale a faite sienne dans sa résolution 3348 (XXIX) du 17 décembre 1974, § 2.

⁸⁴¹ Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition, adoptée le 16 novembre 1974 par la Conférence mondiale de l'alimentation convoquée par l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 3180 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1973; et que l'Assemblée générale a faite sienne dans sa résolution 3348 (XXIX) du 17 décembre 1974, § 4.

⁸⁴² Manuel FAO, *Le droit à l'alimentation dans le cadre international des droits de l'homme et dans les Constitutions*, 2014, p. 11.

2°) L'aggravation de la répartition inéquitable par l'opération d'investissement

350. Le Plan d'action du Sommet mondial de l'alimentation, en 1996, précisait qu'on pouvait « *assurer des disponibilités alimentaires suffisantes pour tous* ». Pourtant, plus de 821 millions de personnes souffraient de la faim et de malnutrition dans le monde en 2017. Bien que le constat soit alarmant, le droit à l'alimentation continue de faire l'objet de violations permanentes. La répartition inéquitable de l'alimentation est reflétée en pratique par divers processus dits « nouveaux », tels que l'investissement agricole à grande échelle, aussi connu sous le nom péjoratif de « l'accaparement des terres⁸⁴³ ». Les investisseurs privés et publics investissent dans des terres agricoles à grande échelle à bas coût. Ce phénomène conduit parfois à des inégalités et à une privation d'accès à la terre, aux ressources et à l'alimentation pour les populations locales. Si les Etats, encouragés par les institutions internationales, adhèrent majoritairement à ce type d'opérations, l'investissement direct étranger peut conduire à léser les intérêts des populations locales, notamment par la privation d'un accès aux terres et à la répartition équitable des ressources, pourtant nécessaires à la garantie la sécurité alimentaire.

351. La définition de l'accaparement est plurielle. Les modèles d'investissement agricoles s'avèrent multiples et diversifiés. Il en existe autant qu'il y a d'investisseurs. Pour certains, l'accaparement des terres désigne :

« le processus d'acquisition à grande échelle de terres agricoles sans consultation préalable de la population locale et sans son consentement⁸⁴⁴ ». Ce phénomène est également défini comme « la prise de contrôle d'un territoire (par achat, location, occupation,...), qu'elle soit légale ou non, qui entraîne des incidences négatives sur les communautés locales ou les usagers originaux du terrain⁸⁴⁵ ». Pour d'autres, l'accaparement repose sur « l'acquisition d'un droit foncier (que ce soit un droit de propriété, via l'achat de terre, ou un droit d'usage, via la signature d'un bail emphytéotique de longue durée) aux dépens des populations qui travaillent traditionnellement cette terre et vivent des ressources qu'elles y trouvent et qu'elles y produisent. Accaparer une terre, c'est donc mettre en péril le droit à l'alimentation des populations paysannes les plus vulnérables dont les droits fonciers sont peu sécurisés⁸⁴⁶ ».

Les terres faisant l'objet d'un investissement ou d'un accaparement⁸⁴⁷ ont en commun d'être situées sur de vastes étendues, sont productives et à un prix dérisoire. De manière générale, nous retenons

⁸⁴³ *Infra.* § 486 et s.

⁸⁴⁴ K. NURM, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « L'accaparement des terres : une sonnette d'alarme pour l'Europe et une menace imminente pour l'agriculture familiale », (avis d'initiative)NAT/632 – EESC-2014-00926-00-00-AC-TRA (EN) 4/16, Bruxelles, 21 janvier 2015, p. 4.

⁸⁴⁵ CCFD-Terre Solidaire, *Investissements et accaparement des terres et des ressources : prévenir les violations des droits humains*, Rapport juin 2012, p.7.

⁸⁴⁶ Définition proposée par Alimentterre, disponible en ligne : <http://www.alimenterre.org/ressource/deux-minutes-ressentir-laccaparement-terres>.

⁸⁴⁷ *Infra.* § 486 et s.

que l'accaparement des terres constitue la prise de contrôle à grande échelle de terres par l'acquisition d'un droit foncier en procédant à un usage négatif des ressources aux dépens de l'environnement et des populations locales.

352. Le droit à la sécurité alimentaire bien qu'étant un droit individuel fondamental demeure aussi un droit qui vise directement des groupes et catégories de personnes considérées comme plus vulnérables et touchées par l'insécurité alimentaire comme les femmes, les enfants, ou encore les prisonniers. Toutefois, ce sont souvent les Etats qui revendiquent directement le principe de sécurité alimentaire. Les principes du droit international prévoient que les Etats ont l'obligation de respecter, protéger et mettre en application ce droit⁸⁴⁸. Dans ce sens, l'application du droit est à entrevoir de la même façon que les stratégies étatiques visant à assurer l'indépendance alimentaire de chaque Etat. L'acquisition et la location de terres ont pour but de garantir la sécurité alimentaire de certains pays sur du long terme. C'est la raison pour laquelle les Etats se lancent également dans des stratégies de développement et d'acquisitions foncières à l'étranger. Ces politiques étatiques visent à stabiliser les denrées alimentaires de base mais dans le même temps privent d'autres populations de leur droit fondamental à l'alimentation. Par exemple, en 2008, certains Etats importateurs de riz ont saturé le marché en bloquant les exportations, par peur de manquer pour leur propre population, entraînant une spéculation à la hausse sur le marché du riz. Par cela, la confiance des Etats entre eux a été brisée, et a permis de saisir que la sécurité alimentaire ne pouvait pas être assurée en période de crise sur la base du marché. Partant, dans cette hypothèse, à travers l'investissement étranger, c'est la sécurité alimentaire d'un autre pays qui prime sur l'autre.

353. Prévisions d'une augmentation des conflits. On a assisté ces dernières années à l'émergence de litiges portant sur la terre et la répartition équitable sans que ce critère soit nommé, dans le droit international des investissements⁸⁴⁹. Ce phénomène pourrait s'accroître. En effet, l'Agenda 21, Chapitre 14 portant sur la promotion d'un développement agricole et rural durable précise :

14.1 : qu'en l'an 2025, 83 % de la population mondiale qui, selon les prévisions, atteindra 8,5 milliards d'habitants, vivront dans les pays en développement. Or, l'incertitude demeure quant à la capacité des ressources et des techniques disponibles de satisfaire les besoins de cette population croissante en denrées alimentaires et autres produits agricoles. L'agriculture devra relever ces défis, principalement en augmentant

⁸⁴⁸ D. ROSENBERG, « Le droit à la sécurité alimentaire : réponses et non réponses du droit international » in F. COLLART DUTILLEUL, *Penser une démocratie alimentaire*, (vol. I), Inida, 2013, p. 399.

⁸⁴⁹ CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et autres c. Zimbabwe*, aff. ARB/05/6, CIRDI, *Vestey Group Ltd c. Venezuela*, aff. n°ARB/06/4 ; CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, aff. n°ARB/10/15 ; CIRDI, *Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation c. Roumanie*, aff. n° ARB/10/13.

la production sur les terres déjà exploitées et en évitant d'empiéter encore sur des terres qui ne sont que marginalement aptes à la culture.

(...)

14.3 La priorité doit être accordée au maintien et à l'amélioration de la capacité des terres agricoles à fort potentiel de subvenir aux besoins d'une population croissante. Toutefois, pour maintenir des ratios terre/hommes viables, il sera également nécessaire de conserver et de restaurer les ressources naturelles des terres à faible potentiel. Les principaux instruments d'un développement agricole et rural durable sont la politique générale et la réforme agraire, la participation, la diversification des revenus, la conservation des terres et la gestion améliorée des intrants. Le succès d'un développement agricole et rural durable dépendra largement de l'appui et de la participation des populations rurales, des pouvoirs publics et du secteur privé ainsi que de la coopération internationale, y compris aux niveaux technique et scientifique (nous soulignons).

354. En regard de ces prévisions, la course aux ressources pourrait générer une forme de « yoyo », entre d'un côté, la volonté d'investir dans des terres arables à bas coût, et d'un autre côté la multiplication de réformes agraires parfois dans le respect des droits des investisseurs et d'autres fois au mépris de ceux-ci. Dès lors, la norme alimentaire liée à la répartition équitable entrera de manière plus régulière en conflit avec la norme de protection des investissements et il sera nécessaire que les arbitres entrevoient aussi nettement le risque alimentaire que le risque économique.

355. Il est important de détecter ce risque alimentaire qui est susceptible de répondre aux exigences de nécessité. En effet, rappelons par exemple qu'en 2015, 16% de la population du Zimbabwe souffrait d'insécurité alimentaire chronique⁸⁵⁰. Et c'est notamment en vue de pallier cette situation alimentaire que le gouvernement a entrepris une réforme agraire en faisant primer la sécurité alimentaire sur les droits de propriété des investisseurs. Il est important de souligner que la compensation demeure le préalable nécessaire à la licéité de l'expropriation. Pour autant, au Zimbabwe, le gouvernement a rappelé qu'il n'avait pas les moyens d'indemniser l'ensemble des propriétaires. Dans cette situation, il aurait fallu renoncer à la réforme agraire afin de s'assurer du respect des droits des investisseurs. Le fait de « payer » en vue de mettre en œuvre une politique publique pose des difficultés qui ne peuvent se résoudre par le jeu simpliste « Expropriation/compensation ». En d'autres termes, l'équilibre n'apparaît pas nécessairement retrouvé par le versement d'une compensation. Dès lors, c'est certainement une voie intermédiaire qu'il faut penser si l'on souhaite articuler la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. Comment envisager simultanément la réforme agraire dans le respect des droits des investisseurs lorsque l'État n'a pas les moyens financiers de verser une compensation ?⁸⁵¹ L'une des pistes qui pourraient s'avérer intéressantes est celle du mécanisme assurantiel que nous développerons par la suite lorsqu'il sera appréhendé les solutions de rééquilibrage.

⁸⁵⁰ Données du PAM sur le Zimbabwe, Programme alimentaire mondial, Nations unies, publié le 27 août 2015, disponible en ligne.

⁸⁵¹ *Infra* § 679.

356. On peut s'interroger sur l'effet à l'avenir de la prise de contrôle des terres à grandes échelles par des investisseurs privés et publics alors même qu'un pays ne peut pas subvenir aux besoins primaires de sa population. Les Etats tenteront-ils de réguler les flux d'investissements s'ils s'aperçoivent des risques et de la menace pour les populations locales ? De toute évidence, ce n'est pas directement l'investissement étranger qui soulève des difficultés mais son absence de régulation réelle, notamment lorsque l'opération a lieu au détriment des populations locales. Pourtant, les Etats ont pour mission de garantir une répartition équitable des ressources en vertu des principes et textes internationaux. Une régulation harmonisée des terres agricoles apparaît nécessaire si l'on ne souhaite pas voir fleurir une multiplication de politiques inadaptées portant sur des réformes agraires au mépris des droits de propriété des investisseurs. Dès lors, certaines organisations soulèvent les dangers d'opérations d'acquisitions des terres à grande échelle mais elles préfèrent tout de même en l'absence de régulation de ces pratiques émettre des recommandations. C'est ainsi que le Comité élaborant le futur Guide juridique sur les contrats d'investissement en terres agricoles UNIDROIT/FAO/FIDA précise que :

Le Guide n'avalise pas les opérations d'acquisition de terres à grande échelle mais dès lors que de telles opérations foncières sont une réalité, le Guide répond aux besoins d'investissements agricoles accrus et plus responsables, intégrant les paramètres de protection nécessaires pour renforcer la sécurité alimentaire et la nutrition et pour protéger les détenteurs de droits fonciers légitimes, les droits de l'homme, les moyens de subsistance et l'environnement, réduisant ainsi également les risques afférents aux investissements.

357. Certains instruments juridiques invitent mais n'interdisent pas les investisseurs à ne pas procéder aux opérations d'acquisition de terres à grande échelle, nommée ci-après dans l'article « accaparement de terres ». L'article 23 du Code panafricain des investissements prévoit à l'article 23 que :

- « 1. Les investisseurs ne doivent pas exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'Etat d'accueil.
2. Les investisseurs veillent au respect des droits des populations locales, et évitent les pratiques d'accaparement des terres, préjudiciables à ces communautés ».

S'il est observé une prise de conscience récente des dangers de telles pratiques sur la sécurité alimentaire et quelques initiatives nationales⁸⁵², il n'en reste pas moins que les opérations d'acquisitions de terres à grande échelle n'apparaissent pas véritablement régulées ni dans le champ du droit de l'alimentation et encore moins dans le droit international des investissements rendant

⁸⁵² Voy. p. ex. la loi n° 2017-348 du 20 mars 2017 relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle

propice cette situation au développement de conflit entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. En effet, malgré une absence d'encadrement direct des opérations d'acquisition de terres à grande échelle, ce phénomène peut s'appréhender sur le fondement de la violation du critère de répartition équitable consacré par l'article 11 § 2, du PIDESC. Cet article reconnaît que les Etats adopteront les mesures nécessaires pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires⁸⁵³.

358. Après s'être intéressé aux risques alimentaires lié à la répartition équitable et aux conflits normatifs susceptibles de surgir dans ces hypothèses, il convient d'appréhender le principe de proportionnalité à la lumière des interactions entre la répartition équitable et les investissements internationaux. L'affaire *Bernhard von Petzold et autres c. Zimbabwe* choisi pour illustrer le critère de répartition équitable renseigne aussi sur le rejet du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements. Elle rappelle que ce principe n'est pas nécessairement admis dans ce domaine et qu'un certain nombre de critiques de la proportionnalité doivent être surmontées si l'on souhaite asseoir ce principe dans la sphère juridique des investissements internationaux.

B. Les critiques relatives du principe de proportionnalité

359. Le prisme de la répartition équitable apparaît intéressant en vue de développer les inconvénients et critiques adressés au principe de proportionnalité. Dans l'affaire *Bernhard von Petzold et autres c. Zimbabwe*⁸⁵⁴, le tribunal arbitral d'investissement a refusé son application. Dès lors, si les points négatifs seront analysés (1°), il n'en reste pas moins que sous l'angle des conflits de normes, le principe constitue un instrument de mesure opportun susceptible d'aiguiller les arbitres par la technique de la mise en balance (2°).

1°) La répartition équitable et le rejet de la proportionnalité

360. Dans l'affaire *Bernhard von Petzold c. Zimbabwe*, le tribunal n'a pas suivi l'argumentation de l'Etat qui défendait l'usage de la proportionnalité « *pour équilibrer les intérêts concurrents de l'État et du particulier*⁸⁵⁵ ». D'après le tribunal, si la proportionnalité avait déjà été mentionnée dans certains contentieux liés à l'investissement international, c'était en raison du contexte en vue de déterminer si la résiliation d'une licence ou d'un contrat par l'Etat demeurerait une

⁸⁵³ Art. 12 § 2. PIDESC adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

⁸⁵⁴ CIRDI, *Bernhard von Petzold c. Zimbabwe*, aff. n° ARB/10/15, *op. cit.*

⁸⁵⁵ *Bernhard von Petzold*, § 460.

réponse proportionnée à la violation des obligations des investisseurs⁸⁵⁶. Or, dans la présente affaire, le tribunal a retenu que la proportionnalité entrevue par la défense constituait un moyen de défense justifiant l'expropriation sans indemnisation⁸⁵⁷. En conséquence, le fait que la réforme agraire puisse être une réponse proportionnelle et que les violations du traité bilatéral d'investissement devaient donc être excusées s'avérait être un argument de nécessité et non de proportionnalité⁸⁵⁸. Le tribunal a estimé qu'il revenait effectivement à l'arbitre de caractériser le comportement étatique en activité réglementaire valide ou en expropriation. Dans ce sens, les arbitres ont bien noté la défense fondée sur le pouvoir de réglementation.

361. L'argumentation consistant à mettre en lumière la marge d'appréciation afin de décider de ce qui est d'intérêt public aurait dû être avancée avec prudence a rappelé le tribunal, notamment lors de l'importation de concepts en provenance d'autres régimes juridiques (en l'espèce de la CEDH) sans base solide. En effet, les arbitres ont relevé l'équilibre entre les droits de l'Homme et la marge d'appréciation de l'Etat comme une approche établie dans le droit de la CEDH mais ont précisé qu'ils n'avaient pas connaissance que cette approche soit soutenue par le droit international d'investissement⁸⁵⁹. Dans cette hypothèse, la situation est à distinguer d'après le tribunal. En effet, le gouvernement a accepté des obligations internationales spécifiques sans qu'il existe dans le traité bilatéral d'investissement cette marge d'appréciation à laquelle il est fait référence, et cette doctrine de la marge d'appréciation n'appartient pas au droit international coutumier⁸⁶⁰. Dans cette perspective, la proportionnalité tout comme la marge d'appréciation ne sauraient justifier un comportement illicite tel que la discrimination raciale, et il apparaît clairement que les demandereses ont été visées en raison de leur couleur de peau selon le tribunal⁸⁶¹. C'est la raison pour laquelle le tribunal a refusé l'argumentation de la proportionnalité et de la marge d'appréciation.

362. Critiques. L'argumentation du tribunal portant sur la proportionnalité reste peu convaincante et peu développée notamment sur la réelle distinction entre nécessité et proportionnalité. Pour autant, la transposition de la proportionnalité n'apparaît pas si aisée. Si certains considèrent la proportionnalité comme « the most successful legal *transplant of the twentieth century*⁸⁶² », d'autres

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ *Bernhard von Petzold*, § 465.

⁸⁶⁰ *Bernhard von Petzold*, § 466.

⁸⁶¹ *Bernhard von Petzold*, § 467.

⁸⁶² M. KUMM, « Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice », *International Journal of Constitutional Law*, Vol 2, N°3, 2004, p. 595.

dénoncent « une chimère⁸⁶³ ». En effet, même les grands défenseurs de la proportionnalité ont reconnu que son usage ne s'avérait pas parfait, et qu'il ne fallait réduire les droits humains à « *a pure exercise of weighing and balancing*⁸⁶⁴ ». Partant, le processus d'équilibrage doit être encadré.

363. A cet égard, le Professeur Bücheler énonce que dans l'hypothèse des clauses intégrant des objectifs de politiques publiques en vue de restreindre les droits individuels, il ne suffit pas que les mesures étatiques soient prises en vue d'un objectif d'intérêt public, nécessaires et proportionnées au sens strict⁸⁶⁵. Il faut que l'ensemble de ces exigences soient énumérées dans les clauses correspondantes intégrant les objectifs d'intérêt public⁸⁶⁶. Des mises en garde sont précisées par l'auteur. Tout d'abord, le risque de « *Judicial lawmaking* ». A l'échelle nationale, il s'agit de l'application du principe de séparation des pouvoirs. Les juges doivent appliquer les textes juridiques élaborés par le législateur. Cette tâche n'appartient donc pas aux tribunaux. Néanmoins, par son appréciation et en raison parfois des lacunes du droit, le juge demeure un interprète. En d'autres termes, ce sont les législateurs qui devraient hiérarchiser et non les arbitres ou les juges. Cette pensée est transposable à l'arbitrage Etat-investisseur, si les clauses s'avéraient claires et précises, l'arbitre n'aurait pas à interpréter ni utiliser des techniques telles que celle de la proportionnalité dans le silence des textes. Or, de manière pragmatique, les tribunaux arbitraux d'investissement ont besoin de techniques d'interprétation lorsque les textes restent silencieux et qu'aucune indication de priorités normatives n'existe.

364. Ensuite, l'autre risque étroitement lié au premier constitue la « *threat to the rule of law* ». Ainsi, la proportionnalité pourrait désigner une menace pour l'Etat de droit. Lorsque les arbitres procèdent à la mise en balance, ils soupèsent et comparent différents éléments sous un angle interprétatif. Dès lors, le risque est la variation des décisions des tribunaux arbitraux. Néanmoins, ce risque n'est pas dû au principe de proportionnalité mais à tout système juridique laissant se développer les contradictions normatives sans préciser encore une fois leur ordre de priorité. D'autres critiques sont mises en avant. Le fait que la technique de proportionnalité permettrait d'esquiver une analyse juridique rigoureuse. Mais là encore, la critique ne semble pas particulièrement fondée. De manière générale, les analyses développées par la CEDH apparaissent loin d'être dénuées de sens et de

⁸⁶³ N. LACEY and H. PICKARD, « The Chimera of Proportionality, institutionalising limits on punishment in contemporary social and political systems », *The Modern Law Review*, 78 (2), pp. 216-240.

⁸⁶⁴ G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 62.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 63.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

cohérence et l'usage de la proportionnalité n'empêche pas l'interprétation sur la base de l'accord international d'investissement.

365. Enfin, le troisième risque recensé par l'auteur correspond à (l')« *Arbitrariness and the lack of a unitary value system* ». Dans cette perspective, l'arbitraire et l'absence d'unité sont pointés comme des risques en raison des doutes quant aux facteurs qu'il faudrait incorporer dans le processus de mise en balance. En effet, si l'analyse de la proportionnalité s'effectue dans un contexte constitutionnel solide à l'échelle nationale, l'auteur relève légitimement qu'il n'existe pas de système de valeurs commun à l'échelle internationale. Mais cela ne nous semble pas tout à fait juste. Il existe un système de valeur en commun dans la sphère internationale susceptible d'être précisé par le droit international coutumier, par des standards, (bonne foi ...). Prenons également l'exemple des droits de l'Homme auquel le droit à l'alimentation appartient. Ces derniers constituent une valeur commune. Malgré quelques exceptions malheureuses, un grand nombre d'acteurs publics et privés s'accordent sur la nécessité de préserver l'environnement, c'est une valeur commune. Aussi, les hommes et femmes ont en commun la nécessité d'un accès à l'eau et à l'alimentation, c'est un besoin commun. Si le droit agissait parfaitement en miroir de ce besoin, le droit à l'eau et à l'alimentation constituerait sans aucun doute une valeur commune protégée dans un système de valeur en commun reconnu et appliqué dans toutes les branches du droit international. Dès lors, il convient nous semble-t-il plutôt de préciser qu'il existe des valeurs communes inadéquatement transposées (*et parfois non transposées*) dans un système de valeur commun et fonctionnel dans le droit international. Ceci étant dit, penchons-nous sur le traitement admissible de la répartition équitable et des droits de investisseurs par la proportionnalité.

2°) Le traitement admissible de la répartition équitable et des droits de investisseurs par la proportionnalité.

366. Si la proportionnalité n'est parfois pas admise, elle a tout de même son pesant de positivité. Elle constitue une technique de résolution des conflits permettant de trouver une solution de priorité normative lorsque les textes sont imprécis et obscurs. L'argument principal en faveur de cette méthode constitue « *la rationalisation de la décision en limitant le raisonnement et l'argumentation à une structure analytique prédéterminée*⁸⁶⁷ ». Il a été mis en avant la transparence du processus de décision et le caractère explicite des jugements de valeurs permettant sur le

⁸⁶⁷ C. HENCKELS, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration, Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge University Press, p. 26.

fondement de la structure analytique de mieux saisir la conclusion du tribunal arbitral d'investissement et donc de légitimer le pouvoir juridictionnel⁸⁶⁸. Reprenons l'exemple de l'affaire Bernhard von Petzold et autres c. Zimbabwe⁸⁶⁹ et appliquons la structure analytique de la proportionnalité. Dans cette affaire, la situation alimentaire a été entrevue sous le prisme des règles du droit international des investissements. Le conflit de la norme alimentaire et de la norme de protection des investissements n'a pas été relevé. Pour autant, par une analyse des risques alimentaires (contrôle de l'accessibilité, la répartition équitable, la durabilité et des préférences alimentaires), les dangers de l'investissement international sur la sécurité alimentaire des populations locales apparaissent.

367. L'Etat s'est retrouvé dans une situation dans laquelle la norme alimentaire est entrée simultanément en conflit avec la norme liée à l'investissement engendrant l'assujettissement à des obligations contradictoires et entraînant la violation de la norme liée à l'investissement par l'application de la norme alimentaire. Dès lors, le test de proportionnalité aurait été susceptible d'apporter une réponse à la résolution du conflit normatif :

1°) la mesure étatique poursuivait-elle un objectif légitime ? La réponse nous semble positive, la mise en œuvre de la réforme agraire visait à donner à des paysans sans terres des terres et à lutter contre l'insécurité alimentaire chronique touchant la population.

2°) la mesure était-elle adaptée ? Il s'agit de contrôler que l'application de la politique publique alimentaire entreprise par le Zimbabwe constituait un moyen approprié de parvenir à l'amélioration de la sécurité alimentaire de son pays. L'expropriation par l'Etat apparaît appropriée dans la mesure où c'est une cause d'utilité publique. Par exemple, dans l'hypothèse d'une fragilité ou d'une insécurité alimentaire, il est loisible de préférer conserver ou récupérer des terres cultivables et nécessaires à l'accroissement des denrées alimentaires dans un pays où la disponibilité des aliments de base n'est pas assurée plutôt que de voir la moitié des denrées alimentaires cultivées sur des terres appartenant à des investisseurs étrangers sortir du pays. Précisons que les denrées ne devraient sortir du pays qu'en cas de stabilité alimentaire de la population, d'autant plus lorsque le pays destinataire est un pays développé dont la disponibilité alimentaire ne soulève pas de difficultés. Pour autant, il convient d'émettre certaines réserves quant à l'adaptabilité de la mesure en regard de la multiplication des discriminations raciales rapportées par les demanderessees. Dans cette hypothèse, un examen plus approfondi concernant ces discriminations aurait été intéressant. Bien que l'expropriation était

⁸⁶⁸ C. HENCKELS, *op. cit.*

⁸⁶⁹ *Bernhard von Petzold c. Zimbabwe, op.cit.,*

d'intérêt public, la preuve d'expropriations tournées seulement vers les propriétés des fermiers blancs est de nature à retirer le caractère adapté de la mesure. Or, le tribunal arbitral a rappelé qu'il existait de nombreuses preuves démontrant que les demanderesses avaient été ciblées en raison de la couleur de leur peau⁸⁷⁰. Il aurait été préférable de procéder à un calcul du taux de répartition des terres. Par exemple en procédant à des seuils. On pourrait parfaitement envisager, mais ce n'est qu'une voie parmi d'autres, qu'un investisseur étranger ne puisse pas détenir plus de x % de terres dans le pays au nom de la sécurité alimentaire (accessibilité et répartition équitable) et que l'Etat puisse exproprier à partir d'un certain seuil.

3°) la mesure était-elle nécessaire ? Dans ce cas, il faut vérifier si d'autres moyens à disposition moins restrictifs n'auraient pas pu s'appliquer et demeuraient donc plus appropriés à l'objectif poursuivi. Il a été avancé par l'Etat que la lenteur de la réforme agraire avait contribué à la mise en œuvre des expropriations afin de parvenir à l'objectif de sécurité alimentaire fixé. Ces dernières constituaient-elle le dernier moyen en vue de contribuer à la sécurité alimentaire ? Par exemple, transposé aux faits de l'espèce, il s'agit de savoir si d'autres terres fertiles et de qualités agricoles similaires pouvaient être mises à disposition sans nécessairement passer par une multiplication d'expropriation. Mais la réponse nécessite des données factuelles supplémentaires. Rappelons que le critère de nécessité est appliqué de manière flexible dans la jurisprudence de la CEDH. Dans cette hypothèse, il convient d'analyser un argument constituant l'une des composantes de la nécessité. La proportionnalité et la nécessité ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Dans cette hypothèse, il conviendra aussi de s'en remettre aux dispositions du traité d'investissement et au droit international⁸⁷¹.

4°) la mesure doit être proportionnée. Dans cette hypothèse, c'est le processus de mise en balance qui prend effet et permet une fois l'analyse terminée de déterminer la norme prioritaire.

Si l'on souhaite qu'un tel test de proportionnalité prenne effet, il est impératif de détenir une connaissance des risques alimentaires et des risques économiques. Sinon, la mise en balance apparaîtra faussée.

⁸⁷⁰ *Bernhard von Petzold, op.cit.*, § 467.

⁸⁷¹ Par exemple, l'article 6 (1) du traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et le Zimbabwe prévoit que : « (1) Les investissements des investisseurs de chaque Partie contractante ne feront l'objet d'aucune mesure de nationalisation, d'expropriation ou ayant un effet équivalent à une nationalisation ou une expropriation (ci-après «expropriation»), sur le territoire de l'autre Partie contractante, à moins qu'elle ne soit prise à des fins publiques liées aux nécessités internes de cette Partie contractante, qu'elle ne soit pas discriminatoire et qu'elle donne lieu à une compensation prompte, adéquate et effective (...) ». (nous soulignons).

Conclusion Chapitre 1.

368. Les développements précédents ont permis d'identifier les risques alimentaires quantitatifs sur la base d'une approche pragmatique par l'analyse de la jurisprudence et des lois. La mise en œuvre des critères d'accessibilité alimentaire et de répartition équitable dans le droit international des investissements a démontré que l'Etat est parfois forcé de respecter des obligations contradictoires lui imposant de procéder à une violation des droits des investisseurs en vertu de ses obligations alimentaires. La difficulté reste que les tribunaux arbitraux d'investissement dans l'ensemble des affaires étudiées ne perçoivent pas ou ne traitent pas le risque alimentaire, et l'appréhension de la situation par l'état de nécessité alimentaire demeure plus qu'incertaine. De ce fait, dans la mesure où la sécurité alimentaire n'est pas considérée en vertu du droit à l'alimentation ou d'un dispositif juridique adéquat, il n'apparaît guère étonnant qu'en raison de sa faiblesse normative, la norme liée à l'investissement international prime. Dans l'un des rares cas où le tribunal arbitral d'investissement s'est prononcé sur l'ordre de priorité normative entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international, il a estimé que les traités relatifs aux droits de l'Homme et ceux relatifs aux investissements internationaux détenaient une valeur égale⁸⁷². Mais l'identification des risques alimentaires et l'emploi d'une technique de résolution des conflits normatifs auraient peut-être permis au tribunal arbitral de trancher le différend sur la base de normes moins déséquilibrées. L'analyse du principe de proportionnalité sous l'angle de l'accessibilité et de la répartition équitable a révélé la pertinence d'une transposition du principe dans le droit international des investissements, tout en considérant les aspects négatifs qui sont susceptibles d'être relativisés. Rien n'empêche dans l'hypothèse d'un conflit normatif, une mise en balance par les tribunaux arbitraux d'investissements de l'accessibilité ou de la répartition équitable avec les droits des investisseurs en vue de faire ressortir un ordre de priorité normative.

⁸⁷² *Aguas Argentinas, op. cit.*, § 262.

Chapitre 2.- L'identification des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires qualitatifs

369. L'approche qualitative de la sécurité alimentaire dans le droit des investissements internationaux signifie que la sécurité alimentaire ne peut pas être pleinement réalisée sans le respect de la spécificité alimentaire et de l'équilibre écologique. Deux risques alimentaires apparaissent. Le risque alimentaire relatif au droit à une alimentation culturelle et le risque alimentaire relatif au droit à une alimentation durable. Cette approche met en lumière les deux piliers qualitatifs de la sécurité alimentaire : l'aspect durable et l'aspect culturel, susceptibles d'être mis en danger par l'opération d'investissement avec plus ou moins d'intensité selon le degré de soutien de l'État aux droits alimentaires ou aux droits des investisseurs. Sous le prisme de l'approche qualitative, il convient de saisir comment les conflits de normes, porteurs de risques alimentaires émergent et fonctionnent en vue de les identifier. Deux critères seront donc développés, le critère de la durabilité (Section 1) et le critère culturel (Section 2) dans le droit international des investissements, avec en toile de fond, l'étude du comportement de l'État qui pourra préserver la sécurité alimentaire ou la menacer selon son positionnement vis-à-vis de l'opération d'investissement.

Section 1.- La durabilité alimentaire dans le droit international des investissements

370. Dans ce développement, il s'agira de mettre en lumière l'application de la durabilité alimentaire dans le droit international des investissements et de révéler les conflits de normes (§1). Ensuite, les différents conflits de normes porteurs de risques alimentaires durables seront analysés en vue de mieux affirmer l'opportunité d'un usage du principe de proportionnalité. Entré par la porte de la durabilité dans la sphère des investissements internationaux, le principe de proportionnalité pourrait aisément s'étendre à l'ensemble des conflits normatifs entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. Puis de manière générale, dans les différends nécessitant une pesée entre l'intérêt public garanti par l'État et l'intérêt privé des investisseurs étrangers (§2).

§1.- La mise en oeuvre du critère de durabilité dans le droit international des investissements: Étude de cas de l'affaire *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*⁸⁷³

371. La mise en oeuvre du critère de la durabilité par le Salvador a généré simultanément une violation des droits des investisseurs. Tandis que l'Etat souhaitait appliquer le critère de la durabilité,

⁸⁷³ CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, aff. n°ARB/09/12.

composante cardinale de la sécurité alimentaire, il s'est retrouvé assujéti à des obligations contradictoires lui imposant un choix entre le respect de ses obligations alimentaires et des obligations inscrites dans l'accord d'investissement international (A). Le tribunal arbitral d'investissement s'est prononcé en défaveur des investisseurs étrangers révélant ainsi le potentiel de la norme environnementale sous le prisme alimentaire dans certaines circonstances bien définies (B).

A.- Le refus d'autorisation d'une licence d'exploitation minière en vertu du droit à l'eau potable

372. Dans cette affaire, l'État a mis en œuvre son pouvoir de réglementation environnemental et alimentaire ce qui a conduit au refus d'autorisation d'une licence d'exploitation minière (1°). Les investisseurs étrangers ont dénoncé le changement de position de l'État et le refus de délivrance de la licence (2°).

1°) Les mesures environnementales et alimentaires entreprises par le Salvador

373. La requête d'arbitrage Le 20 avril 2009, la société américaine Pac Rim Cayman LLC (« PRC ») et ses entreprises ont présenté une requête d'arbitrage devant le CIRDI à l'encontre de la République du Salvador (« Le Salvador »). La société PRC disposait de la propriété exclusive des sociétés salvadoriennes Pacific Rim El Salvador (« PRES ») et Dorado Exploraciones, (« DOREX ») nommées collectivement « les entreprises ». La société PRC était détenue par la société canadienne Pacific Rim Mining Corp (« Pacific Rim »). L'ensemble des sociétés sont désignés comme « les demandereses ». Le différend portait sur les droits d'une concession d'exploitation minière dans la région "El Dorado" située dans le département de Cabanas au Salvador. Le litige découle du refus par le Salvador de délivrer une licence d'exploitation minière suite à la découverte d'importants gisements d'or et d'argent par les investisseurs étrangers. La société australienne, Oceana Gold a procédé au rachat de la société Pacific Rim en Novembre 2013 et continué les poursuites à l'encontre du Salvador.

374. Les demandereses ont demandé une indemnisation de plus de 314 millions de dollars. Elles ont invoqué d'une part, des violations sur le fondement de la loi salvadorienne relative à l'investissement minier et d'autre part, la violation des dispositions de l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine désigné sous le sigle anglais comme le « CAFTA-DR ». Les investisseurs ont dénoncé le rejet du permis nécessaire à l'exploration et l'exploitation de mines d'or par le comportement discriminatoire du Salvador, son manque de transparence, la violation du principe de traitement juste et équitable, l'échec du Salvador

à garantir la protection des investissements conformément aux dispositions de sa propre loi, et enfin, l'expropriation illégale de leurs investissements.

375. Contexte. Le 11 mars 2008, le Président de la République du Salvador, Antonio Saca, s'est exprimé publiquement sur les 26 projets miniers de son pays. Le Président a mis en avant ses inquiétudes et les effets néfastes de ces opérations minières sur l'environnement⁸⁷⁴. En effet, ce type d'investissement aurait conduit à une pollution massive des eaux du Salvador qui souffrait déjà de grandes difficultés d'accès à l'eau potable, de pénuries d'eau et d'une faiblesse des ressources. C'est la raison pour laquelle il a déclaré ne pas être en faveur de la délivrance de permis miniers⁸⁷⁵. En revanche, il a exprimé sa volonté de réfléchir aux avantages et inconvénients de ces opérations, notamment de recueillir des preuves que l'exploitation « verte » des mines existe⁸⁷⁶. À travers ces propos, le Salvador a affirmé un changement radical de politique dans le secteur de l'exploitation minière et de la protection environnementale. Les déclarations du Président Antonio Saca ont été dénoncées par les demanderesse, y voyant une volonté claire de s'opposer aux droits des investisseurs et aux activités du secteur minier. Le Salvador constitue l'un des pays les plus pauvres d'Amérique latine. Après la fin de la guerre civile dans les années 90, le pays a adopté un système économique libéral et développé une politique attractive pour attirer les investisseurs étrangers.⁸⁷⁷ Des réformes structurelles, une série de privations dans de nombreux secteurs, la dollarisation de la monnaie, ainsi qu'une réforme du droit des investissements étrangers ont marqué de profonds changements⁸⁷⁸. Les décisions politiques relatives aux activités des opérations minières interviennent dans un climat économique et sociale tendu. Alors que 90% des eaux du Salvador seraient contaminées⁸⁷⁹, les révoltes et les affrontements demeurent violents. La pollution des eaux est l'une des préoccupations majeures du Salvador. La quantité et la qualité des eaux potables demeure inquiétante et aggravée par les opérations d'investissement⁸⁸⁰.

⁸⁷⁴ Propos sur la déclaration du Président de la République du Salvador, Antonio Saca, repris dans l'affaire *Pac Rim c. Salvador*, *op.cit.* (Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5), 2 août 2010, § 77;

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ V. O. CALVO-GONZALES, J.H. LOPEZ, « El Salvador: Building on Strengths for a New Generation. Systematic Country Diagnostic ». *Washington, DC: World Bank. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO*, 2015, p. 1-2.

⁸⁷⁸ V. O. CALVO-GONZALES, J.H. LOPEZ, *op. cit.*, p.2; World Bank, « International bank for reconstruction and development and international finance corporation country partnership strategy for the Republic of El Salvador », report No. 50642-SV, 29 octobre 2009, p 1; CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, aff. n°ARB/09/12, *Pac Rim Cayman LLC's Memorial on the Merits and Quantum*, 29 mars 2013, §3.

⁸⁷⁹ World Bank, *El Salvador, Recent Economic Developments in Infrastructure*, REDI-SR, Report No. 37689- SV, 20 octobre 2006, p.176, § 6.16.

⁸⁸⁰ World Bank, *International bank for reconstruction and development and international finance corporation country partnership strategy for the Republic of El Salvador*, report No. 50642-SV, 29 octobre 2009, p. 18 § 57.

376. Les mesures étatiques. Les activités minières ont été développées à un rythme intense au Salvador ce qui poussa très tôt les autorités à encadrer ce secteur⁸⁸¹. En 1996, la « *ley de Minería* »⁸⁸² a modernisé le cadre juridique du secteur minier, l'objectif affiché était de réformer et d'adapter les mesures prévues dans le Code minier de 1922 en vue de favoriser l'exploration et l'exploitation minière. Cette loi a été abrogée en 2001. Dans le même temps, la loi minière de 1996 a intégré le concept de protection environnementale et de prise en considération des effets négatifs causés aux populations ou à l'environnement⁸⁸³ :

« In accordance with mining technical and engineering requirements, so as to prevent control, minimize and compensate the negative effects that might be caused to people or the environment⁸⁸⁴ ».

377. Le Salvador a continué le chemin des réformes et marqué sa volonté de promouvoir l'investissement étranger responsable⁸⁸⁵. En 2005, les autorités salvadoriennes ont pensé modifier la loi sur l'exploitation minière. Il s'agissait entre autres de limiter les documents requis nécessaires à l'obtention d'une concession minière. Dans le même temps, la société Pac Rim collaborait avec le ministère compétent sur les éventuelles modifications. Ces amendements entendaient limiter les documents nécessaires à l'obtention de concessions minières confortant l'investisseur vis-à-vis de l'autorisation d'exploitation de la concession. Néanmoins, en 2008, le Parlement salvadorien a rejeté le projet. Dans la présente affaire, les investisseurs ne respectaient pas les conditions requises nécessaires à l'obtention d'une concession d'exploitation minière dans la région El Dorado selon l'Etat. De cette façon, le Salvador a considéré ne pas avoir porté atteinte aux droits des investisseurs mais seulement refusé d'accorder une licence d'exploitation minière à une entreprise qui ne répondait

⁸⁸¹ En 1922, un Code minier prévoyait déjà les réformes dans le secteur minier, notamment l'extension des droits d'exploration, des conditions plus strictes pour obtenir une concession et l'extension des dispositions relatives à l'expropriation des droits de surfaces. En 1939, le Salvador a adopté la « *Ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por el Estado* », loi sur l'expropriation au nom de l'intérêt général pour étendre les activités relatives l'exploitation minière. Voy. CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12, *Pac Rim Cayman LLC's Memorial on the Merits and Quantum*, 29 mars 2013, §18.

⁸⁸² *Ley de Minería*, Decreto No. 544 of 14 December 1995, published in the *Diario Oficial* No. 16, Vol. 330, 24 January 1996 (CLA-210).

⁸⁸³ CIRDI, *Pac Rim Cayman c. Salvador*, aff. n°. ARB/09/12, (*Memorial on the Merits and Quantum*,) 29 mars 2013, § 52.

⁸⁸⁴ Art. 17. Mining Law, 1996 cité in *Pac Rim c. Salvador*, *Memorial on the Merits and Quantum*, 29 mars 2013, § 52.

⁸⁸⁵ Voy. dans ce sens la loi du 2 mars 1998 sur l'environnement et la loi relative à l'investissement en date du 14 octobre 1999 : *Ley del Medio Ambiente*, Decreto No. 233, 2 March 1998, published in the *Diario Oficial* No. 79, Vol. 339, 4 May 1998 (CLA-213) et *Ley de Inversiones*, Decreto No. 732, 14 October 1999, published in the *Diario Oficial* No. 210, Vol. 345, 11 November 1999. Voy. *Pac Rim Cayman LLC's Memorial on the Merits and Quantum*, 29 mars 2013, § 54.

pas aux conditions prévues par la loi. Par conséquent, l'Etat a estimé que les revendications juridiques des demanderessees n'étaient pas recevables et que le tribunal n'était pas compétent⁸⁸⁶.

378. Le soutien des mesures étatiques par les amici. Le 2 mars 2011, l'organisation non gouvernementale nommée *The center for international environmental law* « CIEL », a présenté une requête en qualité *d'amicus curiae* au nom de la « *Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador*⁸⁸⁷ » (« LA MESA⁸⁸⁸ ») en établissant trois demandes au tribunal arbitral⁸⁸⁹ : D'une part, l'autorisation de déposer un mémoire en qualité *d'amicus curiae*, d'autre part, de prendre en considération la présentation sous forme de mémoire jointe à la requête (« The Brief»), enfin, d'autoriser la coalition a faire une présentation orale lors des audiences. Le tribunal a accepté en partie les dispositions de la requête, notamment la production d'un mémoire en qualité *d'amicus curiae* en vertu de l'article 10.20.3 du CAFTA et de l'article 37(2) de la Convention CIRDI⁸⁹⁰ sous conditions. Les amici ont souligné le rejet de la société Pac Rim par les communautés locales en raison des conséquences dangereuses des activités d'investissement sur les moyens de subsistance et le mode de vie des populations locales. Partant, ces derniers ont soutenu les mesures entreprises par le Salvador et invoqué le respect par ce pays de ses obligations internationales. Ainsi, ils ont pris appui sur la réglementation internationale environnementale tels que le principe 1er de la Déclaration de Stockholm⁸⁹¹ et l'article 1er de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁸⁹². De fait, l'encadrement plus strict par le Salvador des conditions d'obtention des licences d'exploitations minières devait être salué selon les ONG, car jusqu'alors, la réglementation ne permettait pas de

⁸⁸⁶ CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12, The Republic of El Salvador's Preliminary Objections Under Articles 10.20.4 and 10.20.5 of CAFTA, 4 janvier 2010, § 118 : « *The Republic of El Salvador has demonstrated that the Tribunal does not have competence to decide any claims under the Investment Law or any other domestic law of El Salvador.* ».

⁸⁸⁷ The El Salvador National Roundtable on Mining.

⁸⁸⁸ The center for international environmental law « CIEL », a rejoint la MESA qui est composée des organisations non gouvernementales suivantes : El Comité Ambiental de Cabañas; La Asociación Amigos de San Isidro Cabañas; La Asociación de Comunidades para el Desarrollo de Chalatenango; La Asociación de Desarrollo Económico y Social; La Asociación para El Desarrollo de El Salvador; La Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho; Unidad Ecológica Salvadoreña; Movimiento Unificado Francisco Sánchez;

⁸⁸⁹ CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12, Application for Permission to Proceed as Amici Curiae, 2 mars 2011, p. 2.

⁸⁹⁰ CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12, Procedural Order No. 8, 23 mars 2011. Le tribunal a pris en considération l'ensemble des revendications des parties. Alors que le Salvador a invité les arbitres a tenir compte de la requête des amici dans la procédure d'arbitrage (El Salvador's Letter to the Tribunal re Amicus Curiae, 18 mars 2011), les demanderessees ont appelé le tribunal a refusé l'intervention orale des tierces parties lors des audiences, rejeter l'examen de la partie II du mémoire annexé (« The Brief»), et de prendre toutes les mesures nécessaires notamment pour l'examen des parties I et III de leur mémoire (Claimant's Letter to the Tribunal re Amicus Curiae, 18 mars 2011 §4).

⁸⁹¹ Déclaration de Stockholm, Declaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, 1972, Principe 1er : « *L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions satisfaisante, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures (...)* ».

⁸⁹² Article 1er de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : « *Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature* ».

protéger pleinement les populations locales des activités minières qui contribuaient à la violation du droit d'accès à l'eau potable pourtant garanti par les textes internationaux⁸⁹³.

2°) Le non-respect des conditions d'obtention de la licence minière par les investisseurs

379. Les investisseurs ont dénoncé les changements de position du Salvador. En 2002, l'Etat aurait encouragé les demanderessees à investir dans le secteur minier⁸⁹⁴. A ce titre, les investissements pour l'obtention et le maintien des droits d'exploration et d'exploitation s'élèveraient à 77 millions de dollars⁸⁹⁵ à la suite de l'autorisation des activités d'exploration accordée par le gouvernement en vue de déterminer le potentiel minier sur son territoire. Quelque temps plus tard, les populations de la région ont signalé la pollution massive des eaux et des sols générés notamment par le cyanure, produit utilisé dans le cadre des opérations d'activités minières. Les zones d'exploration se situaient dans la région du Rio Lempa, constituant la plus importante source d'eau potable du pays. A partir de 2004, les populations se sont aperçues des effets négatifs des opérations d'investissement en indiquant les restrictions d'accès à l'eau, la pollution et la gravité des conséquences sur l'agriculture et l'environnement. En 2008, face aux pressions croissantes des populations, le Président de la République Antonio Saca a demandé le renforcement des lois salvadoriennes dans le secteur et minier et la mise en place d'une étude d'impact approfondie sur l'environnement. Dès lors, le Salvador a commencé à montrer sa réticence face à l'exploration et l'exploitation minière, le président ayant déclaré la même année qu'il s'opposait en principe à l'autorisation de nouveaux permis. L'année suivante, il annonçait que le permis ne serait pas accordé à Pac Rim marquant une rupture dans la communication avec les investisseurs selon les demanderessees.

380. L'interdiction de facto des activités d'exploitation minière. En regard des investisseurs, les mesures prises par le Salvador auraient conduit à vider de leur substance les droits des investisseurs et à dévaloriser leurs investissements. A ce titre les demanderessees ont invoqué une perte de centaines de millions de dollars⁸⁹⁶. Ces dernières ont dénoncé la violation par le Salvador de ses lois nationales sur l'investissement interdisant l'expropriation sans compensation, considérant une telle mesure comme discriminatoire. L'ensemble de ces revendications ont été constatées par le tribunal arbitral, la difficulté majeure portait sur la nature des droits prévue par la loi minière

⁸⁹³ *Pac Rim c. Salvador*, aff. n°ARB/09/12, Submission of amicus curiae brief on the merits of the dispute, 25 juillet 2014, p.3.

⁸⁹⁴ *Pac Rim c. Salvador*, Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 august 2010, § 11; *Pac Rim Cayman LLC's Memorial on the Merits and Quantum*, 29 mars 2013, §3.

⁸⁹⁵ *Pac Rim c. Salvador*, Notice d'arbitrage, 20 avril 2009, § 2.

⁸⁹⁶ *Pac Rim*, Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 august 2010, § 15.

salvadorienne, notamment sur le fait de déterminer si les investisseurs répondaient aux exigences légales pour l'obtention d'une licence d'exploitation minière et d'un permis environnemental.

381. Les demanderesse ont fait valoir que les droits d'une licence d'exploration ouvraient un droit à une concession d'exploitation si les recherches s'avéraient concluantes. Ces dernières ont insisté sur l'échec du Salvador à avoir approuvé une étude d'impact et la délivrance d'un permis environnemental alors qu'elle constituait une compagnie minière « *socialement responsable et respectueuse de l'environnement* »⁸⁹⁷. Pour les investisseurs l'autorisation de la concession ne visait qu'à confirmer la capacité technique professionnelle de la société pour les activités d'extractions. D'après le Salvador, les investisseurs ne répondaient pas aux exigences légales ni pour l'obtention d'une licence d'exploitation minière ni pour la délivrance d'un permis environnemental. Le tribunal s'est référé à l'article 37 (2) de la loi minière salvadorienne⁸⁹⁸, précisant les conditions d'obtention d'une licence d'exploitation, objet d'une interprétation litigieuse entre les parties, et s'est penché sur la revendication de l'estoppel en vue de fonder sa décision. Selon le Salvador, les demanderesse ne répondaient aux exigences légales posées par l'article 37(2) imposant une documentation de propriété ou encore un permis environnemental⁸⁹⁹ tandis que les demanderesse se sont opposées à cette lecture en la qualifiant « *d'incomplète, inexacte et trompeuse* ».⁹⁰⁰ L'État a rappelé qu'en aucun cas il n'y avait de droit automatique à une concession. Même si l'étude d'impact avait été approuvée et le permis environnemental accordé, les investisseurs n'auraient toujours pas eu un droit légal à l'obtention de l'exploitation de la concession en regard des articles 40 et 43 de la loi minière⁹⁰¹. La

⁸⁹⁷ *Pac Rim*, Memorial on the Merits and Quantum, 29 mars 2013, §141.

⁸⁹⁸ « La loi minière » signifie « Ley de Minería », la loi minière de 1995, modifiée en 2001 : Ley de Minería, Decreto No. 544 of 14 December 1995, published in the Diario Oficial No. 16, Vol. 330, 24 January 1996 (CLA-210).

⁸⁹⁹ CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, affaire n° ARB/09/12, Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 august 2010. Les conditions d'obtention d'une licence d'exploitation sont prévues par l'article 37 (2) de la loi minière de 1995, amendé en 2001 : Voici l'interprétation litigieuse de l'article, la traduction du Salvador et celle des demanderesse: *Claimant's English Translation: a) A location map of the real estate in which the activities are to be realized, a cartographic sheet of the area, a topographic map and its respective technical description, extent of the solicited area in which the location, borders and names of the adjacent properties are convincingly established; b) The property title for the real estate or authorized permission, in legal form, from the landowner; c) An Environmental Permit granted by the Ministry of the Environment and Natural Resources along with a copy of the Environmental Impact Study or Environmental Diagnostic; d) A Feasibility Study done by a geologist or professional in the subject matter; e) An exploitation program for the first five years, signed by a geologist or other competent professional in the matter; f) Along with the rest of which will be established in the regulation Respondent's English Translation : a) Plot plan of the property where the activities will be carried out, a cartographic map of the area, topographic plan and its respective technical description, extension of the requested area where its location, boundaries and name of bordering properties are irrefutably established; b) The ownership deed of the property or the authorization legally granted by the owner; c) The Environmental Permit issued by the competent authority, with a copy of the Environmental Impact Study; d) The Technical-Economic Feasibility Study prepared by professionals engaged in the subject matter; e) The exploitation program for the first five years, signed by a geologist or a competent professional in the subject matter; f) The others established in the regulations.*

⁹⁰⁰ CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, affaire n° ARB/09/12, Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 august 2010, § 199.

⁹⁰¹ *Ibid.*, § 140.

demande de licence est sujette à une évaluation, au processus de consultation publique et au pouvoir juridique du ministre de l'Economie d'accorder ou de refuser la demande⁹⁰². Deux étapes distinctes sont nécessaires pour accéder aux opérations minières au Salvador : une étape d'exploration et une étape d'extraction minière. La loi du Salvador prévoit donc une procédure relative à la licence d'exploration et une procédure relative à l'exploitation sur la base d'une concession⁹⁰³.

B.- La primauté de la norme de durabilité alimentaire sur la norme de protection de l'investissement

382. En 2012, le tribunal arbitral d'investissement a déclaré son incompétence vis-à-vis des demandes fondées sur l'accord international d'investissement (1°). En revanche, il a admis les demandes sur la base du droit des investissements salvadoriens (2°). Cette circonstance est importante puisqu'elle affecte les normes de fond. Dès lors, cela interroge sur l'adaptabilité des normes prévues dans les accords d'investissements internationaux à recevoir la norme alimentaire. En effet, le tribunal s'est prononcé en faveur de l'État sur la base de la loi salvadorienne. La question est donc de savoir si l'issue du différend aurait été similaire dans l'hypothèse où le tribunal arbitral s'était prononcé sur la base de l'accord international d'investissement ?

1°) L'inapplication de l'accord d'investissement international au profit de la loi salvadorienne

383. Revendication des investisseurs sur le fondement du CAFTA. Les investisseurs ont fait valoir le manquement par le Salvador des dispositions du CAFTA suivantes : l'article 10.3: National Treatment ; l'article 10.4: Most-Favored Nation Treatment; Article 10.5: Minimum Standard of Treatment; Article 10.7: Expropriation and Compensation. Ils prétendaient que le refus d'autorisation de la licence prenait sa source dans la mesure d'interdiction de facto imposée par le Salvador en violation des obligations imposées par le droit salvadorien et le droit international. En principe, l'investisseur demeure protégé de toutes mesures étatiques risquant de mettre en péril son investissement, contre les expropriations mais aussi contre des actions conduisant aux mêmes effets alors qu'elles n'étaient pas destinées à l'origine à priver l'investisseur de sa propriété. Le but environnemental ne permet pas d'éviter l'indemnisation. Dès lors, l'exercice du pouvoir de réglementation de l'État peut se voir restreint, l'État se trouvant dans l'obligation de « payer » s'il souhaite mettre en œuvre une mesure publique attentatoire aux droits des investisseurs. Pour autant, dans cette affaire, le Salvador a réfuté l'ensemble des revendications des demanderesse et remis en doute la compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur les prétentions des investisseurs.

⁹⁰² *Ibid.*, § 62 ; § 140.

⁹⁰³ *Ibid.*, § 144 ; The Republic of El Salvador's Counter-Memorial on the Merits, 10 janvier 2014, §§40-43.

384. La clause de déni des avantages. La compétence du tribunal arbitral saisi sur le fondement de la violation des dispositions contractuelles du CAFTA a été contestée par le Salvador. L'Etat a d'ailleurs tenu à préciser que les demanderessees n'étaient pas de nationalité américaine lors du dénouement des faits litigieux mais une société originaire des îles Caïmans, non signataire du CAFTA. La société mère, de nationalité canadienne au moment du différend n'était pas non plus destinataire du traité. La société PRC a donc changé de nationalité et s'est installée aux Etats-Unis, sous la loi du Nevada, pour actionner le CAFTA. En conséquence, le Salvador a fait valoir un abus de droit des investisseurs. Ces derniers ont souhaité par un changement de nationalité être sous la compétence du CAFTA, dès lors, l'Etat a rappelé que l'ensemble des demandes litigieuses des investisseurs ont eu lieu entre 2004 et 2006, bien avant le transfert de nationalité survenu en décembre 2007⁹⁰⁴.

385. Dans l'hypothèse où l'abus de procédure ne serait pas constaté, le Salvador a demandé aux arbitres de considérer son défaut de compétence et déclaré qu'il souhaitait invoquer la clause du refus d'accorder des avantages⁹⁰⁵. En effet, la société Pac Rim Cayman n'était pas partie à l'accord d'investissement lors du déroulement des faits litigieux, et n'avait donc pas la qualité d'investisseur étranger. Le Salvador a aussi précisé qu'il n'y avait pas de compétence *Ratione Temporis* et qu'en tout état de cause, les dispositions du CAFTA ne pouvaient en aucun cas s'avérer applicables. Les demanderessees ont relevé les revendications contradictoires de l'Etat et soulevé qu'elles n'avaient pas connaissance qu'un tribunal arbitral ait par le passé rejeté intégralement les revendications d'une partie pour défaut de compétence sur la seule base d'un abus de procédure. Les investisseurs ont insisté sur le fait que le changement de nationalité de la société s'inscrivait dans un plan de restructuration financier⁹⁰⁶. Finalement, le tribunal a rejeté les demandes relatives à l'abus de

⁹⁰⁴ Pour un développement sur la procédure Voy N. GALLUS, « Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador », *ICSID Review*, Vol. 28, No. 1, 2013, pp.15-16.

⁹⁰⁵ CAFTA Article 10.12: Denial of Benefits : « 1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party: (a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or (b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments. 2. Subject to Articles 18.3 (Notification and Provision of Information) and 20.4 (Consultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of any Party, other than the denying Party, and persons of a non- Party, or of the denying Party, own or control the enterprise ».

⁹⁰⁶ CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1er juin 2012, § 2.21. ; Jurisdiction Counter-Memorial, § 138.

procédure⁹⁰⁷ et à la compétence *Ratione Temporis*⁹⁰⁸ mais a pris en compte la clause du refus d'accorder des avantages. Pour d'éviter le « *treaty shopping* », les clauses de déni des avantages ont été intégrées dans les traités bilatéraux d'investissements afin de permettre à l'État hôte de refuser le bénéfice de certains traitements aux investisseurs qui ne constituent pas des investisseurs de l'autre État partie au traité. Le tribunal a décidé qu'à partir du 3 août 2010 les demanderessees ne pouvaient pas recevoir les avantages de la partie 10 du CAFTA. Dans ces circonstances, il a estimé ne pas avoir de compétence concernant les prétentions fondées sur le CAFTA⁹⁰⁹.

386. L'interprétation de loi salvadorienne par le tribunal arbitral en défaveur de l'investisseur. Le Salvador a estimé que l'investisseur n'avait droit à aucune concession puisqu'il ne répondait pas aux dispositions légales. La demande ne comportait pas certains documents requis en regard de la Loi minière du Salvador, à savoir, le permis environnemental ainsi que le consentement des propriétaires fonciers situés dans la zone de la concession visée. Partant, le Salvador a estimé qu'il ne manquait à aucune de ses obligations. De son côté, la société minière a rappelé les risques pris lors de la phase d'exploration minière, l'aléa que la mine ne soit pas viable et insisté sur le fait que ce risque ne devait pas provenir de décisions gouvernementales arbitraires. Dès lors, l'État aurait dû refuser la phase d'exploitation plutôt que d'autoriser les recherches minières et ensuite rejeter la demande de licence. Par cette attitude, le gouvernement aurait mis en péril les investissements des demanderessees alors que le gouvernement par des représentations claires et non équivoques sur l'article 37(2) laissait croire que la demande de licence ne conduirait pas à un refus. Partant, l'investisseur se serait fié de bonne foi à ces agissements. Toutefois, le tribunal n'a trouvé aucune trace d'allégations pouvant laisser croire que l'absence de modification pour remplir les dispositions légales de l'article 37 (2) entraînerait l'admission de la concession. Les arbitres ont considéré que l'investisseur n'avait pas réuni l'ensemble des conditions légales nécessaires à l'obtention de la licence⁹¹⁰ et rejeté les revendications des demanderessees sur le fondement de l'estoppel ou de la doctrine *actos propios*.

387. Décision du tribunal. Le tribunal arbitral a condamné la société Pac Rim à verser 8 millions de dollars au Salvador afin de couvrir les frais de procédure. Si la décision rendue en faveur

⁹⁰⁷ Voy. N. GALLUS, « Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador », *ICSID Review*, Vol. 28, No. 1, 2013, pp.16 ; Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1er juin 2012, 2.110.

⁹⁰⁸ *Pac Rim*, § 3.44.

⁹⁰⁹ *Pac Rim*, § 4.92 : « The Tribunal decides that as from 3 August 2010 the Respondent has established under CAFTA to the required standard and burden of proof, as a matter of fact and international law, that the Claimant as an investor and its investments in El Salvador can receive no benefits from Part 10 of CAFTA upon which the Claimant's CAFTA claims necessarily depend; and accordingly that the Centre (ICSID) and this Tribunal can have no jurisdiction or other competence in respect of any such CAFTA claims ».

⁹¹⁰ CIRDI, *Pac Rim c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12, sentence du 4 oct. 2016, § 8. 29 à 8.32.

du droit à l'eau et de l'environnement demeure encourageante, elle s'explique certainement par la configuration spécifique de l'affaire, notamment par l'exclusion de l'accord d'investissement, et l'absence d'activation possible des dispositions protectrices envers les investisseurs internationaux compris dans le CAFTA. Dès lors, c'est le caractère exceptionnellement inopérant du mécanisme d'investissement qui a permis à la sécurité alimentaire de triompher. Il reste difficile d'affirmer que la décision aurait été similaire si l'accord d'investissement international s'était appliqué.

2°) L'application du principe constitutionnel salvadorien de proportionnalité

388. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a interprété la loi minière nationale, spécialement l'article 37(2), disposition litigieuse entre l'investisseur étranger et l'Etat. Rappelons que le tribunal a procédé à une interprétation téléologique en donnant autorité à l'interprétation du Salvador. A la lumière de cette technique interprétative, le tribunal a retenu que ce qui importait était de mesurer les risques potentiels à destination des propriétaires fonciers et occupants de la zone et qu'il ne pouvait s'agir de risques identiques sur la superficie totale de la concession d'une durée de trente ans⁹¹¹. Dans ce dernier point, le tribunal a utilisé le principe de proportionnalité sur le fondement constitutionnel⁹¹². Dans un des rapports d'expertise, le Professeur Tinette a déclaré qu'il était tout à fait constitutionnel d'interpréter l'article 37 (2) de la loi minière salvadorien comme une obligation à la charge des demandeurs d'une concession d'exploitation minière de présenter les documents attestant de la propriété et d'une autorisation des propriétaires fonciers et occupants de la zone en regard des risques⁹¹³. Il est clairement mis en évidence « *le droit de chaque individu de jouir de la propriété qu'il possède sans risque, perturbation, ni peur*⁹¹⁴ ». Il est ajouté, avec « *la tranquillité d'esprit que l'État prendra les mesures préventives appropriées pour que les propriétaires ne subissent aucun dommage ni perturbation*⁹¹⁵ ».

389. Le tribunal a donc estimé à la lumière du principe de proportionnalité qu'il y avait des risques suffisants exigeant le consentement des propriétaires fonciers et occupants de la zone. En regard des risques, les conditions légales demandées demeureraient tout à fait proportionnées. Le tribunal arbitral a rappelé une décision de la Cour suprême salvadorienne portant sur le principe de proportionnalité en vue de justifier son usage :

This constitutional principle of proportionality was addressed by the Supreme Court of El Salvador in its Judgment of 14 December 2004 (Ref 42-2003) as follows: "It is possible to formulate proportionality as a just

⁹¹¹ *Pac Rim*, § 8. 32.

⁹¹² *Pac Rim*, § 8.38.

⁹¹³ *Pac Rim*, *op. cit.*, § 8.34.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ *Ibid.*

criterion for [establishing] an appropriate relationship between means and ends in the event of alleged infringement of fundamental rights by the authorities; in other words, for it to serve as a yardstick by which to control any excessive decision by comparing motive with consequences. It is therefore a barrier against interference by the authority in the exercise of fundamental rights by citizens. But it also constitutes a limit on the exercise of rights when in the scope of the same there is the potential to undermine or injure other constitutional rights, principles or values.”³³⁶

Dans cette perspective, la proportionnalité constitue un critère de contrôle. Il s’agit d’une technique permettant de mettre en balance le pouvoir de réglementation de l’Etat et les droits de l’Homme. Par cette technique, il est donc parfaitement envisageable de comparer la norme alimentaire et la norme liée à l’investissement. Puis, dans l’hypothèse d’un conflit, de mettre en balance les normes en vue de déterminer une priorité normative.

390. Remarques. Ainsi, les demandresses ont perdu leurs droits à une licence d’exploitation lorsque les anciens ont expiré le 1^{er} janvier 2005. En conséquence, elles ne disposaient d’aucune base juridique permettant d’appuyer leurs revendications. Sous ce prisme, le Salvador n’avait violé aucune disposition contractuelle. Il s’était simplement opposé à une compagnie minière qui ne respectait ni les normes environnementales, ni le droit d’accès à l’eau de sa population en exerçant son pouvoir de réglementation. En d’autres termes, il n’était relevé aucun préjudice sur lequel les demandresses pouvaient asseoir leur action. C’est pour cette raison que le Salvador a soulevé avec force qu’il n’y avait pas lieu d’engager sa responsabilité. Cela n’aurait certainement pas été vrai si le Salvador avait admis la licence et par un changement de cap souhaité en aval arrêter les activités minières en vertu du droit de l’environnement. Sous cet angle, cela n’est pas la réaffirmation de la liberté normative des États (*qui pourtant émerge*) et la priorité du droit à l’eau sur les droits des investisseurs qu’il faut entrevoir mais plutôt l’absence de conformité de l’investissement aux normes techniques et juridiques prévues par la loi salvadorienne. Partant, conclure à la considération de la norme alimentaire par le tribunal arbitral d’investissement ou à sa potentielle supériorité hiérarchique sur la norme d’investissement ne demeure pas tout à fait juste. En effet, c’est en raison du défaut d’application de l’accord international d’investissement et par la mise en œuvre, de ce fait, de la loi salvadorienne que la norme alimentaire a pris le pas sur la norme liée à l’investissement. L’affaire *Pac Rim c. Salvador* n’a donc pas consacré les normes environnementales et alimentaires dans le champ arbitral des investissements internationaux. En revanche, elle révèle que cette prévalence relève surtout de l’exception dans le processus traditionnel de protection des investissements en raison de la configuration du différend.

§2.- La durabilité alimentaire à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements

391. Il convient de déceler les conflits de normes porteurs de risques alimentaires (A) puis de se pencher sur la pertinence du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements depuis son entrée par la durabilité jusqu'à son extension dans le droit international des investissements (B).

A.- Le risque alimentaire lié à la durabilité dans le droit international des investissements

392. L'étude des conflits relatifs à la norme alimentaire liée à la durabilité et à celles de l'investissement international (2°) impose en amont d'identifier le contenu du critère de la durabilité (1°).

1°) L'identification du critère de la durabilité

393. Le critère de la durabilité constitue l'un des piliers qualitatifs de la sécurité alimentaire. Il en est l'un des rouages, et la généralisation de son dysfonctionnement dans le champ des investissements internationaux conduit à faire éclore des risques alimentaires. Partant, nous proposons une analyse de la substance de la durabilité, afin de s'emparer du sens de l'investissement durable, étape essentielle qui n'a d'autres finalités que de parvenir à mieux anticiper le risque alimentaire.

394. L'émergence du développement durable⁹¹⁶. « *Nébuleux*⁹¹⁷ » ou encore qualifié « *(d')alibi*⁹¹⁸ », le développement durable suscite des réactions variées avec parfois une méfiance en toile de fond. Il ne faudrait pas que cette arme ne soit en fait qu'une instrumentalisation des États comme des investisseurs masquant une réalité plus sombre. Le développement durable s'appuie sur

⁹¹⁶ Pour une étude approfondie des rapports du développement durable et des investissements internationaux, Voy. p. ex P.-E. WALLACE, « International Investment Law and Arbitration, Sustainable Development, and Rio+20: Improving Corporate Institutional And State Governance », *Sustainable Development Law & Policy* 12, no. 3, 2012, pp. 22-56 ; T.-W. WÄLDE, « Investment Arbitration and Sustainable Development: Good Intentions - or Effective Results? », *Transnational Dispute Management*, (5), 2006 ; A. NEWCOMBE, « Sustainable Development and Investment Treaty Law », *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, 2007 ; K. GORDON, J. POHL, M. BOUCHARD, « Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01 ; S.-H. NIKIËMA, « Nature et portée des exceptions relatives au développement durable dans les accords internationaux d'investissement », *Annuaire Africain de droit international, Online*, Vol. 16, issue 1, 2008, pp. 329-371. Pour une étude approfondie du développement durable. Voy. p. ex : N. SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law : Inception, Meaning and Status*, Martinus Nijhoff, 2008. Pour une thèse : V. BARRAL, *Le développement durable en droit international ; essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, thèse IUE, Bruylant, 2015.

⁹¹⁷ N. MONEBHURRUN, *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, L'harmattan, thèse, 2016, p. 39

⁹¹⁸ S. LATOUCHE, « Développement durable, un concept alibi », *Tiers-monde*, Tome 35, n°137, 1994, pp. 77-94.

trois composantes : économique, sociale et environnementale. La dimension environnementale constitue une voie d'accès ouverte à la sécurité alimentaire et un moyen d'ancrage dans la sphère des investissements internationaux. C'est certainement la protection de l'environnement qui désigne « *l'indicateur principal du développement durable*⁹¹⁹ » dans le droit international des investissements et l'affectation du cadre environnemental par des opérations d'investissement porte un coup sévère à la sécurité alimentaire. Dès lors, l'étude du critère de durabilité sous le prisme environnemental apparaît la voie la plus pertinente démontrant le risque alimentaire.

395. En 1980, l'Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources (IUCN) intégrait dans un rapport intitulé « *Stratégie mondiale de la conservation*⁹²⁰ », la formulation de développement durable. Trois objectifs principaux étaient fixés : 1. Maintenir les processus écologiques essentiels et les systèmes entretenant la vie ; 2. Préserver la diversité génétique ; 3. Veiller à l'utilisation durable des espèces et des écosystèmes. A travers ces trois objectifs, le concept de développement durable fut lancé. En 1987, le célèbre rapport Brundtland, issu des travaux de la Commission mondiale sur l'Environnement et le Développement a défini le développement durable pour la première fois comme étant : « *un développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs*⁹²¹ ».

396. Par la suite de nombreuses conférences et une multiplicité de définitions apportèrent leur contribution à l'identification du concept de développement durable. A ce titre, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 a été décisive par sa reconnaissance du développement durable⁹²². Les Principes 1 à 3 de la Déclaration ont consacré le développement durable et le Principe 4 renvoie à la nécessité de traiter la protection de l'environnement sous un prisme non isolé et de l'intégrer dans le processus de développement, étape indispensable si l'on tient à parvenir au développement durable. Le principe 12 prévoit une exigence de coopération étatique et de promotion d'un système économique international « *propre à engendrer une croissance économique et un développement durable*⁹²³ ». D'autres instruments juridiques sont venus en nombre

⁹¹⁹ N. MONEBHURRUN, *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, L'harmattan, thèse Paris 1, 2016, p. 44.

⁹²⁰ Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources (IUCN), *Stratégie mondiale de la conservation*, 1980.

⁹²¹ Chapter II, Article 1, World Commission on Environment and Development, *Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development*, Brundtland Report, 1987.

⁹²² *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Sommet planète Terre, Rio de Janeiro, Brésil 3-14 juin 1992, Doc.NU A/CONF.151/26.

⁹²³ Dans la même disposition, il est notamment précisé que « les mesures de politique commerciale motivées par des considérations relatives à l'environnement ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée aux échanges internationaux ».

et ont fait fleurir le développement durable. Il peut être noté le *Plan Agenda 21*⁹²⁴ ou encore la *Convention-cadre sur les changements climatiques*⁹²⁵. Les contours flous du concept de développement durable invitent à la prudence. S'il représente une voie intéressante dans la mise en œuvre de la sécurité alimentaire et sa capacité à être considérée dans les investissements internationaux, il n'en reste pas moins un outil encore dans l'incapacité de propulser la justiciabilité de la sécurité alimentaire à un niveau équivalent au droit des investisseurs. Dès lors, c'est l'émergence du développement durable qu'il convient de soutenir en soulignant la nécessité de son éclaircissement et son potentiel de neutralisation des investissements internationaux négatifs.

397. Durabilité et préservation des ressources. La sécurité alimentaire repose sur l'équilibre écologique et le développement durable. Ainsi, dans ses directives volontaires en 2004, la FAO s'est exprimée sur le critère de durabilité attaché à la sécurité alimentaire en mettant en lumière le sens et la finalité de la durabilité :

« Il convient que les États envisagent d'adopter des politiques, des instruments juridiques et des mécanismes d'appui nationaux spécifiques visant à protéger la durabilité écologique et le potentiel des écosystèmes, en vue de garantir aux générations actuelles et futures la possibilité d'assurer une production alimentaire durable accrue, de prévenir la pollution des ressources hydriques, de protéger la fertilité des sols et de promouvoir une gestion durable des pêches et des forêts⁹²⁶ ».

Dans le même sens, l'article 6 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture intitulé « Utilisation durable des ressources phytogénétiques » impose

⁹²⁴ A titre d'exemple, il peut être cité le Chapitre 14 de l'Agenda 21 de Rio qui s'intitule « Promotion d'un développement agricole et rural durable » et qui traite des points suivants : 14A. Examen, planification et programmation intégrée des politiques agricoles, compte tenu du caractère multifonctionnel de l'agriculture et, en particulier, de son importance pour la sécurité alimentaire et un développement durable ; 14B. Participation de la population et mise en valeur des ressources humaines pour une agriculture viable ; 14C. Amélioration de la production et des systèmes d'exploitation ; 14D. Utilisation des terres en agriculture : planification, information et éducation ; 14E. Conservation et régénération des terres ; 14F. Utilisation de l'eau pour une production vivrière et un développement rural durables ; 14G. Conservation et utilisation rationnelle des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et pour une agriculture viable ; 14H. Conservation et utilisation rationnelle des ressources zoogénétiques pour une agriculture viable ; 14I. Gestion des ravageurs et lutte phytosanitaire intégrées en agriculture ; 14J. Promotion de systèmes durables de phytotrophie pour accroître la production vivrière ; 14K. Diversification de l'énergie rurale pour améliorer la productivité ; 14L. Evaluation des effets sur les plantes et les animaux du rayonnement ultraviolet dû à l'appauvrissement de la couche d'ozone stratosphérique.

⁹²⁵ A titre d'exemple, l'article 2 de la *Convention-cadre sur les changements climatiques* qui s'intitule « objectif » précise que :

L'objectif ultime de la présente Convention et de tous instruments juridiques connexes que la Conférence des Parties pourrait adopter est de stabiliser, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique.

Il conviendra d'atteindre ce niveau dans un délai suffisant pour que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable.

⁹²⁶ FAO, *Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale* (2004), Directive 8E.

l'élaboration et le maintien de politiques et de dispositions juridiques appropriées en vue de promouvoir l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Dernier exemple que l'on pourrait multiplier à foison, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a précisé dans son obligation générale n°12 que :

« Pour que la nourriture soit exempte de substances nocives, il faut que les pouvoirs publics et le secteur privé imposent des normes de sécurité des produits alimentaires et prennent une série de mesures de protection afin d'empêcher que les denrées alimentaires ne soient contaminées par frelatage et/ou par suite d'une mauvaise hygiène du milieu ou d'un traitement inapproprié aux différents stades de la chaîne alimentaire; il faut également veiller à identifier et à éviter ou détruire les toxines naturelles⁹²⁷ ».

398. A de nombreuses reprises, la durabilité alimentaire a été menacée par les opérations d'investissement. Ces dernières se confrontent aux réglementations environnementales qui viennent restreindre les droits des investisseurs et poser des limites dans ce secteur traditionnellement peu enclin à se laisser perturber par des normes extra-économiques. Différentes approches sont relevées dans les accords d'investissement qui intègrent des clauses destinées à la protection environnementale avec une force normative plus ou moins élevée. Tout d'abord, la méthode d'intégration est distincte selon les accords. Certains incluent des références environnementales dans le Préambule de l'accord, précisant ainsi expressément l'un des objectifs du traité mais garantissant par la même occasion l'absence de force contraignante. D'autres utilisent la technique des exceptions calquées sur les exceptions générales de l'OMC. Par exemple, l'article 18 de l'accord d'investissement entre le Burkina Faso et le Canada prévoit que :

1. Pour l'application du présent accord :
 - a chacune des Parties peut adopter ou appliquer les mesures nécessaires, selon le cas :
 - i à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou à la préservation des végétaux
 - ii pour assurer le respect de son droit interne qui n'est pas incompatible avec le présent accord,
 - iii à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques;
 - b pourvu que les mesures visées au sous-paragraphe a) ne soient pas, selon le cas :
 - i appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs,
 - ii une restriction déguisée à l'investissement ou au commerce international lié à l'investissement.

Dans cette hypothèse, l'exception environnementale demeure générale, imprécise et sujette à interprétation. Dans la même lignée, mais avec une accentuation de la liberté normative étatique, l'article 1114 de l'ALENA indique que :

1. Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement.

⁹²⁷ V. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 mai 2008, p. 69, sur l'Observation générale n°12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5.

399. Autre technique, l'intégration d'une clause de non-abaissement des standards imposant à l'État de ne pas modifier ses mesures sociales et environnementales en réduisant le niveau de protection en vue d'attirer des investissements étrangers sur son territoire. Par exemple, l'article 15 de l'accord d'investissement entre la Mongolie et le Canada dispose que :

Les Parties reconnaissent qu'il ne convient pas d'assouplir les mesures nationales en matière de santé, de sécurité ou d'environnement afin d'encourager l'investissement. En conséquence, une Partie ne devrait renoncer ou déroger de quelque autre manière, ni offrir de renoncer ou de déroger de quelque autre manière, à de telles mesures afin d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement d'un investisseur. La Partie qui estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement peut demander la tenue de consultations avec cette autre Partie, et les deux Parties se consultent en vue d'empêcher l'encouragement.

A l'origine peu fréquente, l'intégration de clauses environnementales se généralise dans les nouveaux accords d'investissement mais n'empêche pas pour autant des rapports tendus entre la norme environnementale et la norme de protection de l'investissement⁹²⁸. Par ailleurs, le manque d'effectivité de ces clauses et leur portée limitée ont été dénoncés. A ce titre, une réaffirmation du droit de réglementer des États dans les nouveaux accords d'investissements est observée. Le CETA comporte un chapitre dédié au « commerce et au développement durable⁹²⁹ », et instaure un Comité mixte du commerce et du développement durable⁹³⁰. Un chapitre est également destiné au « commerce et à l'environnement »⁹³¹ comportant en son article 24.3 une disposition intitulée « Droit de réglementer et niveaux de protection » qui précise que :

Les Parties reconnaissent le droit de chaque Partie de définir ses priorités environnementales, d'établir ses niveaux de protection de l'environnement ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation et ses politiques d'une manière conforme au présent accord et aux accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elle est partie. Chaque Partie cherche à faire en sorte que cette législation et ces politiques assurent et encouragent des niveaux élevés de protection de l'environnement et elle s'efforce d'améliorer

⁹²⁸ J.-E. VINUALES, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements » in S.F.D.I., *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 407.

⁹²⁹ L'article 22.1 du CETA dispose que « *Les Parties reconnaissent que le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement sont interdépendants et forment des composantes du développement durable qui se renforcent mutuellement, et elles réaffirment leur engagement à promouvoir le développement du commerce international d'une manière qui contribue à la réalisation de l'objectif de développement durable* ».

⁹³⁰ Le Comité est chargé de la supervision et du traitement des dispositions relatives au développement durable ainsi que des questions concernant le lien entre le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement.

⁹³¹ L'article 24.1 du CETA dispose que « *Pour l'application du présent chapitre : droit de l'environnement désigne une loi, y compris une disposition législative ou réglementaire ou une autre mesure juridiquement contraignante d'une Partie ayant pour objet la protection de l'environnement, y compris la prévention des risques pour la vie ou la santé humaines résultant d'impacts environnementaux, qui vise notamment : a) la prévention, la réduction ou le contrôle du rejet, du dégagement ou de l'émission de polluants ou de contaminants de l'environnement; b) la gestion des produits chimiques et des déchets ou la diffusion d'information à ce sujet; c) la conservation et la protection de la flore et de la faune sauvages, y compris des espèces menacées et de leur habitat, ainsi que des aires protégées, à l'exclusion d'une mesure d'une Partie qui concerne uniquement la santé et la sécurité des travailleurs, laquelle relève du chapitre Vingt-trois (Commerce et travail), ou d'une mesure d'une Partie ayant pour objet la gestion de la récolte de subsistance ou l'exploitation de ressources naturelles par les populations autochtones* ».

continuellement cette législation et ces politiques de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent.

400. L'affirmation de la liberté normative des États demeure expresse et renvoie à l'idée d'une protection normative environnementale très forte, assurée par les dispositions normatives du CETA laissant penser à une rupture avec les anciennes pratiques et une prise en compte substantielle de l'intérêt public dans la sphère commerciale. L'article 22 du Code panafricain des investissements intitulé « Responsabilité sociale des entreprises » va plus loin et émet clairement à la charge de l'investisseur une obligation de contribution à la réalisation du développement durable :

1. Les investisseurs veillent au respect de la législation, de la réglementation, des directives administratives et des politiques de l'Etat d'accueil.
2. Les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des Etats d'accueil et sont sensibles à ces objectifs.
3. Les investisseurs contribuent au progrès économique, social et environnemental dans le but de réaliser le développement durable des Etats d'accueil.

Il apparaît clairement une volonté de procéder à une refonte du droit international des investissements internationaux en prenant appui sur le développement durable qui constitue un instrument efficient de « *mise en balance des intérêts et valeurs environnementaux*⁹³² ». Ce principe envisage une cohabitation des normes environnementales et des normes de protection d'investissement.

401. En revanche, il convient de rester prudent. Les dispositions normatives des nouveaux accords d'investissements, bien qu'affirmant avec plus de clarté et de précision le droit de réglementer des États, demeurent si ce n'est similaires, comparables dans leur contenu aux traités bilatéraux d'investissement de la « première vague ». Dès lors, les contradictions normatives qui sommeillent dans le droit international ne disparaîtront pas⁹³³. C'est la raison pour laquelle il nous semble opportun d'identifier et d'évaluer le risque alimentaire relatif à la durabilité dans le droit international des investissements.

⁹³² H. RUIZ FABRI, L. GRADONI et Groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice. France. (Dir.), *Émergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation, Rapport final*, UMR de droit comparé, Université Paris 1 2008, p. 2.

⁹³³ Certaines juridictions ont de longue date affirmées l'importance de la considération de l'environnement sans pour autant que son sort actuel ne soit satisfaisant dans le champ des investissements internationaux. Voy. p.ex : Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997. Dans cette affaire, la Cour internationale de justice s'est prononcée sur les effets négatifs d'une opération d'investissement en regard de l'environnement, des ressources ainsi que de la qualité des eaux. La Hongrie avait fait part de ses préoccupations environnementales relative à un investissement. Celles-ci vont être reprises par la Cour : « *Si les ouvrages de Nagymaros avaient été réalisés comme prévu, l'environnement - et en particulier les ressources en eau potable - dans la région aurait été exposé à de graves dangers en raison, d'une part, des problèmes liés au réservoir d'amont et, d'autre part, des risques d'érosion du lit du fleuve en aval* » (§ 55). Elle continue et rappelle que « *les préoccupations hongroises dans ce secteur concernaient d'une part la qualité des eaux de surface dans le réservoir de Dunakiliti, avec ses incidences sur la qualité des eaux souterraines dans la région, et, d'autre part, plus généralement, le niveau, le mouvement et la qualité tant des eaux de surface que des eaux souterraines dans l'ensemble du Szigetkoz, avec leurs incidences sur la faune et la flore de la plaine alluviale du Danube* » (§56).

2°) Les différents conflits de la norme alimentaire liée à la durabilité et de la norme liée à l'investissement

402. Sous le prime du critère de la durabilité, le terme de norme alimentaire renvoie à l'équilibre écologique, à l'absence de substances nocives et à la préservation des ressources sans lesquelles la sécurité alimentaire ne peut se concrétiser. La norme environnementale est une composante parmi d'autres de la sécurité alimentaire qui reste consubstantielle à la norme alimentaire. En effet, l'abstraction des considérations environnementales conduit à généraliser les risques alimentaires. Toutefois, si la question environnementale et la question alimentaire se rapprochent et sont inséparables sur certains points, elles n'apparaissent pas similaires dans leur tout, elles relèvent deux disciplines distinctes. Leur point commun demeure l'absence de juridiction propre destinée à surveiller, appliquer et sanctionner leur violation. Les développements précédents visaient à saisir le contenu de cette norme alimentaire relative à la durabilité, et reliée à la norme environnementale. Cette dernière est susceptible d'entrer en contradiction avec la norme de protection de l'investissement de sorte que leur application à une même situation impose des obligations « *qu'il est impossible de satisfaire simultanément*⁹³⁴ ».

403. L'absence de reconnaissance expresse de conflits entre les normes environnementales et les investissements internationaux contribue à rendre incertain le traitement des considérations alimentaires et environnementales dans le droit international des investissements. En effet, aucune technique de résolution ne ressort particulièrement de l'étude de la jurisprudence arbitrale. Cette dernière révèle l'absence d'une grille de lecture prévisible, et il ne fait nul doute que ce phénomène reste préjudiciable pour les États, les investisseurs et les victimes d'insécurité alimentaire. Comment se manifestent ces conflits normatifs ? Commençons par nous pencher sur différentes affaires faisant office de cas d'école en vue d'établir un état des lieux de la recevabilité de la norme alimentaire liée à la durabilité dans le champ des investissements internationaux. Le critère de la durabilité sera entrevu par le biais de la norme environnementale qui constitue l'un des piliers de la sécurité alimentaire.

404. Dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*⁹³⁵, rappelons que le gouvernement mexicain avait autorisé à la société Coterin la construction d'un site d'enfouissement de déchets. La société

⁹³⁴ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p. 68.

⁹³⁵ CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. n° ARB(AF)/97/1.

Metalclad a racheté la société Coterin afin de procéder à l'exploitation du site contenant 20 000 tonnes de déchets toxiques qui n'avaient pas été traités. Par la suite, la municipalité a refusé d'accorder les permis nécessaires et entrepris une réglementation environnementale en déclarant que les terres sur lesquelles s'opérait l'investissement constituaient une zone naturelle. En réaction, l'investisseur a introduit une Requête d'arbitrage devant le CIRDI sur le fondement de la violation de l'article 1105 et 1110 de l'ALENA en invoquant la violation aux normes minimales de traitement et l'expropriation de son investissement. Le tribunal a reconnu le manquement aux normes minimales de traitement, particulièrement en regard du défaut de transparence et de prévisibilité nécessaires à la planification des activités d'investissement⁹³⁶. S'agissant de l'expropriation, le tribunal s'est montré réticent à la prise en compte du contenu de la mesure étatique, même environnementale. En effet, il ne s'est prononcé que sur l'atteinte aux droits de propriété et a estimé que les investisseurs avaient bien été expropriés dans les termes suivants :

« The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal's finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation⁹³⁷ ».

Dans la lignée de cette jurisprudence, peu importe que la mesure étatique soit d'ordre environnemental. Si l'atteinte au droit de propriété de l'investisseur est caractérisée, alors, la compensation sera établie. Ainsi, le tribunal arbitral a demandé à l'Etat le versement de la somme de 16 685 000 de dollars à l'investisseur. En conséquence, c'est la question du pouvoir de réglementation environnementale de l'État susceptible d'être restreint par les droits des investisseurs qui se pose et intervient au cœur des conflits normatifs. Dans cette hypothèse, la norme environnementale portée par la mesure interne entre bien en contradiction avec la norme de protection des investissements.

405. Quelques mois plus tard, un tribunal arbitral s'est également prononcé dans un litige relevant de considérations environnementales dans l'affaire *S.D. Myers c. Canada*⁹³⁸. Ce différend renseigne sur la réticence des tribunaux arbitraux à considérer les différends sous l'angle des conflits de normes. Dans cette affaire, la société américaine *S.D. Myers* a invoqué la violation du chapitre 11 de l'ALENA par le Canada, portant entre autres sur le traitement national, la norme minimale de traitement et les expropriations. La demanderesse, située à la limite de la frontière américaine était

⁹³⁶ CIRDI, *Metalclad*, sentence finale, 30 août. 2000, § 99 : « Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA ».

⁹³⁷ *Metalclad*, *op. cit.*, §111.

⁹³⁸ CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, sentence partielle, 13 nov. 2000.

spécialisée dans le traitement de déchets et avait reçu l'autorisation du gouvernement canadien d'importer des PCB, dont le transport demeurerait strictement limité et contrôlé afin d'effectuer une décontamination. Par la suite, un peu moins d'une dizaine d'entreprises demandèrent au gouvernement une autorisation d'importation de ce déchet accordé de manière exceptionnelle à la société *S.D. Myers*. Dans cette intervalle, le gouvernement canadien a interdit l'exportation du produit en vue de se conformer à ses engagements environnementaux internationaux, notamment sur le fondement de la Convention de Bâle relative au contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination⁹³⁹. La demanderesse invoquait que la mesure d'interdiction prise par le Canada visait en fait à protéger les sociétés canadiennes de la concurrence des sociétés étrangères. Lors du déroulement de l'affaire, les États-Unis n'avaient pas encore ratifié la Convention et un accord conclu en 1986 entre le Canada et les États-Unis sur les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux autorisait l'importation du produit⁹⁴⁰. Pour autant, l'ALENA⁹⁴¹ disposait expressément qu'en cas d'incompatibilité entre le présent accord et la Convention de Bâle, cette dernière prévaudrait⁹⁴². Dans sa sentence partielle, le tribunal arbitral a exclu l'expropriation et admis la violation des droits des investisseurs sur le fondement du traitement national et de la norme minimale de traitement. Les arbitres ont considéré que d'autres mesures moins attentatoires aux droits des investisseurs auraient pu être prises. De fait, le Canada n'était pas dans l'obligation d'agir ainsi. L'État se voit dans l'obligation d'adopter la mesure la moins attentatoire aux droits des investisseurs et donc de prendre en compte ce périmètre dans le processus de décision d'une politique publique, alors que de son côté le droit international des investissements n'apparaît pas forcément perméable et réceptif aux considérations environnementales.

406. La sentence a fait couler de l'encre et a marqué un peu plus les difficultés d'articulations entre les normes. Deux interprétations de la solution sont envisageables. Soit l'on considère qu'après

⁹³⁹ Convention de Bâle portant sur le contrôle des mouvements transfrontalières de déchets dangereux et de leur élimination, signé le 22 mars 1989. Cette Convention vise la protection de la santé des populations et de l'environnement des conséquences préjudiciables des déchets dangereux. L'article 4 (5) prévoit que « *Les Parties n'autorisent pas les exportations de déchets dangereux ou d'autres déchets vers un Etat non Partie ou l'importation de tels déchets en provenance d'un Etat non Partie* ».

⁹⁴⁰ Accord sur les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux entre le Canada et les États-Unis, entré en vigueur le 8 novembre 1986.

⁹⁴¹ Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique (ALENA), entré en vigueur le 1er janv. 1994.

⁹⁴² Article 104. 1 c) ALENA. 1. *En cas d'incompatibilité entre le présent accord et les obligations spécifiques que prescrivent en matière de commerce (...) c) la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, faite à Bâle le 22 mars 1989, dès son entrée en vigueur pour le Canada, le Mexique et les États-Unis (...) ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toute Partie devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord.*

tout, les États-Unis n'avaient pas ratifié la Convention de Bâle et que le tribunal a procédé à une lecture légitime des textes internationaux. Soit, à l'inverse, on estime que le Canada a agi en conformité avec ses engagements environnementaux et que le tribunal n'a pas pris en compte le caractère spécifique de l'obligation environnementale déclarée supérieure au chapitre 11 dans l'ALENA. L'affaire renseigne sur la menace que font peser les droits des investisseurs sur la liberté normative des États. En effet, si l'État dispose d'autres moyens d'action, il n'en reste pas moins que ce dernier choisit une voie et l'application d'une mesure parce qu'il juge que celle-ci est la plus appropriée pour parvenir à ses objectifs au nom de l'intérêt général. Certains ont souligné « l'interprétation conciliatrice des obligations internationales⁹⁴³ » de l'État concernant la protection de l'environnement et de l'investissement. Toutefois, le Canada a été condamné au versement de 6,06 millions de dollars en raison de la mise en œuvre d'une mesure de protection environnementale attentatoire aux droits des investisseurs.

407. Une rupture apparente avec la jurisprudence arbitrale précédente apparaît observable dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*⁹⁴⁴. En revanche, il n'en demeure pas moins, que le tribunal arbitral ne s'est pas prononcé sur les rapports ou un éventuel conflit entre la norme environnementale et la norme de protection de l'investissement. Il a naturellement rendu sa solution en se demandant si les États-Unis pouvaient prendre une mesure environnementale alors que celle-ci était attentatoire aux droits des investisseurs à la lumière des règles du droit international des investissements. Dans cette affaire, la société Methanex dénonçait les effets préjudiciables sur son investissement de la mesure d'interdiction prise par les États-Unis portant sur l'utilisation de MTBE, additif de l'essence composée de méthanol. Le tribunal arbitral a apprécié le risque du produit sur la base des preuves scientifiques apportées par les autorités américaines et conclu que la mesure étatique n'était pas infondée. L'investisseur a invoqué la violation du droit à un traitement équitable, de la norme minimale de traitement et l'expropriation indirecte de son investissement sur le fondement de l'ALENA. Le tribunal arbitral a exclu l'ensemble des revendications de l'investisseur et considéré que le pouvoir de réglementation de l'État ne pouvait désigner une expropriation que si des engagements spécifiques avaient été donnés par le gouvernement :

« In the Tribunal's view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the

⁹⁴³ J.-E. VINUALES, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements » in S.F.D.I., *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 417.

⁹⁴⁴ CNUDCI, *Methanex Corporation c. États-Unis*, 3 août 2005.

regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation⁹⁴⁵.»

408. Les exemples pratiques pourraient se multiplier⁹⁴⁶. L'analyse de la jurisprudence arbitrale confirme la variabilité et l'insuffisance de réception des considérations environnementales dans le champ des investissements internationaux. Partant, le défaut de prise en compte de la norme environnementale constitue un fait générateur de risques alimentaires. En effet, sans la garantie d'un environnement sûr (ex : accès à l'eau non contaminée), la sécurité alimentaire est dans l'incapacité de se réaliser. Des évolutions récentes sont observables. Certains tribunaux arbitraux ont démontré leur capacité à tenir compte des considérations environnementales. Par exemple, dans l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Équateur*⁹⁴⁷, les arbitres ont admis les demandes reconventionnelles introduites par l'Etat et décidé que l'investisseur devait procéder au versement d'une compensation à hauteur de 41 millions de dollars en raison d'importants dommages environnementaux. Le tribunal arbitral a réussi à prendre en compte l'environnement en usant des règles relatives au champ des investissements internationaux.

409. L'ensemble des développements précédents visaient à mettre en lumière les conflits de normes porteurs de risques alimentaires lorsqu'ils sont liés à la durabilité et à la norme de protection de l'investissement. L'étude de la mise en œuvre du critère de la durabilité par le biais de l'affaire *Pac Rim c. Salvador* a révélé que les tribunaux arbitraux d'investissements demeuraient tout à fait capables d'appliquer la norme alimentaire et de la faire primer sur la norme de protection de l'investissement, notamment en faisant usage du principe de proportionnalité. Dès lors, il nous semble intéressant de développer cette voie et de démontrer que si ce principe est entré par la durabilité dans le droit international des investissements, il demeure adaptable aux différents champs de la relation entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. De manière générale, le principe dispose d'une aptitude de résolution des conflits normatifs entre un intérêt public et privé, cela même sur la base des règles d'investissement disponibles dans les accords internationaux d'investissement.

⁹⁴⁵ *Methanex, op. cit.*, § 7

⁹⁴⁶ P. ex. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Egypte*, aff. n° ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008 ; CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006 ; CIRDI, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, aff. n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000 ; CIRDI, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, affaire n° ARB/09/6, sentence du 11 mars 2011 ; CIRDI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, aff. n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016.

⁹⁴⁷ CIRDI *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, aff. CIRDI n° ARB/08/5.

B. L'adaptation du principe de proportionnalité

410. Il conviendra de révéler les rouages de l'entrée du principe de proportionnalité par la durabilité dans la sphère des investissements internationaux (1°) pour ensuite justifier du bien-fondé de son extension dans le droit international des investissements (2°).

1°) L'entrée du principe de proportionnalité par la durabilité dans le droit international des investissements

411. L'affaire *Tecmed c. Mexique*⁹⁴⁸ demeure, comme il a déjà été indiqué, la première affaire par laquelle le principe de proportionnalité s'est introduit dans le droit international des investissements. Cette affaire traitait de la durabilité et du refus de renouvellement d'un permis d'exploitation portant sur une décharge de déchets dangereux. Le tribunal s'est prononcé sur le fait de savoir si la mesure entreprise était constitutive d'une expropriation. Partant, il s'était penché sur l'effet de la mesure sur l'investissement et avait estimé qu'à cet égard, la mesure étatique pouvait s'analyser en une expropriation. Ensuite, il avait incorporé la proportionnalité à l'appui de son raisonnement :

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

En vue de solidifier l'usage de la proportionnalité, le tribunal n'a pas hésité à intégrer la jurisprudence de la CEDH en citant l'affaire *James et autres c. Royaume-Uni*⁹⁴⁹ :

Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim « in the public interest », but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised...[...]. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear “an individual and excessive burden” [...] The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto.

412. Si en principe les tribunaux arbitraux d'investissements demeurent plutôt réticents à la réception de normes extérieures, cette référence aux techniques réservées habituellement à la sphère des droits de l'Homme est révélatrice d'une véritable ouverture. Il renseigne aussi sur le besoin de nouvelles techniques juridiques qui n'existait pas dans la discipline du droit international des

⁹⁴⁸ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, aff. n°ARB (AF)/00/2.

⁹⁴⁹ CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, 50, pp.19-20, <http://hudoc.echr.coe.int>.

investissements. Dès lors les arbitres piochent dans d'autres droits des méthodes et comblent certaines lacunes juridiques. Dans l'affaire *James et autres c. Royaume-Uni*, il est mentionné qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché. Dans ce sens, la mesure doit être appropriée et non disproportionnée. En reprenant le test de proportionnalité, le tribunal arbitral dans l'affaire *Tecmed* a sans prononcer les termes de conflits normatifs tenté « *de déterminer si, en présence de deux intérêts légitimes ayant des implications contradictoires, la conciliation avait abouti à un résultat raisonnable, équilibré*⁹⁵⁰ ». Les arbitres ont recherché à mesurer la légitimité de la mesure étatique entreprise en appuyant leur raisonnement sur la technique juridique.

Penchons-nous sur le déroulement du test. Tout d'abord, la mesure étatique poursuivait-elle un objectif légitime ? Au premier regard, la mesure entreprise par l'Etat, c'est-à-dire, le refus de renouveler le permis d'exploitation semblait justifier par des motifs environnementaux. A partir de ce constat, la première condition du test apparaissait remplie. Toutefois, il a été observé que les violations du permis mentionnées ne portaient pas atteinte à l'environnement, l'équilibre écologique ou la santé de la population⁹⁵¹ et donc que le refus d'accorder le permis n'avait pour but la protection de l'environnement. Ensuite, la mesure apparaissait-elle adaptée ? Rappelons que cette condition sous-entend que dans cette perspective, « *la loi doit être un moyen approprié d'atteindre l'objectif au moins dans une faible mesure*⁹⁵² ». A partir du moment où la première condition ne demeurerait pas remplie, il restait difficile de répondre aux autres. A l'appui de la première prétention, le tribunal a tout de même ajouté qu'il n'y avait pas en réalité de raison d'intérêt public et de réelle situation d'urgence⁹⁵³. L'Etat a justifié la mesure par la protection de l'environnement et de la santé publique ainsi que la nécessité de répondre aux pressions de la population résultant de la localisation du site, du malaise social et des violations au cours de l'opération d'investissement⁹⁵⁴. Dès lors, le tribunal a recherché si la mesure entreprise s'avérait adaptée aux pressions sociales supportées par les autorités mexicaines.

413. Après une analyse de la situation, les arbitres ont constaté que c'est la proximité du site avec le centre urbain d'Hermosillo et non le fonctionnement préjudiciable de l'activité à

⁹⁵⁰ S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, thèse Paris 1, 2010, p. 342.

⁹⁵¹ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, affaire n°ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 124.

⁹⁵² K. MÖLLER, « Proportionality: Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, Vol.10, Issue 3, July 2012, p. p. 711.

⁹⁵³ *Tecmed, S.A. c. Mexique*, *op.cit.*, § 125 et § 147.

⁹⁵⁴ *Tecmed*, § 125.

l'environnement et à la santé publique qui constituait le principal problème invoqué par l'opposition⁹⁵⁵. En effet, c'est l'argument central invoqué au soutien de la révocation du permis, faute de preuve, l'objectif étant la fermeture du site et la délocalisation des activités⁹⁵⁶. De plus, le Mexique n'a pas apporté de preuves sur « *l'intensité, la force et l'agressivité*⁹⁵⁷ » de l'opposition. Partant, en regard des faits de l'espèce, la mesure n'apparaissait pas adaptée aux yeux du tribunal arbitral. Enfin, sur l'analyse de la nécessité de la mesure et donc le fait de savoir s'il n'existait pas d'autres moyens moins restrictifs d'atteindre l'objectif poursuivi, cela n'appelle pas de commentaire supplémentaire. La mesure ne poursuivait pas un but légitime et n'apparaissait pas appropriée ni proportionnée d'après le tribunal. Ce dernier a donc retenu l'expropriation. C'est ainsi que le principe de proportionnalité est né dans le droit international des investissements.

414. Pour autant, des critiques ont émergé sur l'approche entreprise du principe de proportionnalité dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*⁹⁵⁸ et sur la distinction entre les deux disciplines que sont le droit international des investisseurs et les droits de l'Homme. Un exemple marquant correspond à celui de l'indemnisation et conforte l'idée selon laquelle il est nécessaire d'obtenir quelques points communs similaires structurels⁹⁵⁹. A ce titre, il apparaît une distinction importante entre la CEDH et les tribunaux arbitraux d'investissement. Dans l'hypothèse d'une violation du droit de propriété, la CEDH estime que le versement d'une indemnité est d'une importance considérable en vue de se conformer aux textes européens des droits de l'Homme, spécialement l'article 1er du Protocole additionnel n°1 de la CEDH.

Au contraire, la jurisprudence arbitrale liée à l'investissement oscille et les parties sont souvent confrontées « au scénario du tout ou rien⁹⁶⁰ », selon la doctrine appliquée (*sole effect* ou *police powers*) et la caractérisation de la situation en expropriation indirecte. En conséquence, l'extension du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements ne pourra rester calquée sur la jurisprudence de la CEDH, mais au contraire devra se développer en accord avec ses propres spécificités.

⁹⁵⁵ *Tecmed*, § 140.

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ *Tecmed*, § 144.

⁹⁵⁸ G. BÜCHELER, Proportionality in Investor-State Arbitration, *Oxford UP*, 2015, p. 141 et s.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 146.

⁹⁶⁰ *Ibid.*

2°) L'extension potentielle du principe de proportionnalité aux autres rapports de la norme alimentaire et de la norme d'investissement

415. Si le principe de proportionnalité est entré dans la sphère des investissements internationaux par une affaire portant sur la durabilité, il s'est depuis lors propagé et se retrouve adaptable à l'ensemble des situations mêlant la sécurité alimentaire et les investissements internationaux en raison du caractère conflictuel entre l'intérêt public et privé. On a observé que les tribunaux avaient transposé le principe utilisé par la CEDH au droit international des investissements, et la provenance demeure importante sous l'angle du sujet d'étude. Les mécanismes des droits de l'Homme peuvent venir à la rescousse des arbitres en vue de les aider à combler certaines carences de leurs disciplines. En l'occurrence, la technique transposée permet de soupeser deux intérêts légitimes entre eux, notamment dans nos hypothèses, un intérêt public alimentaire et un intérêt privé. Il est remarquable de constater qu'encore une fois, c'est par le droit de l'environnement que la porte des droits de l'Homme s'ouvre, prouvant la capacité de cette discipline à sensibiliser et à mobiliser des troupes sur des terres, à l'origine plutôt hostiles et inconnues des droits de l'Homme. La thématique du développement durable a réussi ces dernières années à infiltrer les sphères du droit international économique et c'est certainement par cette voie que la sécurité alimentaire doit tenter de s'imposer en révélant ensuite ses autres composantes (critère de l'accessibilité, critère de répartition équitable et critère culturel) qui restent souvent moins bien comprises et donc admises que la composante de la durabilité. Ceci étant dit, relevons que le principe de proportionnalité demeure donc extensible en qualité de technique de résolution des conflits et s'avère pertinent à appliquer dès lors qu'une norme alimentaire entre en conflit avec une norme liée à l'investissement notamment le traitement juste et équitable ou encore un problème relatif à une expropriation.

416. Sous l'angle de l'expropriation, différentes affaires récentes ont révélé des références à la proportionnalité. Dans l'affaire *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique*, le tribunal s'est appuyé sur l'affaire *Tecmed c. Mexique* pour distinguer une expropriation indemnisable et une réglementation non indemnisable en se référant au principe de proportionnalité:

To distinguish between a compensable expropriation and a non- compensable regulation by a host State,¹⁶⁰ the following factors (usually in combination) may be taken into account: whether the measure is within the recognized police powers of the host State; the (public) purpose and effect of the measure; whether the measure is discriminatory; the proportionality between the means employed and the aim sought to be realized;¹⁶¹ and the bona fide nature of the measure⁹⁶¹. (nous soulignons).

⁹⁶¹ CIRDI, *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique*, aff. n°. ARB(AF)/02/1, 17 juillet 2006, § 176.

Plus récemment, dans l'affaire *Burlington Resources Inc. c. Equateur*⁹⁶², le tribunal arbitral en référence au principe de proportionnalité a estimé que :

« (...) Ecuador's measure was necessary to avoid significant economic loss and the risk of permanent damage to the Blocks. It was also appropriate because Ecuador entered the Blocks without using force. It was equally proportionate as the means employed were suited to the ends of protecting the Blocks (nous soulignons).

Par la vérification de la nécessité de la mesure, de son caractère approprié et la justification de sa proportionnalité, le tribunal entreprend le test de proportionnalité. De même, sous l'angle du traitement juste et équitable, un certain nombre d'affaires s'appuie sur le principe de proportionnalité.

Dans l'affaire *Spyridon c. Roumanie*⁹⁶³, le tribunal a relevé que :

« Respondent's conduct did not infringe the principles of legal certainty and proportionality in violation of the full protection and safety clause contained in Article 2(2) of the BIT ».

Dans l'affaire *Occidental Petroleum c. Equateur*, le tribunal arbitral s'est référé à maintes reprises à la proportionnalité et a considéré que la réponse de l'Equateur n'était pas proportionnée dans les circonstances particulières de l'affaire⁹⁶⁴. Il a notamment spécifié que :

(...) investment treaty tribunals have found that the principle of proportionality is part and parcel of the overarching duty to accord fair and equitable treatment to investors.

417. Si le principe de proportionnalité est susceptible de s'étendre, pour autant, il reste jusqu'alors encore utilisé timidement par les tribunaux arbitraux d'investissement et n'est pas utilisé dans des raisonnements développés en qualité de test de proportionnalité. Quoiqu'il en soit, son extension potentielle aux rapports conflictuels entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement reste la bienvenue par l'appui du test de proportionnalité.

Section 2.- Le critère culturel dans le droit international des investissements

418. Dans ce développement, il s'agira de mettre en lumière l'application du critère culturel alimentaire et ses spécificités dans le droit international des investissements (§1). Les différents conflits de normes porteurs de risques alimentaires culturels seront analysés puis le principe de proportionnalité sera appréhendé sous le prisme de la norme culturelle afin d'illustrer son inefficacité sans une mise en œuvre préalable du principe de balancier, pièce nécessaire au bon fonctionnement du mécanisme de la proportionnalité (§2).

⁹⁶² CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, aff. no. ARB/08/5, décision sur la responsabilité, 14 décembre 2012, § 504.

⁹⁶³ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, aff. n° ARB/06/1§ 358.

⁹⁶⁴ CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, affaire n° ARB/06/11, sentence 05 octobre 2012, note 7, p. 70.

§1.- La mise en œuvre du critère culturel dans le droit international des investissements

419. Dans cette analyse, le critère culturel désigne l'ensemble des éléments spécifiques rattachés à l'alimentation sans lequel la sécurité alimentaire n'est pas en mesure de se concrétiser. Or, dans certaines circonstances, des opérations d'investissement sont susceptibles de remettre en question la spécificité alimentaire. Il faudra donc déceler les particularismes de ce type d'atteintes (A) et identifier les investissements affectant les moyens de subsistance traditionnels des peuples autochtones (B).

A.- L'opération d'investissement international sur les terres des communautés autochtones

420. L'étude des opérations d'investissements internationaux sur les terres des communautés autochtones impose d'identifier les peuples autochtones (1°) puis de comprendre les motifs d'atteintes au droit à la terre générées par ces dernières (2°).

1°) L'identification des peuples autochtones.

421. En quelques lignes, il convient de se pencher sur la définition et les conditions d'identification des peuples autochtones. Dans son étude intitulée « *Study on the discrimination against indigenous peoples* », José Martinez Cobo a suggéré la définition suivante des peuples autochtones :

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques⁹⁶⁵ ».

Mais c'est l'article 1er de la Convention 109 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux vivant dans les pays indépendants du 27 juin 1989⁹⁶⁶ qui énonce une série de conditions d'identification permettant de mieux appréhender cette définition.

⁹⁶⁵ J.-R. MARTINEZ COBO, « Study of the problem of discrimination against indigenous populations » (E/CN.4/Sub.2/1986/7) in Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones, Groupe des Nations Unies pour le développement, 2009 p. 8 ; Voy. Inter-American Court of Human Rights, Case of the Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs) § 131.

⁹⁶⁶ Article 1er de Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux (C169), 1989, Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, adoptée à Genève, 76ème session CIT, 27 juin 1989, entrée en vigueur le 05 sept. 1991.

La présente convention s'applique : (...) (a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale; (b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. 2. Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention ». 3. L'emploi du terme peuples dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international.

Ceci étant précisé, intéressons-nous aux motifs des atteintes au droit à la terre opérées sur les terres des peuples autochtones en vue de mieux saisir les risques alimentaires culturels et les conflits normatifs susceptibles d'émerger.

2°) Les motifs d'atteintes au droit à la terre par l'opération d'investissement

422. L'atteinte au droit à la terre par l'opération d'investissement en vertu de l'intérêt général. L'opération d'investissement qui s'exerce sur des territoires autochtones a très souvent lieu sous couvert de l'intérêt général sans prise en compte suffisante des spécificités liées aux populations. En effet, la protection des droits des communautés autochtones repose sur des droits aux nombreuses particularités⁹⁶⁷. Cela découle entre autres de la conception du droit de propriété qui correspond à un attachement profond à des terres ancestrales. Les différends sont liés à la terre, convoitée par les investisseurs étrangers.

423. Propriété privée et propriété collective. Le droit est exposé de manière à faire oublier ses rapports, ses liens à l'histoire et le contexte de son élaboration. Certains concepts sont souvent avancés pour démontrer la permanence à laquelle ils sont attachés, comme celui de droit de propriété⁹⁶⁸. La perception du droit de propriété pour saisir les conflits entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux est déterminante. Il semblerait que le droit de propriété soit « *consubstantiel à l'Homme*⁹⁶⁹ ». Toutefois, cette approche ignore les différentes formes de propriétés, il y a le dominium, mais aussi des propriétés pérégrines⁹⁷⁰. De nombreuses civilisations méconnaissent le droit de propriété au sens de l'appropriation privative⁹⁷¹. C'est le cas des peuples

⁹⁶⁷ P. NIKKEN, Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights, in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, & E.-U. PETERSMANN (eds.), « Human Rights in International Investment Law and Arbitration », Oxford/New York, Oxford UP 2009, XLVIII-597, p. 261.

⁹⁶⁸ L. BOY, *Droit économique*, Vol. 1, Cours, l'Hermès, 2002, p. 47.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ *Ibid.*

autochtones. John Locke apparaît être l'un des premiers à développer et défendre le principe d'appropriation privée des ressources⁹⁷².

424. Dans sa thèse sur *les peuples autochtones et leur relation originale à la terre*⁹⁷³, Frédéric Deroche précise qu'à l'origine, Vattel s'est aligné sur les idées de John Locke concernant le droit de propriété sur la terre. En vertu du droit naturel, il apparaît que la propriété d'une terre est déterminée par le travail et le fait de la cultiver. Dès lors, des terres non cultivées deviendraient dès qu'elles sont travaillées des propriétés privées⁹⁷⁴. Les terres qui ne sont pas utilisées sont considérées comme relevant du gaspillage et ne peuvent donc pas relever d'un droit de propriété dans la conception de Locke⁹⁷⁵. Dès lors, dans cette conception, seuls les Européens avaient la capacité d'améliorer les terres non utilisées et en faire un titre de propriété privée⁹⁷⁶. Le fossé entre la propriété privée et la propriété collective demeure profond et ancien. Cette conception de la propriété privée nie par exemple les systèmes traditionnels et ancestraux des communautés autochtones. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme s'est prononcée dans différentes affaires relatives à des différends entre investisseurs et communautés autochtones. Celle-ci a affirmé qu'il ne lui appartenait pas de déterminer le mode de propriété qui devait primer sur l'autre⁹⁷⁷. Cependant, l'issue de sa décision renseigne sur le mode de propriété adéquat et découle de la prédominance d'une propriété sur l'autre⁹⁷⁸. Le lien entre le droit à la terre, l'identité culturelle et le mode de vie est étroit et conduit pour certaines communautés à un droit collectif sur la terre⁹⁷⁹.

425. L'insuffisance de la mise en oeuvre des droits fonciers. Le Professeur François Collart-Dutilleul a déclaré que :

« Les paysans pauvres sont pris en tenaille entre un droit foncier qui joue de la différence entre droit coutumier et droit dit moderne et qui ne sécurise pas leur occupation collective de la terre, d'une part, et un droit des investissements qui fait la part belle aux investisseurs, d'autre part. C'est cette

⁹⁷² Sur l'analyse de la propriété chez John Locke, V. p. ex J. TULLY, *A Discourse on Property : John Locke and his Adversaries*, Cambridge University Press, 1980 cité in F. DEROCHE, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre, Un questionnement pour l'ordre mondial*, thèse, l'Harmattan, 2008, p. 98-99.

⁹⁷³ F. DEROCHE, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre, Un questionnement pour l'ordre mondial*, thèse, l'Harmattan, 2008.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ Voy. P. NIKKEN, « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, & E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, XLVIII-597, p. 264.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ Voy. A. Strecker, « The Human dimension to Landscape Protection in International Law » in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 344.

*tenaille qu'il est impératif de desserrer*⁹⁸⁰ ».

Les peuples autochtones souffrent d'une absence de reconnaissance de leur droit foncier coutumier, notamment de l'absence de reconnaissance de titre de propriété sur des terres ancestrales. Sous le prisme des communautés autochtones, la terre ne constitue pas une marchandise susceptible d'appropriation, elle demeure un élément de la nature susceptible de faire l'objet d'une jouissance libre et collective⁹⁸¹. Cette propriété collective ancestrale est en concurrence avec une propriété individuelle moderne. La reconnaissance de la propriété collective pourrait être l'un des moyens les plus efficaces pour réguler les appropriations de la terre⁹⁸². Cette reconnaissance permettrait d'apporter « *la sécurité foncière à des communautés organisées qui tirent leurs moyens de subsistance d'un territoire commun*⁹⁸³ ». La reconnaissance du droit à la propriété et à la possession des terres occupées traditionnellement par des peuples autochtones n'a bien souvent que très peu d'effectivité dans la pratique. Pourtant l'article 14 de la Convention OIT n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux⁹⁸⁴, consacre les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement et préconise la mise en place d'une série de mesures afin de sauvegarder leurs droits et conserver leurs activités traditionnelles, et en particulier leurs activités ancestrales de subsistance.

426. L'atteinte au droit à la terre par l'opération d'investissement en vertu du développement économique. Le développement économique et les déplacements forcés menacent l'économie traditionnelle de certaines populations, spécifiquement des peuples autochtones. Les investisseurs, parfois accompagnés des États, pénètrent sur les territoires de ces communautés sans leurs consentements. Le risque alimentaire s'inscrit dans la lignée des dépossessions subies par les peuples autochtones contraints de ne plus s'alimenter sur la base d'un système relié à leurs terres

⁹⁸⁰ F. COLLART DUTILLEUL, « Investissements internationaux et accaparement des terres : la recherche d'un équilibre » in F. COLLART DUTILLEUL, *Penser une démocratie alimentaire (vol. I)*, Inida, p. 83, 2013.

⁹⁸¹ Sur le rapport des communautés autochtones à la terre, Voy. Rapport de J. R. MARTINEZ COBO, *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Conclusions, propositions et recommandations*, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, Vol V, Nations Unies, E/CB.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, pp. 16-21 et pp. 41-45.

⁹⁸² F. COLLART DUTILLEUL, « Investissements internationaux et accaparement des terres : la recherche d'un équilibre ». François Collart-Dutilleul. *Penser une démocratie alimentaire (vol. I)*, Inida, 2013, p. 83.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ Article 14 de la Convention OIT n°169 sur les peuples indigènes et tribaux : « 1. Les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés. En outre, des mesures doivent être prises dans les cas appropriés pour sauvegarder le droit des peuples intéressés d'utiliser les terres non exclusivement occupées par eux, mais auxquelles ils ont traditionnellement accès pour leurs activités traditionnelles et de subsistance. Une attention particulière doit être portée à cet égard à la situation des peuples nomades et des agriculteurs itinérants. 2. Les gouvernements doivent en tant que de besoin prendre des mesures pour identifier les terres que les peuples intéressés occupent traditionnellement et pour garantir la protection effective de leurs droits de propriété et de possession. Des procédures adéquates doivent être instituées dans le cadre du système juridique national en vue de trancher les revendications relatives à des terres émanant des peuples intéressés ».

ancestrales. Le risque alimentaire culturel commence dès le premier pas de l'investisseur sur le territoire des peuples autochtones. D'après les Nations Unies⁹⁸⁵, les peuples autochtones désigneraient au moins 5 000 groupes humains et représenteraient 370 millions de personnes dans plus de 70 pays. La construction de barrage, l'exploitation forestière ou l'exploitation minière constituent des illustrations d'investissement à haut risque pour la sécurité alimentaire des peuples autochtones sous couvert de développement économique et parfois en violation des textes internationaux. Les dépossession sont également constatées dans le cadre de la préservation de l'environnement.

427. Mais derrière ce type de dépossession se cache encore le développement économique. Dans l'affaire des *San c. Botswana*⁹⁸⁶, une décision de la Cour suprême du Botswana a déclaré le droit au retour des San sur leurs terres ancestrales à la suite du projet de création par l'État de parcs nationaux. Pourtant, la majorité des San se sont vu refuser l'accès à leur territoire. Cela pose aussi la question de l'effectivité des droits. C'est ainsi que le modèle de développement économique sur lesquels sont fondées les opérations d'investissements internationaux demeure inadapté aux communautés autochtones qui ne souhaitent en aucun cas y être assimilées. Les violations à la sécurité alimentaire sont multiples et commencent par le développement forcé imposé par les Etats. L'Organisation internationale du travail (« OIT ») a déclaré que :

« les peuples autochtones ont souvent souffert du développement au lieu d'en bénéficier. Tandis que la construction d'infrastructures, l'exploitation pétrolière, forestière et minière ont contribué à la croissance économique de certains secteurs de la société, elles ont eu des conséquences désastreuses sur la vie des peuples⁹⁸⁷ ».

Les Nations Unies ont fait part de la situation inquiétante des peuples autochtones qui par le passé ont fait l'objet d'injustices par la colonisation et la dépossession de leurs terres empêchant leur droit au développement :

Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts⁹⁸⁸.

⁹⁸⁵ Données disponibles en lignes : <http://www.un.org/fr/rights/overview/themes/indigenous.shtml>, consulté le 25 mars 2018.

⁹⁸⁶ *Hight Court of Botswana, Roy Sesana, Keiwa Setlhobogwa and Others vs Botswana*, Misc. No. 52 of 2002, 13 décembre 2006.

⁹⁸⁷ Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique: un guide sur la convention no. 169 de l'OIT / Organisation internationale du Travail. - Genève: OIT, 2009 1 v. p117.

⁹⁸⁸ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée par l'Assemblée Générale en septembre 2007

428. Si cette époque apparaît lointaine et s'avère qualifiée par les Nations Unies dans sa déclaration sur les peuples autochtones « *d'injustices historiques* », ces communautés continuent d'être victimes d'opérations d'investissements. Derrière le développement économique, il est dénoncé la volonté de l'Etat et des investisseurs de « s'accaparer » de nouvelles ressources. Dans ces hypothèses, l'État est susceptible de porter atteinte à « *l'héritage, aux droits et à la diversité culturels* » des communautés autochtones selon les termes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁹⁸⁹. Notons aussi que les stratégies alimentaires nationales reposent sur un « *vaste cadre de planification*⁹⁹⁰ ». Dans ce sens, c'est une démarche intégrée des Etats qui constitue une rationalisation permettant de concilier les objectifs alimentaires aux politiques de développement⁹⁹¹. De multiples pays en voie de développement ont mis en œuvre des politiques afin d'attirer les investisseurs publics et privés, alors que les droits d'accès et d'utilisation de ces terres ne sont pas garantis. Un grand nombre d'Etat se considèrent comme les uniques propriétaires d'une grande partie des terres dans leur pays.

429. Cette vision conduit à une absence de considération des éventuels utilisateurs locaux ne détenant pas de titre de propriété sur les terres qu'ils cultivent⁹⁹². C'est le cas au Brésil dans l'affaire du « *Barrage de Belo Monte* ». Le gouvernement brésilien a mis en place une stratégie de développement axé sur la croissance économique. Cette stratégie qui vise au départ à lutter contre l'insécurité alimentaire et la dépendance énergétique au Brésil porte atteinte simultanément aux modes culturels et alimentaires des peuples amazoniens. Une réflexion sur la prise en compte du caractère spécifique, traditionnel et coutumier des peuples autochtones s'avère nécessaire et révèle l'attention particulière⁹⁹³ dont il devrait faire l'objet. Pourtant, il n'en est rien. Au contraire,

⁹⁸⁹ S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012.

⁹⁹⁰ Conseil mondial de l'alimentation, Rapport, 6^{ème} session, 1980, doc off (A/35/19) §19 in A. BENSALAH-ALAOUI, *La sécurité alimentaire mondiale*, thèse, LGDJ, 1989, p. 194.

⁹⁹¹ A. BENSALAH-ALAOUI, *La sécurité alimentaire mondiale*, thèse, LGDJ, 1989, p. 194.

⁹⁹² O. DE SCHUTTER, *Acquisitions et locations de terres à grande échelle: ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation.

⁹⁹³ Directive volontaire de la FAO, Directive 8.10 « *Il convient que les États prennent des mesures visant à promouvoir et à protéger la sécurité de jouissance des droits fonciers, en particulier en ce qui concerne les femmes et les catégories les plus démunies et les plus défavorisées de la société, grâce à une législation protégeant un droit de propriété foncière et autre, égal et sans restriction, incluant le droit d'héritage. Il convient que les États établissent, selon les besoins, des mécanismes juridiques et autres, dans le respect des obligations internationales auxquelles ils ont souscrit dans le domaine des droits de l'homme et conformément à l'état de droit, qui fassent progresser la réforme agraire, pour améliorer l'accès des pauvres et des femmes aux ressources. Ces mécanismes devraient aussi promouvoir la conservation et l'utilisation durable des terres. Il convient d'accorder une attention particulière au cas des communautés autochtones.* »

l'attractivité des terres autochtones ancestrales ne faiblit pas. Aux investisseurs privés, il s'ajoute aussi les investisseurs publics internationaux. De plus en plus de pays, tels que de la Chine⁹⁹⁴, l'Inde⁹⁹⁵, la Corée du sud⁹⁹⁶ recherchent à garantir leur propre indépendance alimentaire par des investissements agricoles directs ou par le biais de sociétés internationales aux dépens de la sécurité alimentaire du pays d'accueil. La force économique des Etats détermine donc pour chaque individu la possibilité ou non de jouir pleinement du droit à l'alimentation comme droit de l'Homme⁹⁹⁷. Soulignons que si dans certaines circonstances, des États contribuent à des atteintes au droit à une alimentation culturelle en participant ou en encourageant des opérations d'investissement négatives, d'autres, au contraire ont révélé la possibilité d'une concrétisation de ce droit, ce qui reste assez rare.

430. L'exigence d'une protection des modes d'alimentations ancestraux. En 2007, la justice de l'Afrique du sud a consacré et protégé le droit à l'alimentation culturelle des peuples autochtones dans l'affaire Kenneth George⁹⁹⁸, en rappelant la nécessité de protéger le droit d'accès à la pêche traditionnelle pour les communautés de pêcheur. En l'espèce une loi relative aux ressources marines prévoyant des quotas a conduit à ce que la totalité des ressources qui pouvaient être pêchée en une année, soient divisée en permis de pêche commerciale. L'absence de consultation des communautés, le coût de la procédure complexe d'obtention des permis et l'exclusion des pêcheurs traditionnels du processus décisionnel a eu des conséquences néfastes sur les droits alimentaires des communautés. Les pêcheurs n'ayant plus accès à la mer ont été sévèrement affectés par la loi conduisant à fragiliser leur situation nutritionnelle et à peu à peu se rapprocher d'une situation d'insécurité alimentaire. Par la suite, un accord amiable a été conclu. Ainsi les pêcheurs traditionnels ayant pu démontrer qu'ils étaient par leur coutume et de manière historique dépendants de la pêche pour assurer leur subsistance ont pu obtenir un permis de pêche. Cette affaire est importante, en ce qu'elle prouve qu'une autre voie est possible à destination des communautés autochtones. Par ailleurs, la Cour de justice, en l'espèce, a ordonné la rédaction d'un cadre législatif nouveau respectueux des droits à l'alimentation des communautés de pêcheurs, en annulant la loi introduite. Dès lors, la protection de la norme alimentaire culturelle liée aux peuples autochtones n'apparaît pas

⁹⁹⁴ Sur le continent africain, la Chine a procédé à des investissements fonciers colossaux afin d'assurer sa propre sécurité alimentaire. Par exemple, le Sénégal manque de terres et n'est pas auto-suffisant (85% des exportations concerne le riz, alors que cet aliment constitue un aliment de base essentiel dans ce pays) pour nourrir son peuple, il permet à des pays comme la Chine d'user de la terre et d'exporter.

⁹⁹⁵ A Madagascar, l'investisseur Varun International, a investi dans 465 000 ha de terres pour produire du riz et pour assurer les provisions en Inde. Toutefois, la difficulté est que Madagascar est un pays fragile qui souffre de la faim. Si le pays subit une crise alimentaire, il verra des denrées alimentaires de base comme le riz, cultivé sur ses terres s'exporter.

⁹⁹⁶ La Corée du Sud a investi 690 000 ha de terres au Soudan dans la production de blé.

⁹⁹⁷ D. ROSENBERG, « Le droit à la sécurité alimentaire : réponses et non réponses du droit international » in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire (vol. I)*, Inida, 2013, p. 399.

⁹⁹⁸ *High Court of South Africa (Cape of Good Hope Provincial division), Kenneth George and Others v. Minister of Environment Affairs & Tourism*, Case N° EC 1/2005, 2 may 2007.

inimaginable, et pourrait s'envisager dans le droit international des investissements.

B.- Les effets négatifs de l'opération d'investissement sur la sécurité alimentaire des peuples autochtones

431. Les développements précédents ont révélé que les opérations d'investissement sont susceptibles de porter un coup sévère au droit à une alimentation adéquate. La préférence alimentaire et la spécificité culturelle sont inhérentes à l'accès aux terres ancestrales et au respect de la sécurité alimentaire. Pour autant, les études des cas renseignent sur la multiplicité des atteintes susceptibles de survenir lors du déroulement d'une opération d'investissement sur les terres autochtones telles que des atteintes au droit à la terre (1°), au droit à la participation et au droit à l'autodétermination (2°). Ces normes sont consacrées dans le droit international et entrent très souvent en conflit avec la norme de protection de l'investissement.

1°) Les atteintes au droit à la terre des communautés autochtones par l'opération d'investissement

432. Le droit de disposer de ses terres. Ces droits sont exposés dans les lignes directrices relatives aux peuples autochtones préconisées par les Nations Unies : le droit à disposer de leurs terres, leurs territoires et leurs ressources, la reconnaissance et le maintien de leur culture et de leur identité particulière, le droit à l'autoadministration et à l'autodétermination, ou encore le droit à la consultation sur les questions essentielles concernant la destinée des communautés autochtones⁹⁹⁹. Le non-respect par les investisseurs et les Etats des peuples à disposer d'eux-mêmes, du droit à la détermination de leur statut politique et leur développement, social, culturel, le droit à disposer de leurs richesses et ressources naturelles ou encore la privation des peuples de ses propres moyens de subsistance sont des violations condamnées dans certains textes internationaux. Par exemple, l'article premier alinéa 2 du PIDESC prévoit que :

« Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ».

433. La violation des droits fonciers collectifs. En 1985, la CIDH a condamné la violation des

⁹⁹⁹ *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones*, Groupe des Nations Unies pour le développement, 2009 p.10.

droits collectifs¹⁰⁰⁰ à la suite d'une violation des droits à l'alimentation des peuples autochtones dans le cadre de la construction d'une autoroute et par les activités d'extraction minière sur leur terre. Les conséquences furent graves puisque le projet a conduit au déplacement de milliers de personnes ayant dû fuir la région, et dont certains sont morts malgré la mise en place d'un projet de développement du gouvernement pour permettre l'accès à l'alimentation. La CIDH a reconnu la violation par le Brésil des droits fondamentaux des peuples autochtones, puisqu'il n'avait pas pris de mesures pour protéger la communauté Yanomami¹⁰⁰¹. Par la suite, la Cour a demandé à l'Etat qu'il concrétise les mesures prévues pour démarquer le territoire de la communauté et qu'il mette en place des programmes d'assistance¹⁰⁰². Pour autant, la violation des droits fonciers collectifs constitue une question qui demeure bien souvent insuffisamment appréhendée dans le champ des investissements internationaux. Rare sont les cas où les droits des peuples autochtones apparaissent véritablement pris en compte à leur juste valeur

2°) Les atteintes au droit à la participation et à l'autodétermination des peuples autochtones pr l'opération d'investissement

434. L'exclusion du processus décisionnel¹⁰⁰³. Les communautés autochtones ne sont pas systématiquement incluses dans les cycles de négociations, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas de marge de négociation obligatoire. Cette exclusion du processus décisionnel porte atteinte à l'intégrité physique, économique et culturelle de ces peuples. Cela accentue « *l'idéologie d'une fausse intégration des minorités indigènes¹⁰⁰⁴* ». L'absence de consultation ou son application insuffisante constituent une violation directe grave, car elle exclut les peuples autochtones du processus décisionnel, de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de leur droit au développement et de leur droit à refuser un modèle, notamment un modèle alimentaire imposé. Pourtant, le droit à la participation est reconnu par différents instruments juridiques. L'article 6 al. 1(a) de la Convention OIT n°169 dispose que :

1. En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent:
(a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement;

¹⁰⁰⁰ B. ALBERT, « Développement amazonien et sécurité nationale. Les Indiens Yanomami face au projet Calha Norte », *Ethnies. Droits de l'Homme et peuples autochtones*, n°spécial Brésil. Indiens et développement en Amazonie. Paris. Survival International France 11-12 : 116-127

¹⁰⁰¹ CIDH, Brazil, Case 7615, Resolution 12/85, 5 March 1985.

¹⁰⁰² ComIADH, Brazil, Case 7615, Resolution 12/85, 5 March 1985, par. 2 et 3

¹⁰⁰³ Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur « le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones » (E/C.19/2005/3), 2005.

¹⁰⁰⁴ A. EDMUNDO OLIVEIRA, « La victimisation des Indiens en Amazonie », *RCS* 1992, p. 553.

L'alinéa 2 du même article prévoit que :

2. Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées.

L'article 18 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones considère que :

Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.

435. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme comprend également plusieurs affaires dans lesquelles le Comité a été saisi par des communautés autochtones qui ont invoqué le droit des minorités à leur propre culture pour protéger leur droit à l'alimentation. Dans l'affaire *Länsman et al. c. Finlande*, le Comité des droits de l'homme a conclu que les activités minières, si elles sont entreprises sans consultation des populations indigènes et si elles détruisent leur mode de vie ou leurs moyens de subsistance, constituent une violation de ce droit consacré à l'article 27 du PIDCP¹⁰⁰⁵.

436. La violation de la Convention OIT n°169. Si le droit à la consultation est consacré, il est bien souvent ignoré ou insuffisant dans les processus de négociation. L'article 15. 2. de la Convention OIT n°169 prévoit que :

« Dans les cas où l'Etat conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités¹⁰⁰⁶. »

Dès lors la responsabilité de l'Etat peut-elle être engagée ? La convention n° 169 a rappelé la nécessité d'adopter des stratégies de développement en accord avec les droits des peuples autochtones. Cette stratégie doit se concrétiser par la mise en œuvre des principes de consultation et de participation¹⁰⁰⁷. De plus, les opérations d'investissement à grande échelle engendrent des déplacements de populations de masse. En contrepartie, les investisseurs et l'Etat s'engagent à indemniser les communautés et à proposer le financement de services, d'aides sociales, à la santé (etc.). Ces financements sont

¹⁰⁰⁵ Comité des droits de l'homme, *Länsman et al. c. Finlande*, 1994, § 9.5.

¹⁰⁰⁶ Convention OIT n°169 - Article 15. 2. Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989.

¹⁰⁰⁷ Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique: un guide sur la convention no. 169 de l'OIT / Organisation internationale du Travail. - Genève: OIT, 2009 1 v. p. 117.

controversés, certains ont dénoncé leurs insuffisances et le non-respect des promesses.

437. L'inadaptabilité du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Le droit à l'autodétermination est reconnu par l'article premier des deux Pactes internationaux de 1966¹⁰⁰⁸. Ces instruments juridiques consacrent pour tous les peuples, le droit de disposer d'eux-mêmes et le droit de disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. D'autres outils juridiques reconnaissant ce principe comme l'article premier de la Charte des Nations Unies¹⁰⁰⁹ et l'Acte final d'Helsinki de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe¹⁰¹⁰. La protection du droit à l'autodétermination des peuples autochtones est également consacrée à l'article 3 et 4 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones. L'article 3 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones précise que : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». L'article 4 de cette même Déclaration dispose que : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes ».

438. Le système des investissements internationaux permet-il de prendre en considération et d'intégrer les préoccupations des peuples autochtones, le respect de leurs différences, de leurs cultures, notamment, du droit à l'alimentation ? Quel est le cadre juridique, stratégique et

¹⁰⁰⁸ Article premier des deux Pactes internationaux de 1966 : « 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. 2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. 3. Les Etats parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies ».

¹⁰⁰⁹ Article 1 al. 2 de la Charte des Nations Unies prévoit que les buts des Nations Unies sont les suivants : (...) « Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde; (...) »

¹⁰¹⁰ Acte final d'Helsinki de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, 1975 : VIII. Egalité de droits des peuples et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : « Les Etats participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des Etats. En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté, de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel. Les Etats participants réaffirment l'importance universelle du respect et de l'exercice effectif par les peuples de droits égaux et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, pour le développement de relations amicales entre eux de même qu'entre tous les Etats; ils rappellent également l'importance de l'élimination de toute violation de ce principe, quelque forme qu'elle prenne ».

opérationnel, garantie d'une performance articulant le développement de l'investissement en respectant les droits des peuples autochtones ?

439. Les engagements contradictoires de l'Etat. Les directives volontaires de la FAO prévoient que :

« les États parties préconisent des politiques visant à favoriser la concrétisation progressive du droit de leurs peuples à une alimentation adéquate, en entreprenant, à titre préventif, des activités visant à renforcer l'accès des populations aux ressources et aux moyens nécessaires pour assurer leur subsistance, notamment la sécurité alimentaire, ainsi que leur utilisation de ces ressources et moyens¹⁰¹¹ ».

L'engagement de certains Etats aux côtés des investisseurs pour l'acquisition de terres ancestrales, contredit souvent les droits et la protection constitutionnelle dont bénéficient les communautés autochtones. En ne respectant pas la procédure nécessaire à l'acquisition des terres telle que l'obligation préalable de consultation, l'Etat commet un manquement aux textes et principes du droit international pour lesquels il s'est pourtant engagé. Les Directives de Maastricht définissent les violations des droits économiques, sociaux et culturels par les Etats :

« Comme dans le cas des droits civils et politiques, le non-respect par un Etat d'une obligation découlant d'un traité relatif aux droits économiques, sociaux et culturels constitue, en droit international, une violation de ce traité¹⁰¹² ».

440. Si les États assurent une protection substantielle des droits des investisseurs, ils demeurent majoritairement réticents à garantir la mise en œuvre du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Il est souvent opposé à ces derniers qu'ils ne peuvent pas bénéficier de ce droit tel qu'il est consacré par les textes internationaux, mais qu'il s'agit plutôt d'un droit à l'autonomie¹⁰¹³. Le principe du droit à l'autodétermination n'est pas consacré pour les groupes et destinataires collectifs, et ne vise que la population de l'État. Dès lors, son application dépend de la volonté et des moyens de l'État pour assurer sa protection. Le principe du droit à l'autodétermination reste établi en droit international. En 1995, dans l'arrêt du Timor Oriental, la Cour de justice internationale a considéré qu'il n'y avait rien à redire sur l'affirmation selon laquelle « *le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'organisation des Nations Unies, est un droit opposable erga omnes*¹⁰¹⁴ ». Elle a ajouté que ce principe était « *un principe essentiel du droit international contemporain*¹⁰¹⁵ ». Dans d'autres affaires, on peut

¹⁰¹¹ FAO, *Directives volontaire à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, adoptée en novembre 2004, Nations Unies, Rome, 2005, p. 7.

¹⁰¹² Directives de Maastricht, §5. in C. GOLAY, *Droit à l'Alimentation et Accès à la Justice: exemples au niveau national, régional et international*, FAO, Rome, p. 19.

¹⁰¹³ F. DEROCHÉ, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre, Un questionnement pour l'ordre mondial*, thèse, l'Harmattan, 2008, p. 236 et s.

¹⁰¹⁴ C.I.J., *Affaire du Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, § 29.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

considérer que ce principe est indirectement reconnu pour les communautés autochtones à travers d'autres droits. Mais en réalité, on reconnaît le droit des peuples autochtones à travers des droits qui ne portent pas une atteinte directe à la souveraineté de l'État. A ce titre, dans une décision du 18 avril 2013, la Cour Suprême de l'Inde a admis la demande du peuple autochtone Dongria Kondhs qui défendait leur droit à l'eau et aux terres cultivables contre un projet d'installation d'une usine de bauxite dont la joint-venture anglo-indienne était à l'origine. Il ne s'agit pas d'une consécration du droit à l'autodétermination, mais il n'en reste pas moins que dans cette affaire, la Cour ne nie pas le traitement spécifique et les droits des communautés autochtones. Si le droit à l'autodétermination est souvent limité par les États, voire neutralisé, c'est bien que ce principe constitue un risque.

441. L'État préférera garantir les droits des communautés autochtones par une autre voie que celle qui pourrait remettre en cause sa souveraineté. C'est donc que le principe d'autodétermination reste inadapté. A ce titre, les rédacteurs de certains instruments juridiques consacrant les droits des peuples autochtones sont prudents et ne reconnaissent pas le droit à l'autodétermination. Ainsi, l'article 1.3 de la Convention n°169 de l'OIT précise que :

« 1.3. L'emploi du terme peuples dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international ».

Par une déclaration interprétative, l'OIT a clairement déclaré que le terme de « peuple » ne désignait pas un droit à l'autodétermination au sens du droit international¹⁰¹⁶.

442. Sur la restitution ou la réparation des droits. Est-il envisageable à la suite d'une opération d'investissement aux effets négatifs de procéder à la restitution des terres ou à une réparation des droits ? L'article 28 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones prévoit une restitution ou une indemnisation juste, correcte et équitable pour « *les terres confisquées, prises, occupées, exploitées ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause*¹⁰¹⁷ ». Dès lors, rien n'empêche que soit mis en place des procédures de restitution ou de réparation des droits, tout dépendra de la volonté des États.

443. Après s'être intéressé aux particularismes de la norme alimentaire culturelle, passage

¹⁰¹⁶ V. Déclaration interprétative de l'article 1.3, Conférence internationale du travail, 76^e session, Compte rendu des travaux, n°25, § 31, 1989.

¹⁰¹⁷ Article 28 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones prévoit que : « *les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.* »

obligatoire en vue de saisir les enjeux d'une telle question, penchons-nous sur les conflits de normes porteurs de risque alimentaire dans le droit international des investissements.

§2. Le critère culturel à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements

445. Partant de l'identification du risque alimentaire culturel dans le droit international des investissements (A), il conviendra ensuite de démontrer par l'exemple de la norme alimentaire culturelle que le principe de proportionnalité, au service de la pesée des intérêts, est inopérant en l'absence du principe de balancier (B).

A.- Le risque alimentaire lié au critère culturel dans le droit international des investissements

446. Les conflits entre la norme alimentaire culturelle et la norme de protection d'investissement dans l'arbitrage État/investisseur traduisent les rapports conflictuels¹⁰¹⁸ qu'entretient le droit des peuples autochtones et les investissements internationaux lorsqu'une opération d'investissement international a lieu sur des terres ancestrales (2°). Avant de procéder à leur étude, il est nécessaire de porter une attention particulière au contenu du critère culturel (1°).

1°) L'identification du critère culturel

447. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a déclaré que :

« pour que la nourriture soit acceptable sur le plan culturel ou pour le consommateur, il faut également tenir compte, dans toute la mesure possible, des valeurs subjectives, n'ayant rien à voir avec la nutrition, qui s'attachent aux aliments et à la consommation alimentaire, ainsi que des préoccupations du consommateur avisé (...)»¹⁰¹⁹.

En plus d'être suffisante et nutritive, l'alimentation adéquate signifie que les valeurs et le mode culturel d'alimentation doivent être respectés et protégés. Le protecteur principal de ce droit est l'Etat. Pourtant, l'investissement peut forcer sous couvert de développement économique à renoncer aux

¹⁰¹⁸ Le droit des peuples autochtones et le droit des investissements se sont rencontrés à de multiples reprises : Voy. p.ex: CIDH, *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of March 29, 2006, (Merits, Reparations and Costs) ; CIDH, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, August 31, 2001 ; CIDH, *Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs); CIDH, *Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04, OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 at 727 (2004). Pour les sentences arbitrales dans le cadre de l'arbitrage État-investisseur : Voy. UNCITRAL, *Glamis Gold, Ltd v. United States of America*, Award, 8 juin 2009 ; CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, affaire n°ARB/08/5, décision sur la responsabilité, 14 déc. 2012 ; CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, affaire n°ARB/08/, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017 ; UNCITRAL, *G. Gallo v. Government of Canada*, Award, 15 septembre 2011 ; UNCITRAL, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al v. United States of America*, Arbitration Rules, Award, 12 janvier 2011 ; CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Case No. ARB/14/2, Award, 30 nov. 2017; UNCITRAL, *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15 (en cours).

¹⁰¹⁹ V. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 mai 2008, sur l'Observation générale n°12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5 p. 69.

modes d'alimentation ancestrale ou traditionnelle. Le postulat selon lequel l'investissement est un facteur inéluctable de développement économique devient alors controversé, notamment lorsque ce développement économique devient un argument central affectant de manière négative les populations locales.

448. Définition. L'alimentation adéquate englobe le respect des traditions et valeurs culturelles alimentaires. Jean Ziegler, ancien rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation définit le droit à l'alimentation comme :

« le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires, à une nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante, correspondant aux traditions culturelles du peuple dont est issu le consommateur, et qui assure une vie psychique et physique, individuelle et collective, libre d'angoisse, satisfaisante et digne¹⁰²⁰ ».

L'alimentation est un élément de la culture. Donc le droit à une alimentation culturelle est susceptible d'être assimilé à un droit de l'Homme. Ce syllogisme est précisé par certains auteurs¹⁰²¹. Il n'existe pas de traités qui consacrent directement le droit à une alimentation culturelle. Toutefois, il faut relever que : « *Les droits culturels sont partie intégrante des droits de l'homme, qui sont universels, indissociables et interdépendants*¹⁰²² ». A ce titre, le principe 22 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁰²³ prévoit que :

Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les Etats devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable.

449. Traditionnellement, le droit à une alimentation culturelle est garanti par l'interprétation de traités qui ne contiennent pas de dispositions directes de ce droit. L'article 15(1) (a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) fait référence au droit de « *participer à la vie culturelle*¹⁰²⁴ ». L'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDP) dispose que :

« Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à

¹⁰²⁰ Rapport J. ZIEGLER sur le Le droit à l'alimentation. Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation, Doc.N.U. E/CN.4/2001/53, 7 février 2001, par. 14.

¹⁰²¹ M.-C. MAFFEI, « Food as a Cultural Choice : A human Right to Be Protected ? », in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 106.

¹⁰²² Article 5 de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle adoptée par la Conférence générale, 31^e session Paris, 15 octobre - 3 novembre 2001, 31 C/Résolutions, 15.

¹⁰²³ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, principes de gestion des forêts, Sommet Planète terre Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992

¹⁰²⁴ Art. 15 (1) a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue¹⁰²⁵ ».

450. L'Observation générale n° 21¹⁰²⁶ sur le droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) a précisé que :

36. « Les États parties devraient prendre des mesures visant à garantir que l'exercice du droit de participer à la vie culturelle tient dûment compte des valeurs associées à la vie culturelle, qui peuvent avoir une dimension collective marquée ou qui ne peuvent être exprimées et vécues qu'en tant que communauté par les peuples autochtones. La forte dimension collective des droits des peuples autochtones est indispensable à leur existence, à leur bien-être et à leur développement intégral et comprend le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent ou occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis. Les valeurs culturelles et les droits des peuples autochtones qui ont trait à leurs terres ancestrales et à leur relation avec la nature devraient être considérés avec respect et protégés, afin d'empêcher la dégradation de leur mode de vie particulier, notamment de leurs moyens de subsistance, la perte de leurs ressources naturelles et, en fin de compte, de leur identité culturelle. Les États parties doivent donc prendre des mesures visant à reconnaître et protéger les droits des peuples autochtones de posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires communaux et, lorsque ceux-ci ont été habités ou utilisés sans leur consentement libre et informé, prendre des mesures pour que ces terres et ces territoires leur soient rendus.

451. Alimentation culturelle et préférences alimentaires. La notion de préférences alimentaires met en lumière l'idée du droit à une alimentation choisie. Cette alimentation de choix, « *s'oppose à une alimentation qui serait subie ou non conforme, par exemple, à la culture ou aux valeurs locales*¹⁰²⁷ ». La sphère dans laquelle un groupe ou un individu évolue est de nature à déterminer son mode d'alimentation. Dans la situation des communautés autochtones, ce choix alimentaire est relié à la terre, la privation de cette ressource signe l'arrêt immédiat de l'alimentation culturelle choisie et donc de la diversité des systèmes alimentaires¹⁰²⁸. A l'échelle régionale, la Convention américaine relative aux droits de l'Homme établit des références indirectes au droit à une alimentation culturelle¹⁰²⁹. Dans l'affaire *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*¹⁰³⁰, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que le Paraguay avait violé les article 4 et 21

¹⁰²⁵ Art. 27. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

¹⁰²⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Obligation n°21 sur le Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Quarante-troisième sessionE/C.12/GC/21, 21 décembre 1999, p. 10.

¹⁰²⁷ G. PARENT, « Droit économique et sécurité alimentaire : un couple mal assorti ? », *RIDE*, 2012/4 (t. XXVI), p. 17.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ Convention américaine des droits de l'Homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969. Voy. Article 21 sur le droit à la propriété privée et l'article 4 sur le droit à la vie. Sur ce point. Voy. M.-C. MAFFEI, « Food as a Cultural Choice : A human Right to Be Protected ? », in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, spec. pp. 100-103.

¹⁰³⁰ CIDH, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of March 29, 2006, (Merits, Reparations and Costs) .

de la Convention respectivement sur le droit à la vie et le droit à la propriété au détriment de la communauté autochtone¹⁰³¹. L'un des experts dans cette affaire a témoigné de l'importance de l'alimentation culturelle et de la terre pour les communautés autochtones :

« Historically, the indigenous peoples of the Paraguayan Chaco have provided for their basic needs by gathering plants and fruit, by fishing and by gathering honey, and occasionally through small-scale horticulture and the husbandry of farm animals. People used to have a wide range of techniques for accessing various resources. The diversity of techniques for procuring food enabled the families to respond to seasonal variations, which were, on occasion, extreme. Another key element was the ability of entire groups of families (bands) to regularly change their location, which enabled them to use resources rotationally¹⁰³² ».

452. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a reconnu à plusieurs reprises et de façon indirecte le droit à une alimentation culturelle¹⁰³³. Dans l'affaire *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council c. Kenya*¹⁰³⁴, l'État a expulsé des populations autochtones de leur terre ancestrale pour créer une réserve animalière. La Commission africaine (Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples) a condamné le Kenya sur le fondement des articles 8, 14, 17, 21, 22 de la Charte africaine. En l'espèce, la communauté avait été déplacée sur des terres « semi-arides », impropres à l'élevage, empêchant celle-ci de faire paître les animaux. La communauté ne pouvait plus accéder à ses moyens de subsistance traditionnels. Dès lors, la perte de ses terres et le déplacement de la population ont conduit à menacer la survie de cette communauté.

453. Dans le cadre de la coutume indigène, la terre et la culture restent liées et inséparables. La dépossession des terres constitue une atteinte aux droits des peuples autochtones. Ainsi, la disparition de leurs habitations naturelles et le déplacement des communautés constituent une violation de leurs droits qui entraîne la perte de leur identité. De nombreux États ont ratifié la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la Convention OIT n°169 affirmant leur volonté de respecter et mettre en œuvre les droits des peuples autochtones sur son territoire. Malgré des efforts constatés par l'ancien rapporteur des Nations Unies sur les questions du droit des peuples autochtones, le droit à l'autodétermination et plus particulièrement le droit à une

¹⁰³¹ Voy. M.-C. MAFFEI, « Food as a Cultural Choice : A human Right to Be Protected ? », in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, spec. pp. 101.

¹⁰³² CIDH, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of March 29, 2006, (Merits, Reparations and Costs) p. 18, §34, cité in M.-C. MAFFEI, « Food as a Cultural Choice : A human Right to Be Protected ? », in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, spec. pp. 100-103.

¹⁰³³ Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, adoptée le 27 juin 1981.

¹⁰³⁴ CADHP, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*, affaire n° 276/03, 25 novembre 2009.

alimentation culturelle ne sont toujours pas respectés¹⁰³⁵. Les droits à la terre et les ressources naturelles sont indispensables à la survie et le développement des peuples autochtones au Brésil, et donc à leur exercice de l'autodétermination, en vertu de la Constitution de 1988, les peuples autochtones ont le droit à la « *possession permanente* » des terres qu'ils occupent traditionnellement. L'article 2 de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle met en lumière l'importance du « *pluralisme culturel*¹⁰³⁶ » qui constitue le préalable à une reconnaissance de la pluralité des systèmes alimentaires.

454. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Entrevoir le pluralisme des systèmes alimentaires sous l'angle des communautés autochtones demeure certainement l'une des meilleures voies pour saisir la question du droit à une alimentation culturelle. L'article 20 de la déclaration prévoit le droit pour les communautés autochtones de « *disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres*¹⁰³⁷ ». La Déclaration consacre le droit des peuples autochtones à leurs moyens de subsistance, à leurs terres. Ces droits sont inhérents au droit à l'alimentation. Pourtant, malgré une reconnaissance textuelle, ces droits restent très souvent inefficaces.

455. Atteinte à la spécificité et la préférence alimentaire. La FAO a reconnu le lien vital entre les terres ancestrales et le droit à l'alimentation des peuples autochtones. C'est une spécificité culturelle, et les modes d'alimentations font partie intégrante de leurs coutumes et préférences

¹⁰³⁵ J. ANAYA, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rapport sur la situation des droits de l'Homme des populations autochtones au Brésil. A/HRC/12/34/Add.2 26 août 2009. Dans le cadre de ce rapport, J. Anaya précisa suite à sa visite et sa rencontre avec les communautés autochtones du Brésil : « It is evident that secure rights to land and natural resources are essential to the survival and development of indigenous peoples in Brazil, and hence to their exercise of self-determination. Under the 1988 Constitution, indigenous peoples are entitled to the "permanent possession" of the lands they traditionally occupy and "have the exclusive usufruct of the riches of the soil, the rivers and the lakes existing therein" (art. 231), while at the same time the Constitution deems these lands to be inalienable property of the Union (art. 20). »

¹⁰³⁶ Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle adoptée par la Conférence générale, 31^e session Paris, 15 octobre - 3 novembre 2001, 31 C/Résolutions, 15 : « *Dans nos sociétés de plus en plus diversifiées, il est indispensable d'assurer une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble de personnes et de groupes aux identités culturelles à la fois plurielles, variées et dynamiques. Des politiques favorisant l'intégration et la participation de tous les citoyens sont garantes de la cohésion sociale, de la vitalité de la société civile et de la paix. Ainsi défini, le pluralisme culturel constitue la réponse politique au fait de la diversité culturelle. Indissociable d'un cadre démocratique, le pluralisme culturel est propice aux échanges culturels et à l'épanouissement des capacités créatrices qui nourrissent la vie publique.* »

¹⁰³⁷ Assemblée générale des Nations Unies, 107^e réunion plénière, Déclaration sur les droits des peuples autochtones (61/295), Article 20 : « 1. Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, de disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres ; 2. Les peuples autochtones privés de leurs moyens de subsistance et de développement ont droit à une indemnisation juste et équitable ».

alimentaires. L'accès à la terre et aux autres ressources productives comme la forêt ou la pêche est vital dans le droit à l'alimentation des peuples autochtones. La FAO a déclaré que :

L'identité et le patrimoine culturels de ces peuples sont indissociables de leurs terres traditionnelles. Les peuples autochtones tirent directement leur nourriture de leurs terres grâce à la chasse, à la cueillette ou à l'agriculture; ils peuvent aussi se procurer de la nourriture indirectement, en commercialisant leurs produits¹⁰³⁸.

Les directives volontaires préconisées par la FAO, relèvent des articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies¹⁰³⁹. Dans ces directives, la FAO rappelle la nécessité de prendre en considération la spécificité des peuples autochtones. Les instruments juridiques à disposition des peuples autochtones ne permettent pas d'assurer l'effectivité de leurs droits, encore moins le droit de l'Homme à l'alimentation. Les principes internationaux de défense des communautés autochtones visent une protection individuelle. Cette approche des droits des individus ne semble pas adaptée aux groupes et ne permet pas une reconnaissance de leurs droits collectifs pourtant essentielle à leur survie¹⁰⁴⁰. En 1987, dans son étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, José R. Martinez Cobo, ancien rapporteur spécial des Nations Unies sur la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités préconisait déjà la nécessité d'actions systématiques en consultation avec la FAO concernant l'attribution de terres et de réformes agraires lorsqu'elles ont des effets sur les populations autochtones¹⁰⁴¹. Ainsi, la protection des populations autochtones doit

¹⁰³⁸ FAO, *Point sur le droit à l'alimentation et les peuples autochtones*, 2007, disponible en ligne sur le site de la FAO.

¹⁰³⁹ Charte des Nations Unies, Article 55: « *En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront: - le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social; - la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation; - le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.* » ; Article 56 de la Charte des Nations Unies : « *Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'Article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation : 12. Les présentes Directives volontaires relèvent également de dispositions d'autres instruments internationaux, notamment de la Convention relative aux droits de l'enfant, de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, des quatre Conventions de Genève et des deux protocoles additionnels y afférents ; 13. Lors de l'élaboration des présentes Directives volontaires, les engagements pris dans le cadre de la Déclaration du Millénaire, y compris les Objectifs pour le développement, ainsi que les conclusions et les engagements des grandes conférences et des sommets des Nations Unies dans les domaines économiques, sociaux et autres, ont également été pris en compte ; 14. Le Groupe de travail intergouvernemental a également tenu compte de plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et de la Commission des droits de l'homme, ainsi que des observations générales adoptées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.* »

¹⁰⁴⁰ *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones, Groupe des Nations Unies pour le développement*, 2009 p.10.

¹⁰⁴¹ Rapport de J. R. MARTINEZ COBO, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Conclusions, propositions et recommandations, Vol V, Nations Unies, E/CB.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, p. 29.

avoir lieu par des actions concertées entre les pouvoirs institutionnels et organisationnels pour parvenir à une effectivité.

2°) Les différents conflits liés à la norme alimentaire culturelle et à la norme de protection des investissements

456. « *La diversité en soi n'est pas contraire à l'unité, non plus que l'uniformité en soi n'engendre nécessairement l'unité désirée*¹⁰⁴² ».

457. La difficulté dans l'étude des conflits demeure le défaut d'invocation par l'État de la sécurité alimentaire de sa population et de la norme alimentaire culturelle dans certains litiges alors que les circonstances le permettraient. Ainsi, l'analyse de certaines affaires révèle que le droit des peuples autochtones n'est pas directement revendiqué par l'État dans sa défense alors que l'opposition des peuples autochtones aux opérations d'investissements minières et pétrolières est au coeur de nombreux différends devant les tribunaux arbitraux d'investissements.

458. L'affaire *Burlington Resources Inc. c. Équateur*¹⁰⁴³, prend sa source dans la montée des prix du pétrole à compter de l'année 2002. La société américaine Burlington Resources, détenait en propriété exclusive la société Burlington Oriente et était spécialisée dans l'exploitation des ressources naturelles. A l'origine des contrats de partage de production avaient été conclus prévoyant que l'investisseur assumait l'intégralité des risques relatifs à la prospection et à l'exploitation pétrolières. Les contrats concernaient les blocs pétroliers 7 et 21 en Amazonie équatorienne. En échange, la société recevait une part du pétrole produit. L'objectif étant d'attirer les investisseurs étrangers et d'accroître la compétitivité de l'Équateur dans ce secteur. Après l'augmentation fulgurante des prix du pétrole, l'Équateur a estimé qu'il devait bénéficier des avantages économiques issus de cette hausse et a demandé la renégociation des contrats en novembre 2005 qui fut refusée par la société Burlington. En réaction, l'Équateur a décidé de mettre en place une taxe à hauteur de 99% sur les super profits pétroliers et mis en oeuvre une série de mesures visant à renégocier les contrats pétroliers en vue notamment d'aboutir à un modèle contractuel unique dans le domaine pétrolier. Pendant ce temps, des accords transitoires ont été négociés sans succès, Burlington s'opposant aux termes de ces derniers, notamment à la migration des contrats de production en contrats de service. En juin 2008, Burlington cessa de procéder au paiement de la taxe. Dès lors, l'Équateur a introduit des poursuites afin de récupérer la part de production détenue par Burlington et par la suite repris les champs

¹⁰⁴² J. R. MARTINEZ COBO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁴³ CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, aff. n°ARB/08/5.

pétrolifères tandis que cette dernière suspendait ces activités. Au cours de la même année, Burlington a déposé une Requête d'arbitrage devant le CIRDI. En décembre 2012, le tribunal arbitral a estimé que Burlington avait fait l'objet d'une expropriation illégale¹⁰⁴⁴.

459. Au début de l'année 2017, les arbitres se sont prononcés sur les demandes reconventionnelles formulées par l'Équateur et ont décidé de lui allouer 41 millions de dollars pour la remise en état des sites et des infrastructures causés par les dommages environnementaux¹⁰⁴⁵. De son côté, l'Équateur a été condamné à verser la somme de 380 millions de dollars au titre de l'expropriation illégale de l'investissement de Burlington. Les dommages environnementaux avaient directement affecté la sécurité alimentaire et la survie des peuples autochtones dans cette région, pourtant, l'État n'a pas invoqué les droits des peuples autochtones dans sa défense alors que la norme alimentaire culturelle s'opposait nettement à la norme de protection de l'investissement. Dans le même temps, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a été saisie concernant la violation des droits des peuples autochtones par l'Équateur.

460. Appréciation distincte CIDH / CIRDI. L'appréciation de l'opération d'investissement sur les terres des peuples autochtones est distincte selon que l'affaire est portée devant le CIRDI et la CIDH. Le 27 juin 2012, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a jugé que l'Équateur était responsable de la violation du droit des peuples autochtones à une consultation préalable libre et éclairée conformément aux normes internationales. La spécificité du droit de propriété des peuples autochtones est reconnue par l'article 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme¹⁰⁴⁶ (« la Convention ») et vise à protéger le droit à l'utilisation et à la jouissance de la propriété fondée sur la culture, les pratiques, la coutume et les croyances de chaque peuple¹⁰⁴⁷. En effet, le lien entre les terres autochtones et les ressources naturelles, lesquelles sont nécessaires à leur survie, doit être interprété à la lumière de l'article 21 de la Convention. Les subsistances traditionnelles des peuples autochtones s'entendent de la chasse saisonnière ou nomade, la pêche ou encore la cueillette directement mises en danger par les opérations d'investissement¹⁰⁴⁸. Partant, l'État a l'obligation d'adopter des mesures spécifiques en vue de garantir l'exercice des droits à la terre des

¹⁰⁴⁴ CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, aff. n°ARB/08/5, décision sur la responsabilité, 14 déc. 2012.

¹⁰⁴⁵ *Burlington*, décision sur demandes reconventionnelles, 7 fév. 2017.

¹⁰⁴⁶ L'article 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme intitulée « Droit à la propriété privée » est transposable au droit de propriété des peuples autochtones et prévoit que : 1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social ; 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi ; 3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi.

¹⁰⁴⁷ CIDH, *Sarayaku c. Équateur*, 27 juin 2012, § 145.

¹⁰⁴⁸ *Sarayaku, op. cit.*, § 148.

peuples autochtones. Le droit à la consultation¹⁰⁴⁹ est consubstantiel au respect du droit de propriété des peuples autochtones, et au droit à une alimentation culturelle. Ainsi, l'admission d'un permis d'exploration pétrolière par l'État sur le territoire des peuples autochtones sans consultation préalable constitue une violation de leur droit et une atteinte à leur survie ce dont le CIRDI ne fera aucunement mention dans l'affaire *Burlington c. Equateur*.

461. Par ailleurs, l'État a également été tenu responsable de la mise en péril du droit à la vie et à l'intégrité personnelle des peuples autochtones sur le fondement des articles 4 (1) et 5 (1) de la Convention américaine, ainsi que de la violation du droit à des garanties judiciaires prévu par l'article 8 (1) et 25 de la Convention. En comparaison de la sentence rendue par le CIRDI dans l'affaire *Burlington c Equateur*, dans laquelle la violation des peuples autochtones n'a pas été traitée, la CIDH, par sa décision assure une protection substantielle nécessaire à la survie du peuple Sarayaku. Dans l'affaire *Grand River c. États-Unis*¹⁰⁵⁰, le tribunal arbitral s'est interrogé sur l'existence potentielle d'un principe de droit international coutumier prévoyant à la charge des autorités une obligation de consultation des peuples autochtones spécialement s'agissant « *des politiques ou actions gouvernementales les concernant de manière significative*¹⁰⁵¹ », sans pour autant examiner la question.

462. Ainsi, l'étude de ces deux affaires relatives aux communautés autochtones équatorienne renseigne sur le traitement différencié de la question des droits des peuples autochtones entièrement occultée par le tribunal arbitral d'investissement alors que la norme alimentaire culturelle aurait pu être saisie en réponse à la norme de protection de l'investissement. Dans cette situation, l'État était bien « obligé » de respecter ses engagements, et donc deux obligations contradictoires, en vertu du traité bilatéral d'investissement et des textes de protection des communautés autochtones.

¹⁰⁴⁹ Ce droit est consacré par la Convention n°169 à l'article 6, mais l'Equateur a ratifié la Convention postérieurement aux faits litigieux. Pour autant, la Cour a précisé que cette dernière était applicable à toutes mesures susceptibles d'avoir des effets sur les peuples autochtones quand bien même l'acte ou le contrat aurait été signé préalablement à l'entrée en vigueur de la Convention.

¹⁰⁵⁰ CNUDCI, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. États-Unis*, sentence du 12 janvier 2011.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, § 210. Le tribunal précisera toutefois que les consultations auraient du être tenues « *the Tribunal believes that a good case could be made that consultations should have occurred with governments of the Indian tribes or nations in the United States whose members and sovereign interests could, and apparently are, being affected by the MSA and related measures to regulate commerce in tobacco. Retail tobacco businesses are in many Indian reservations across the country, constituting important sources of income and catalyzing other economic activity among indigenous communities* », § 212 ; Voy. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, Trente-troisième session, Point 3 de l'ordre du jour, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels*, , A/HRC/33/42, 11 aout 2016, p. 12.

463. A l'inverse, dans *l'affaire Glamis Gold c. États-Unis*¹⁰⁵², le tribunal arbitral a considéré implicitement la question du droit des peuples autochtones. En l'espèce, la société canadienne Glamis Gold a déposé une Requête devant le CIRDI à l'encontre des États-Unis sur le fondement du chapitre 11 de l'ALENA. Les circonstances renseignent sur le conflit entre d'une part, la norme de protection d'investissement et la norme environnementale, et d'autre part, de manière implicite entre la norme alimentaire culturelle et la norme de protection d'investissement. Le tribunal arbitral a écarté les revendications de l'investisseur invoquant une violation du traitement juste et équitable¹⁰⁵³ et une expropriation de ses droits à l'exploitation minière en Californie¹⁰⁵⁴. Les États-Unis avaient mis en œuvre des mesures réglementaires environnementales et culturelles en affirmant leur inquiétude quant à l'opération d'investissement minier dans la région. Les préoccupations furent renforcées par le peuple indien Quechan qui s'est opposé au projet du fait de l'emplacement de l'activité minière se situant au cœur d'une zone sacrée amérindienne. Le tribunal a admis les mémoires soumis en qualité *d'amicus curiae*¹⁰⁵⁵, sans pour autant opérer un traitement des questions relatives aux droits autochtones. La sentence rendue révèle que le tribunal arbitral ne s'est prononcé qu'en vertu d'une potentielle violation des droits des investisseurs sur la base de l'accord d'investissement. Il n'a pas cherché à savoir « *si l'État avait trouvé un juste équilibre entre les droits concurrents de la nation Quechan et de l'entreprise*¹⁰⁵⁶ ». Pour autant, les arbitres n'ont pas retenu l'expropriation invoquée par les investisseurs étrangers ni de violation au principe de traitement juste et équitable. La décision prise par le tribunal arbitral a indirectement conduit à une véritable garantie des droits des peuples autochtones au détriment des droits des investisseurs.

¹⁰⁵² CNUDCI, *Glamis Gold, Ltd c. États-Unis*, sentence du 8 juin 2009.

¹⁰⁵³ *Glamis op. cit.*, § 828. Dans cette affaire, le tribunal a estimé que « *The customary international law minimum standard of treatment is just that, a minimum standard. It is meant to serve as a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted by the international community. Although the circumstances of the case are of course relevant, the standard is not meant to vary from state to state or investor to investor* » § 615. Les arbitres ont estimé que les demandeurs devaient prouver que l'invocation de ce défaut de traitement juste et équitable relevait bien du droit international coutumier. Pour une approche similaire, voy. CIRDI, *Cargill Inc. c. Mexique*, affaire n°ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, § 273. Voy sur la question. F. JADEAU, « L'Accord de libre-échange UE/Canada et sa nouvelle définition du standard du traitement juste et équitable : davantage de précision pour une interprétation canalisée », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, Journal n° 1, Octobre 2014, 11.

¹⁰⁵⁴ Le tribunal a estimé que les mesures étatiques n'avaient pas eu un impact économique suffisant sur l'investissement permettant de conclure à une expropriation. CNUDCI, *Glamis Gold, Ltd c. États-Unis*, sentence du 8 juin 2009, § 536.

¹⁰⁵⁵ Les mémoires ont été soumis par les tierce parties suivantes : la National Mining Association, la Nation indienne Quechan, le Sierra Club et Earthworks, et les Amis de la Terre.

¹⁰⁵⁶ Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, Trente-troisième session, Point 3 de l'ordre du jour, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels*, , A/HRC/33/42, 11 août 2016, p. 12.

464. Dans l'affaire *Bernhard von Pezold and Others c. la République du Zimbabwe*¹⁰⁵⁷, le tribunal a clairement refusé de se prononcer sur la question des communautés autochtones pourtant au coeur du litige en considérant qu'elle n'entraînait pas dans le champ du différend lui étant soumis¹⁰⁵⁸ :

The Claimants therefore submit that, in addition to the foregoing, the Arbitral Tribunals should consider whether it is appropriate for an investment treaty tribunal to adjudicate on whether the indigenous communities are “indigenous peoples” under public international law and on the content of the Parties’ obligations to them, if any. In the Claimants’ view, it was never anticipated that investment treaty tribunals established pursuant to the ICSID Convention would opine on the rights of indigenous peoples to land or to classify peoples as being indigenous or not. The Claimants aver that a mechanism has been established under the U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples for such a purpose, and that States, not international investment treaty tribunals, should be the “first-line decision makers” in regard to indigenous peoples.

465. Pour autant, la perméabilité des tribunaux arbitraux d’investissement s’agissant du droit des communautés autochtones et de leur sécurité alimentaire a commencé à varier. Dans l'affaire *Bear Creek Mining Corporation c. la République du Pérou*¹⁰⁵⁹, la société canadienne *Bear Creek Mining* dénonçait la révocation par le gouvernement péruvien d’un premier décret lui accordant des droits d’exploitation minière dans le département de Puno. L’investisseur étranger mettait en avant le sérieux des études environnementales, sa volonté de s’inscrire dans une logique de développement durable, qui n’est pas sans rappeler le « *green mining* », et sa démarche d’ouverture envers les communautés autochtones par la mise en place de réunions publiques, de consultations, et d’invitations à la participation des communautés autochtones. Ce tableau positif peint par la société a été entaché par les manifestations et l’opposition virulente de certaines communautés voisines refusant le projet minier et dénonçant les pollutions nocives dues à l’activité minière et la mise en danger de leur survie par la dégradation des ressources. Cette situation a poussé le nouveau gouvernement en place à faire marche arrière et à révoquer le premier décret d’autorisation. L’investisseur a estimé que la mesure entreprise par le gouvernement constituait une expropriation illégale de son investissement et a invoqué la violation du droit à un traitement juste et équitable ainsi que la clause de la nation la plus favorisée. Le tribunal n’a pas retenu les deux dernières revendications

¹⁰⁵⁷ CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, aff. n° ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015.

¹⁰⁵⁸ *Bernhard von Pezold autres c. Zimbabwe*, procedural order n°2, 26 juin 2012, § 44.

¹⁰⁵⁹ CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. la République du Pérou*, aff. n° ARB/14/2, sentence du 30 novembre 2017. Voy. J. PAINE, « *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties* », *ICSID Review*, FILJ, Spring 2018, Vol. 33 Issue 2, pp. 340-348.

mais a considéré que l'investisseur avait bien été illégalement exproprié¹⁰⁶⁰. De son côté le Pérou a fait valoir que la mesure relevait de son pouvoir de réglementation et avait été prise en vertu de l'intérêt général.

466. Le tribunal a admis deux des soumissions des tierces parties sur les trois et rappelé les mots de certains dans sa décision, notamment la situation selon laquelle l'activité principale de nombreuses communautés est basée sur l'agriculture, la pêche et l'élevage¹⁰⁶¹. Aucun des doutes concernant les conséquences sociales, environnementales et culturelles de l'opération d'investissement n'a été levé, particulièrement sur les craintes d'une contamination des terres et des eaux¹⁰⁶². Dans sa défense, le Pérou a intégré les droits des peuples autochtones et insisté sur le droit à la consultation¹⁰⁶³ et au consentement préalable. Mais plus intéressant encore, l'un des arbitres a précisé son désaccord avec les autres membres du tribunal en considérant les effets de l'opération d'investissement sur les peuples autochtones. Tout d'abord, ce dernier a tenu à rappeler que les agissements du Pérou constituaient bien une violation de l'accord d'investissement. En revanche, il a estimé que les dommages-intérêts devaient être réduits de moitié en raison de la faute de la société qui avait contribué aux troubles¹⁰⁶⁴. Ensuite, l'arbitre a mis en exergue ses doutes quant aux faits qu'il n'y avait aucun lien entre le comportement du Pérou ayant pris la mesure de révocation du décret et les perturbations engendrées par le Projet minier contrairement au raisonnement du tribunal arbitral. En conséquence, l'arbitre a considéré que le projet avait échoué en raison de l'incapacité de la société à obtenir le soutien des communautés locales ainsi qu'un permis social¹⁰⁶⁵. Sous ce prisme, l'arbitre s'est reposé sur la Convention n°169 de l'OIT en soulignant qu'elle n'imposait aucune obligation directe aux sociétés, de sorte que si les consultations devaient bien être menées, elle ne conduisait pas à un « droit de veto » des communautés autochtones sur un projet minier¹⁰⁶⁶. En revanche, il souligna que « *le fait que la Convention ne puisse pas imposer directement des obligations à un investisseur étranger en tant que tel ne signifie pas pour autant qu'elle n'a pas d'effets juridiques sur eux*¹⁰⁶⁷ ». Par ailleurs, l'arbitre a cité le Préambule de la Convention °169¹⁰⁶⁸ en rappelant qu'il encourageait

¹⁰⁶⁰ *Bear Creek Mining, op. cit.*, § 429.

¹⁰⁶¹ *Bear Creek Mining*, § 219.

¹⁰⁶² *Bear Creek Mining*, § 187.

¹⁰⁶³ La société canadienne prétendait avoir respecté le droit à a consultation préalable des peuples autochtones tandis que l'État lui reprochait de ne pas avoir procédé à la consultation de toutes les communautés ce qui a conduit aux manifestations et aux conflits sociaux. Voy. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Respondent's Rejoinder on the Merits and Reply on Jurisdiction, 13 apr. 2016 § 182 et s.

¹⁰⁶⁴ *Bear Creek Mining*, opinion dissidente du Professeur Philippe Sands, 30 novembre 2017, § 4 et § 39.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, § 6.

¹⁰⁶⁶ *Bear Creek Mining*, sentence du 30 novembre 2017, § 5.

¹⁰⁶⁷ *Bear Creek Mining*, opinion dissidente, *op. cit.*, § 10.

¹⁰⁶⁸ Un extrait du Préambule est cité comme suit : « the aspirations of [indigenous and tribal] peoples to exercise control over their own institutions, ways of life and economic development and to maintain and develop their identities, languages and religions, within the framework of the States in which they live », and calls attention to “the distinctive contributions

les investisseurs à prendre en compte les aspirations des peuples autochtones, ainsi que l'article 13 (1) et l'article 15 de cette même Convention prévoyant respectivement le droit culturel et spécifique des communautés autochtones sur leur terre et le droit des peuples autochtones aux ressources naturelles de leur territoire¹⁰⁶⁹. Ainsi, les investisseurs n'avaient pas pris toutes les mesures nécessaires auprès des communautés affectées par son activité¹⁰⁷⁰.

467. Sous l'angle de la sécurité alimentaire, l'opinion dissidente demeure une voie intéressante dans cette affaire. Elle démontre la capacité des tribunaux arbitraux d'investissement à se saisir des droits des peuples autochtones et implicitement de la norme alimentaire culturelle. Le conflit entre la norme de protection des peuples autochtones consubstantielle à la norme alimentaire culturelle et la norme de protection des investissements n'est pas relevé, ni par les parties, ni par le tribunal arbitral. Pourtant, la contradiction entre les deux normes est observable. De plus, l'impossibilité d'opposer « un droit de veto » à un projet minier susceptible d'affecter les terres autochtones reste une difficulté majeure conduisant les peuples autochtones à rester dépendants de la protection que chaque État entend lui accorder. Malgré la considération dans l'opinion dissidente des droits de peuples autochtones, la deuxième difficulté majeure dans cette affaire demeure l'obligation faite par le tribunal arbitral à l'État de « payer » pour avoir mis en œuvre une politique de protection des populations locales contradictoire avec le droit de propriété de l'investisseur.

B.- L'inefficacité du principe de proportionnalité sans balancier : l'exemple de la norme alimentaire culturelle

468. Ce développement vise à démontrer à l'appui d'une étude de cas portant sur le critère culturel les dangers de la faiblesse normative de la sécurité alimentaire dans l'hypothèse d'une opération d'investissement (1°). Cette faiblesse est particulièrement marquée dans le cadre de la norme alimentaire culturelle. Cela renseigne sur le défaut d'efficacité du principe de proportionnalité lorsqu'une des normes qu'il entend mettre en balance ne dispose pas de contenu normatif suffisant (2°).

of indigenous and tribal peoples to the cultural diversity and social and ecological harmony of humankind and to international co- operation and understanding ».

¹⁰⁶⁹ *Bear Creek Mining*, opinion dissidente, op. cit., § 9.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, § 35.

1°) Etude du cas Belo Monte

469. En regard des développements précédents, il a été constaté que les droits de propriété des peuples autochtones sont susceptibles d'être altérés dans certaines circonstances. En effet, le droit de propriété des peuples autochtones n'est pas absolu¹⁰⁷¹. Les restrictions doivent être prévues par la loi, nécessaires, proportionnelles à l'objectif visé et ne pas priver les peuples de leur droit à la survie¹⁰⁷². A ces conditions s'ajoute l'obligation de consultation préalable en vue de considérer la mesure de restriction comme légitime. Dès lors, lorsque la survie des peuples est en danger et que leur sécurité alimentaire peut se voir anéantie par une opération d'investissement, la mesure demeure illégitime. Pourtant, une multiplication des violations au droit des peuples autochtones reste observable dans le champ des investissements internationaux et les conflits de normes s'avèrent révélateurs, de sorte que lorsque la norme alimentaire culturelle entre en contradiction avec la norme de protection d'investissement, cette dernière triomphe dans la plupart des cas au détriment de la sécurité alimentaire. Une raison centrale qu'il faut mettre en lumière est que la situation alimentaire des peuples autochtones n'est pas véritablement prise en considération dans les litiges relatifs aux investissements internationaux, leur protection dépend principalement des Etats et aussi, parfois, de la capacité des *amici* à éclairer les tribunaux arbitraux d'investissement. En d'autres termes, si l'Etat choisit d'apporter une protection aux peuples autochtones, l'investissement ne devrait pas voir le jour sur leurs terres. Souvent, lorsqu'une opération d'investissement a porté atteinte au droit à l'alimentation culturelle, il est observé un défaut de protection de l'Etat, ou parfois même une contribution de ce dernier à la violation. L'application effective de la norme alimentaire, qu'elle soit culturelle ou non, dépend donc de la capacité des États à honorer et défendre leurs obligations alimentaires et de ce point de vue l'affaire Belo Monte apporte quelques enseignements.

470. Cette affaire ne concerne pas un investissement à l'échelle internationale mais reste pertinente, d'une part, parce que les problématiques s'avèrent similaires aux difficultés connues dans le droit international des investissements et d'autre part, car il s'agit d'un cas typique d'investissements opérés en vertu de l'intérêt général et du développement économique au détriment

¹⁰⁷¹ CIDH, *Saramaka People c. Suriname*, 28 nov 2007, §126 : « while it is true that all exploration and extraction activity in the Saramaka territory could affect, to a greater or lesser degree, the use and enjoyment of some natural resource traditionally used for the subsistence of the Saramakas, it is also true that Article 21 of the Convention should not be interpreted in a way that prevents the State from granting any type of concession for the exploration and extraction of natural resources within Saramaka territory ».

¹⁰⁷² *Saramaka*, §127; Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, Trente-troisième session, Point 3 de l'ordre du jour, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, , A/HRC/33/42, 11 aout 2016, p. 9.

des communautés autochtones lesquelles se voient privées de leurs moyens traditionnels de subsistances. Dès lors, même si le contentieux ne pourra pas se retrouver devant le CIRDI puisque d'une part le Brésil n'est pas partie à la Convention et d'autre part, il soutient l'opération d'investissement, la situation renseigne parfaitement sur l'absence de force de la norme alimentaire. Elle rappelle que les rapports conflictuels entre la norme alimentaire et la norme de protection de l'investissement ne sont pas seulement l'apanage du droit international, mais concerne aussi les droits nationaux. Bien au contraire, les contradictions entre les deux normes demeurent profondes et sont susceptibles de prendre racine dans les droits nationaux puis de se transposer dans le droit international des investissements. Les investisseurs étrangers ne font qu'accentuer et démultiplier le phénomène. En effet, les projets d'infrastructures tels que le barrage de Belo Monte font souvent l'objet de conflits internationaux, nationaux et locaux et sont mis en œuvre au nom de l'intérêt général et du développement économique.

471. Le barrage de Belo Monte est situé dans la Volta Grande de la rivière Xingu, au sud-ouest de l'État du Pará, au nord du Brésil¹⁰⁷³. Ce projet a fait couler beaucoup d'encre¹⁰⁷⁴. La construction du barrage fut lancée à partir de l'année 2010. L'objectif étant de contribuer à la production de l'électricité du Brésil. Les conséquences sociales et environnementales sont considérables. La construction du barrage a conduit au déplacement des populations et à la modification de l'écosystème. Afin de limiter les effets négatifs sur l'environnement, un procédé permettant de détourner le cours d'eau a été mis en place, ayant pour effet selon les zones des inondations ou des assèchements. En 2010, le consortium Norte Energia a remporté l'appel d'offres pour la construction et l'exploitation du barrage. Celui-ci est composé d'entreprises privées, mais aussi d'entreprises publiques comme Electrobas et Electronorte. L'État brésilien a également la casquette de l'investisseur. Ce dernier a procédé à des investissements directs par l'intermédiaire de la Banque nationale de développement économique et social (BNDES).

472. Si au départ, l'Institut Brésilien de l'Environnement (« IBAMA ») n'avait pas autorisé le

¹⁰⁷³ L'usine hydroélectrique de Belo Monte a été pensée à partir des années 1970 dans le cadre de politique de développement dont le gouvernement militaire de l'époque est à l'origine. Toutefois, dès le départ, le projet a fait l'objet de nombreux obstacles.

¹⁰⁷⁴ Voy. A. TANZI, « International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: A Multidimensional Analysis », *International Community Law Review*, Volume 18, Issue 3-4, 2016, pp. 183-222; A. LUNDSTROM, « Indigenous Peoples as Vulnerable Groups in the Process of Realising the Right to Food », *Human Rights in Development Online*, Volume 8, Issue 1, 2002, pp. 267-299; P. NIKKEN, « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System on Human Rights », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, & E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford UP 2009, XLVIII-597, p. 261 ; S.-G. BAINES, *Traduit du Portugais (Brésil) par Caubet Christian G.*, « Le développement régional détruit les territoires des peuples autochtones », *Multitudes* 3/2016 (n° 64), p. 187-192 ; « Prises de position autochtones », *Multitudes* 3/2016 (n° 64) , p. 153-165 ; X.-A DE SARTRE, « La colonisation de l'Amazonie face au développement durable : L'exemple du barrage de Belo Monte. Cahiers des Amériques Latines, Université Paris 3, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine (IHEAL / Université Paris 3), 2004, 44, pp.159-174.

permis environnemental, ce dernier a fini par approuver le projet. Le projet Belo Monte a fait l'objet de 22 poursuites judiciaires entre 2001 et 2014. La construction du barrage a été vivement dénoncée par le Ministère Public Fédéral. Le 1er avril 2011, la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (« CIDH ») a ordonné la suspension de la licence environnementale et l'arrêt de la construction du barrage. Les droits des communautés autochtones n'auraient pas été respectés, notamment la consultation préalable obligatoire. La CIDH n'a pas été entendue par le Gouvernement et le projet a continué. Le décret-loi n°788/2005 est l'une des mesures marquantes de la procédure et a été contesté par le Ministère Public Fédéral. Ce décret-loi fut approuvé par le Congrès national du Brésil alors qu'il autorisait la construction du barrage en dépit de l'absence de consultation préalable des peuples autochtones et de l'incertitude sur l'évaluation environnementale¹⁰⁷⁵. En 2012, la Cour d'Appel fédérale du Brésil a demandé la suspension de la construction, faisant suite à une plainte du Ministère public Fédéral¹⁰⁷⁶ marquant la division nette entre différentes composantes gouvernementales. Peu de temps après, la Cour Suprême Fédérale a suspendu la décision de la Cour d'Appel¹⁰⁷⁷. Les travaux se sont poursuivis¹⁰⁷⁸.

Le 21 décembre 2015, la CIDH a engagé une procédure à l'encontre du Brésil. Alors que les travaux devaient s'achever au cours de l'année 2019, une Cour régionale a suspendu les activités des entreprises en avril 2017. Au début de l'année 2018, le gouvernement brésilien a annoncé que les projets hydroélectriques ne constituaient plus une priorité dans le cadre des politiques énergétiques du Brésil. Par voie de presse, le gouvernement a déclaré qu'ils n'avaient pas de préjugés sur les grands projets hydroélectriques, mais qu'il entendait respecter la vision de la société¹⁰⁷⁹. A la fin de cette même année, un changement de gouvernement a conduit à revenir sur cette position et a confirmé l'objectif de développement des opérations d'investissement, et ce même sur les terres des communautés autochtones.

473. Jusqu'alors, la réduction du niveau de la rivière a conduit à un isolement des communautés

¹⁰⁷⁵ Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/25/NGO/43.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

¹⁰⁷⁸ Pourtant, le Brésil protège constitutionnellement les droits fondamentaux des peuples autochtones, l'article 231 de la Constitution fédérale du Brésil prévoit que : « *Sont reconnus aux Indiens leur organisation sociale, leurs coutumes, leurs langues, leurs croyances et leurs traditions ainsi que leurs droits originels sur les terres qu'ils occupent traditionnellement, et il appartient à l'Union de les délimiter, protéger et faire respecter tous leurs biens.* ». Voy. sur la question : J. ANAYA, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rapport sur la situation des droits de l'Homme des populations autochtones au Brésil. A/HRC/12/34/Add.2 26 août 2009, p 12 : Sur l'article 231 de la Constitution fédérale du Brésil : « *Indispensable to securing indigenous peoples' rights to their traditional lands are the demarcation and official registration of those lands called for in article 231 of the Constitution. Because the indigenous land rights under the Constitution are deemed to be "original" - meaning they originate in the indigenous presence and not in a grant from the State - the acts of demarcation and registration are acts of recognition of the rights rather than being constitutive of them.* ».

¹⁰⁷⁹ J. WATTS, « Brazil raises hopes of a retreat from new mega-dam construction », *The Guardian, Press.* Janv. 2018.

autochtones. En effet, ce passage constituait l'unique moyen de transport pour accéder à divers services et visiter les communautés voisines. Au-delà de l'impact social et environnemental, c'est la culture et le cœur de la tradition des communautés autochtones qui ont été mis en danger avec la construction du barrage, notamment par la disparition des modes traditionnels d'alimentation. En réduisant le niveau de la rivière, les ressources de pêches diminuent naturellement, alors même que la pêche constitue l'une des bases de l'alimentation des peuples autochtones. C'est la destruction d'un modèle d'alimentation ancestral et traditionnel dont les communautés dépendent. Le 28 septembre 2011, une plainte déposée par l'Association des éleveurs et exportateurs de poissons ornementaux d'Altamir, la ville la plus proche de Belo Monte, – ACEPOAT, a conduit un juge fédéral d'Altamira à interdire au consortium Norte Energia de continuer à altérer le lit du fleuve Xingu. Cependant, la suspension ne visait pas l'arrêt des travaux du barrage¹⁰⁸⁰. Les conséquences de la construction du barrage sur les populations ont amené ces dernières à s'organiser en contre-pouvoir par le biais de différents mouvements. A ce titre, l'une des organisations les plus célèbres constitue certainement le Mouvement *Xingu Vivo*, qui s'est formé en réponse à la construction des barrages hydroélectriques au Brésil et pour faire front aux investisseurs privés et à l'État. L'impact de la construction du barrage sur l'écosystème et la forêt, comme la raréfaction du poisson, la réduction du cours d'eau, ont des conséquences irrémédiables sur la sécurité alimentaire des peuples autochtones et la pauvreté. Ceci étant, voyons les enseignements à retirer.

2°) Les enseignements

474. Si la norme alimentaire n'a pas de contenu normatif suffisant, ou reste faiblement protégée par l'Etat, les tribunaux arbitraux d'investissement ne pourront pas rééquilibrer la situation. Il faut en amont que la norme puisse obtenir une force normative suffisante, ne serait-ce que pour être admise dans la sphère des investissements internationaux. Auquel cas, les arbitres pourraient éventuellement se référer au droit international des peuples autochtones, mais c'est l'Etat qui devrait proposer cette voie par sa ratification aux textes internationaux. Or, il est évident comme le révèle l'affaire Belo Monte que l'Etat contribuant à la violation des peuples autochtones ne peut s'en faire dans le même temps le défendeur.

475. La norme alimentaire culturelle sous le prisme de la proportionnalité reste difficile à saisir dans le droit international des investissements en raison de la faiblesse normative des droits à

¹⁰⁸⁰ Planète Amazonie, « BELO MONTE : fleuron d'une politique énergétique qui piétine les lois de son pays et les conventions internationales », disponible en ligne, mai 2015.

la terre et à l'alimentation des peuples autochtones. En effet, le risque alimentaire n'apparaît pas véritablement appréhendé sous l'angle du droit à une alimentation culturelle adéquate mais plutôt indirectement par la composante de la durabilité ou les règles du droit international des investissements. De manière générale, le risque alimentaire reste mal perçu dans le droit international économique, les investissements internationaux n'y échappe pas, mais dans l'hypothèse de la norme alimentaire culturelle, l'ineffectivité et l'inactivation des droits alimentaires est susceptible d'atteindre son paroxysme. Pourtant il a été entrevu que la norme alimentaire culturelle bénéficie d'un véritable contenu. Dès lors, le principe de proportionnalité ne sera pas directement sollicité lors des rencontres conflictuelles entre la norme alimentaire culturelle et la norme liée à l'investissement alors qu'il pourrait aider à l'application des droits alimentaires culturels lorsqu'une opération d'investissement porte atteinte au droit à l'alimentation des peuples autochtones et donc à leur survie.

476. Cet état des lieux n'est pas le fait de la configuration du droit international des investissements mais force est de constater qu'il n'apporte pas un climat juridictionnel propice à l'éveil et l'application de la norme alimentaire culturelle alors que les tribunaux arbitraux pourraient, par leur position, relever les violations s'ils percevaient le risque alimentaire généré par l'opération d'investissement. Par le biais de mécanismes tels que la demande reconventionnelle¹⁰⁸¹, la réception des *amicus curiae* ou le droit international coutumier, les arbitres ont certaines possibilités en vue de faire entendre et respecter la norme alimentaire culturelle. En revanche, ils ne pourront y parvenir sans l'assentiment de l'Etat. En effet, si ce dernier n'inclut pas de clauses dans les accords d'investissement et que son droit national demeure faible sur la question, il restera bien sûr difficile pour les tribunaux arbitraux d'investissement d'y substituer une protection. Néanmoins, n'oublions pas que de nombreux pays ont ratifié les textes internationaux sur la question des droits des peuples autochtones. Dès lors, la norme alimentaire culturelle dépendra surtout de la position de l'Etat selon qu'il défende ou qu'il contribue aux violations des droits des peuples autochtones lors de rencontre avec une opération d'investissement.

¹⁰⁸¹ *Infra* § 805 et s.

Conclusion Chapitre 2.

477. Les développements portant sur la mise en œuvre du critère de la durabilité et du critère culturel ont renseigné sur la réception des risques alimentaires dans le droit international des investissements. En effet, le critère de la durabilité sous le prisme environnemental est susceptible de bénéficier des faveurs du tribunal arbitral d'investissement démontrant ainsi la possibilité que la norme alimentaire prime la norme de protection de l'investissement lorsque les risques alimentaires s'avèrent correctement identifiés. De ce point de vue, il apparaît que la voie environnementale constitue un passage privilégié à disposition de la sécurité alimentaire. Pour autant, il convient de nuancer le propos. La primauté de la norme alimentaire durable a eu lieu dans l'étude de cas analysée par le jeu de l'inapplication de l'accord international d'investissement au profit de la loi nationale et de la technique de la proportionnalité. Il reste donc difficile de ne pas imaginer que les dispositions des accords d'investissements internationaux sont susceptibles de neutraliser la norme environnementale ou alimentaire sans dénier l'émergence des clauses environnementales dans les nouveaux traités d'investissement.

478. Quoi qu'il en soit, cela renseigne sur les restructurations actuelles du droit international des investissements en confortant l'idée que les tribunaux arbitraux d'investissement sont parfaitement à même de faire primer la norme alimentaire lorsque la substance juridique le leur permet. Partant, le transfert de l'arbitrage vers une Cour permanente ne résout pas les tensions ou les conflits entre les normes. Dès lors, cela révèle que si les accords internationaux d'investissement demeurent asymétriques, nul intérêt de changer les juges, les normes déséquilibrées appliquées resteront. De plus, l'étude de la norme alimentaire culturelle a permis de saisir les enjeux lorsqu'une opération d'investissement affecte les droits des peuples autochtones et leurs moyens de subsistance. Elle a fait ressortir un pan quasi inopérant de la sécurité alimentaire mais qui tend à évoluer et démontrer que le principe de proportionnalité ne fonctionne pas si les normes ne bénéficient pas d'une force normative si ce n'est similaire, du moins comparable. Dès lors, le principe de proportionnalité apparaît tout à fait adaptable dans l'ensemble des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires. *En revanche, cette adaptabilité reste conditionnée.*

Conclusion du Titre 2.

479. L'analyse pragmatique des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux a démontré à l'appui des jurisprudences et des lois l'existence de conflits normatifs porteurs de risques alimentaires. L'intérêt de ces développements résidait dans la nécessité de les identifier dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissement par une approche quantitative et qualitative. Les conflits de normes porteurs de risques alimentaires quantitatifs reposent sur des atteintes potentielles aux critères d'accessibilité et de répartition équitable tandis que les conflits de normes porteurs de risques alimentaires qualitatifs désignent les atteintes potentielles au critère de la durabilité et au critère culturel. La thèse soutient que l'absence de véritable prise en compte de ces risques alimentaires dans l'espace des investissements internationaux conduira à la généralisation de ces derniers. En effet, les situations alimentaires restent mal appréhendées dans le droit international des investissements. De plus, les croisements conflictuels entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international dans le contentieux confirment la réticence des tribunaux arbitraux à entrevoir le différend sous l'angle du conflit normatif. Pourtant, le principe de proportionnalité pourrait soutenir les arbitres dans le choix d'un ordre de priorité normative dans le silence des traités internationaux d'investissements.

480. Si le principe de proportionnalité est susceptible de fonctionner en qualité d'instrument de résolution des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement, il n'en reste pas moins impératif que des réglages soient entrepris ex ante. En effet, le principe de proportionnalité restera dénué d'effets si l'une des normes qu'il entend soupeser n'a pas de force normative suffisante pour contrebalancer l'autre. Dès lors, il faut qu'un balancier fonctionnel intervienne dans les rapports entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. En d'autres termes, la mise en balance ne s'avère d'aucune utilité si les tribunaux ne perçoivent pas le risque alimentaire. Il est vrai que ce risque est de plus en plus perçu à travers la norme environnementale, mais cela ne reste qu'une composante parmi d'autres. Rappelons que le balancier désigne « une pièce qui, par ses oscillations isochrones, régularise le mouvement d'un mécanisme¹⁰⁸² ». Il constitue la pièce centrale du mécanisme permettant au principe de proportionnalité de fonctionner et impose une mise en œuvre des bons dosages normatifs. Dès lors, le principe de balancier révèle la nécessité d'appliquer des voies de rééquilibrages alimentaires par la norme et les responsabilités en vue d'assurer lors d'un conflit normatif le plein effet du principe de proportionnalité.

¹⁰⁸² Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

Conclusion de la première partie

481. En définitive, le démontage juridique des sources et des principes qui régissent les régimes de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux a permis d'établir un diagnostic et de saisir la nature épineuse de leur relation. Ce regard à la loupe a mis en lumière les causes et les effets des conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international. C'est ainsi que les conflits normatifs révèlent les déséquilibres entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Ces déséquilibres émergent sous différentes formes. Il s'agit de déséquilibre entre les normes, mais aussi dans les décisions d'arbitrage, puis dans les droits et les responsabilités des acteurs. Après le diagnostic, le pronostic s'avère inquiétant. Sans une véritable considération de ces conflits épidémiques agissant comme des alarmes, ces derniers, porteurs de risques alimentaires se propageront. Seul un remède adapté aux interactions de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux permettrait d'arrêter le virus. Partant, le principe de proportionnalité, accompagné du principe de balancier, constitue une voie encourageante en vue de la résolution de ces conflits normatifs. Cette solution apparaît particulièrement appropriée à la mise en balance entre les intérêts privés et les intérêts publics. Elle pourrait donc offrir l'articulation recherchée entre les droits des investisseurs étrangers et la protection de l'intérêt public alimentaire de l'État d'accueil de l'investissement.

Partie 2. La résolution des conflits normatifs de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux

« Si, entre la réalité acquise, qui se place au premier degré, et l'espoir de la voir atteindre un jour encore lointain au troisième, on peut, comme cela semble être le cas, intercaler une réalité nouvelle qui apportait à la société internationale un élément d'organisation la haussant dès à présent au second degré, il faut, de toute évidence, saisir cette possibilité sans hésitation¹⁰⁸³ ».

482. La résolution des conflits normatifs de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux apparaît envisageable par l'usage du principe de proportionnalité. Dans cette étude, notons à nouveau que ce principe désigne un instrument de mesure juridique destiné à soupeser des intérêts en vue de la résolution de conflits normatifs. Les intérêts en présence au cours de cette recherche correspondent à une mise en balance entre l'intérêt public alimentaire et l'intérêt privé de l'investisseur étranger. Toutefois, la pesée juste et équitable des intérêts s'avère conditionnée. En effet, le principe de proportionnalité s'avère dysfonctionnel sans la présence du principe de balancier. Ce dernier constitue la pièce maîtresse du mécanisme de proportionnalité. Il signifie que l'usage de la proportionnalité est improductif sans une balance des normes et des responsabilités préalables. Il ne sera d'aucune utilité de balancer des normes dont l'une ne bénéficierait pas de contenance juridique. De même, la pesée des intérêts est dénuée de sens si elle conduit à une responsabilité malaisée ou impossible à mettre en œuvre, de sorte que la norme alimentaire s'avère dépourvue d'effets en l'absence d'une responsabilité alimentaire. Dès lors, il est soutenu que le principe de proportionnalité est susceptible de résoudre les conflits entre la sécurité alimentaire et les investissements sous deux conditions : la garantie d'un balancier entre les normes (Titre 1) et la garantie d'un balancier entre les responsabilités (Titre 2). Sans ces deux balances, il sera difficile de parvenir à un équilibre entre les droits des investisseurs étrangers et la protection de l'intérêt public alimentaire de l'État d'accueil de l'investissement.

¹⁰⁸³ Rapport du groupe de travail spécial sur l'arbitrage (Commission économique pour l'Europe-Genève), 2^e session, 16 au 23 octobre 1958, in H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, p. 518.

Titre 1. La norme alimentaire dans le droit international des investissements : le balancier des normes

483. Le balancier des normes consiste à garantir une force normative comparable entre des normes de sorte que lors d'un conflit, l'usage du principe de proportionnalité ne soit pas faussé. Il constitue une pièce sans laquelle le mécanisme de proportionnalité ne peut correctement fonctionner. Partant, le balancier des normes exige un certain dosage normatif en vue de rendre le principe de proportionnalité fonctionnel. Il s'agit de vérifier que le juge dispose d'un outillage juridique adapté en vue de mettre en balance l'intérêt public alimentaire et l'intérêt privé de l'investisseur étranger. Or, dans le droit international des investissements, une opération est susceptible d'affecter la sécurité alimentaire sans parfois que la situation ne parvienne jusqu'au contentieux. L'insuffisance d'intégration des normes alimentaires et l'incertitude des qualifications juridiques alimentaires dans cette discipline révèlent la nécessité d'une élévation urgente (Chapitre 1). Les instruments juridiques susceptibles de constituer des leviers de la sécurité alimentaire restent limités dans leur mise en œuvre et imposent de penser à de nouvelles voies d'adaptation de la norme alimentaire dans le droit international des investissements. En l'absence d'une véritable prise en compte de cette dernière, la bascule normative ne pourra se concrétiser entre la norme de protection alimentaire et la norme de protection des investissements internationaux (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'exigence d'une élévation de la norme alimentaire dans le droit international des investissements

484. De toutes parts, l'intégration des normes alimentaires s'avère insuffisante dans la sphère des investissements internationaux. En effet, du droit à la terre au droit à l'eau, la situation alimentaire reste mal appréhendée par la sphère des investissements internationaux. D'une part, sous l'angle du droit à la terre, le phénomène actuel des investissements agricoles à grande échelle demeure une parfaite illustration de cette carence. La nécessité d'instaurer des canaux juridiques relevant de la sécurité alimentaire dans les investissements agricoles à grande échelle reste plus que jamais nécessaire. Ces derniers ont été évoqués préalablement en vue d'aider à l'identification du critère de répartition équitable de la sécurité alimentaire dans le contentieux du droit international des investissements¹⁰⁸⁴. Désormais, il s'agit de les appréhender en tant que phénomène que le droit ne parvient pas à appréhender « dans » et « en dehors » du contentieux de l'arbitrage d'investissement en vue de démontrer l'insuffisance de la norme alimentaire (Section 1).

485. D'autre part, sous l'angle du droit à l'eau, il sera démontré que l'incertitude des qualifications juridiques alimentaires rejailit dans le droit international des investissements et éclaire sur le défaut de considération du particularisme des ressources. L'eau comme l'aliment constituent des ressources susceptibles d'être appréhendées comme des marchandises. Mais dans le même temps, elles revêtent un caractère vital que le droit ne réussit pas à encadrer adéquatement. Il conviendra donc de révéler l'insuffisance des qualifications juridiques alimentaires en prenant l'exemple de l'eau. Néanmoins, les difficultés d'articulation des qualifications entre l'eau comme marchandise et l'eau comme besoin vital s'avèrent transposables aux aliments. Nous limitons notre étude à l'exemple de l'eau parce qu'il nous paraît suffisant à ce stade pour mettre en évidence l'insuffisance de la qualification juridique alimentaire et donc de la norme alimentaire. Chemin faisant, il conviendra de déterminer si un réseau de valeurs regroupé dans une qualification serait souhaitable et permettrait une amélioration de la norme alimentaire (Section 2). Dans ces hypothèses, la finalité sera de démontrer par deux exemples, l'insuffisance de la norme alimentaire lorsqu'elle se heurte au monde des investissements internationaux.

¹⁰⁸⁴ *Supra* § 351 et s.

Section 1.- L'insuffisance d'intégration des normes alimentaires : l'exemple des investissements agricoles à grande échelle

486. Phénomène. L'appréhension des dangers de l'investissement agricole à grande échelle apparaît difficile parce que ces derniers répondent aux conditions d'un investissement international classique (apport, risque, durée). Malgré les apparences juridiques, ces investissements réguliers peuvent s'avérer risqués, notamment pour la sécurité alimentaire des populations. Pour autant, ce phénomène échappe parfois aux États qui n'ont pas assuré un contrôle approfondi sur les conséquences de l'accueil de tels investissements. Dans le langage courant, le phénomène désigne « *ce qui apparaît, se produit, se manifeste et peut être saisi par l'expérience ou l'observation*¹⁰⁸⁵ ». Entrevoir l'investissement agricole à grande échelle « dans » et « en dehors » du droit international des investissements révèle qu'il peut dans certaines circonstances correspondre à « un accaparement de terres ». Dans cette perspective, il est susceptible de faire partie « *des phénomènes qui n'ont pas réellement accédé à la réalité juridique et qui pourtant questionnent les constructions du droit*¹⁰⁸⁶ ». Cette démarche invite après l'observation à repenser le droit. L'insuffisance des normes alimentaires révélée à travers l'étude des investissements agricoles à grande échelle (§1) renforce l'idée selon laquelle l'adéquation entre la protection alimentaire et la protection des investissements relève d'une nécessité impérieuse (§2).

§1.- Droit à la terre et investissements internationaux

487. L'observation des investissements agricoles à grande échelle dévoile que les dangers de ce phénomène restent sous-estimés dans le droit. Pourtant, ils sont susceptibles de générer des situations relevant de l'insécurité alimentaire « dans » le cadre du contentieux de l'arbitrage d'investissement et « en dehors », lorsque les situations ne parviennent à remonter jusqu'au contentieux (A). Dès lors, nous proposons une grille de lecture en vue d'identifier ce qui pourrait s'avérer constituer des investissements agricoles à haut risque (B).

A.- Le manque de prise en compte des dangers des investissements agricoles à grande échelle

488. Les investissements agricoles à grande échelle se sont généralisés ces dernières années, notamment afin de répondre à des besoins alimentaires et énergétiques (1°). Pour autant, leur démultiplication comporte des dangers qui n'apparaissent pas assez considérés. En effet, on assiste parfois à un transfert de l'investissement vers l'accaparement de terres (2°).

¹⁰⁸⁵ Définition proposée par le Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

¹⁰⁸⁶ J.-S. BERGÉ, « Quelle approche des phénomènes par le droit ? Le cas de la circulation totale au-delà du contrôle », *D.* 2017. 2546.

1°) Accès à la terre et investissements fonciers

489. Dans un avis d'initiative, le Comité économique et social européen fait une liste des différents facteurs favorisant les accaparements de terres agricoles¹⁰⁸⁷ : 1) la mondialisation croissante et le principe de libre circulation du capital ; 2) la croissance démographique et l'urbanisation ; 3) la demande croissante en denrées alimentaires et en bioénergie; 4) la demande croissante de matières premières naturelles ; 5) les effets pervers de la politique agricole et environnementale ; 6) la possibilité de spéculer sur l'accroissement de la valeur des terres agricoles.

490. **Origine.** Les crises alimentaires, financières et énergétiques intervenues à partir de 2008 ont favorisé l'acquisition et la location de terres agricoles par des investisseurs publics et privés. D'une part, ces crises ont conduit directement ou indirectement à une augmentation significative du prix des denrées alimentaires. D'autre part, la diminution des productions agricoles et l'acquisition de terre pour des cultures non alimentaires comme les biocarburants contribuent à renforcer l'insécurité alimentaire. Ces dernières années, la question des investissements agricoles à grande échelle a fait couler de l'encre et suscité de nombreuses réactions¹⁰⁸⁸. Ces investissements fonciers se sont démultipliés sur de grandes superficies de terres dans des Etats offrant des ressources foncières à bas coût. Il ne s'agit plus de produire « *les traditionnelles commodities, héritières des grandes*

¹⁰⁸⁷ K. NURM, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « L'accaparement des terres: une sonnette d'alarme pour l'Europe et une menace imminente pour l'agriculture familiale », (avis d'initiative)NAT/632 – EESC-2014-00926-00-00-AC-TRA (EN) 4/16, Bruxelles, 21 janvier 2015, p. 5.

¹⁰⁸⁸ Voy. Par ex. F. COLLART DUTILLEUL, « Investissements internationaux et accaparement des terres : la recherche d'un équilibre », in F. COLLART DUTILLEUL, « Penser une démocratie alimentaire (vol. I), *op. cit.*, pp. 83-102; L. COTULA, *Land rights and investment treaties, Exploring the interface*, IIED Land, Investment and Rights series, International Institute for Environment and Development (UK), 2015 ; L. COTULA, « Land Grabbing' and International Investment Law: Toward a Global Recon guration of Property?» in A.K. BJORKLUND, (ed.), *Yearbook On International Investment Law & Policy*, Oxford University Presse, 2014–2015, p. 177 ; M. EDELMAN, C. OYA, S.-M BORRAS, « Global Land Grabs: historical processes, theoretical and methodological implications and current trajectories », *Third World Quarterly*, Vol. 34 Issue 9, Oct 2013, pp. 1517-1531; C. GOLAY, I. BIGLINO, « Human Rights Responses to Land Grabbing: a right to food perspective », *Third World Quarterly*, Vol. 34 Issue 9, Oct 2013, pp.1630-1650 ; K. NURM, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « L'accaparement des terres: une sonnette d'alarme pour l'Europe et une menace imminente pour l'agriculture familiale », (avis d'initiative)NAT/632 – EESC-2014-00926-00-00-AC-TRA (EN) 4/16, Bruxelles, 21 janvier 2015 ; O. DE SCHUTTER, *Acquisitions et locations de terres à grande échelle : ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, Rapport du rapporteur sur le droit à l'alimentation, Conseil des droits de l'homme, 13^e session, Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/13/33/Add.2, 2009.; O. DE SCHUTTER, *Accès à la terre et droit à l'alimentation*, Rapport du rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, 65^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/65/281, 21 octobre 2010; P. WISBORG, « Human Rights Against Land Grabbing? A Reflection on Norms, Policies, and Power », *Journal of Agricultural & Environmental Ethics*, Vol. 26 Issue 6, Dec 2013, pp. 1199-1222. ; Rapport de la Banque Mondiale, CNUCED, FAO, FIDA, *Principes pour l'investissement agricole responsable* (PRAI), 2009 ; OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement agricole*, 2013; Comité de la sécurité alimentaire mondiale, « Principes pour un investissement agricole responsable dans le contexte de la sécurité alimentaire et de la nutrition (rai) ». Les principes énoncés ont été approuvés par le Comité le 15 octobre 2014; Rapport sur l'accaparement de terre et droits de l'homme : rôle des sociétés et des entités financières européennes dans l'accaparement de terre en dehors de l'Union européenne, Direction générale des politiques externes, département thématique, Parlement européen, EP/EXPO/B/DROI/2015/02, 2016.

*monocultures coloniales, mais principalement des denrées alimentaires exportables et des agrocarburants (canne à sucre, palmier à huile, ect.)*¹⁰⁸⁹ ».

491. Dans la sphère des opérateurs privés, la violence des crises économiques a poussé certains acteurs à investir dans des domaines considérés comme plus stables. La spéculation sur les futures hausses du prix des terres agricoles et les matières premières est un facteur important justifiant la multiplication d'investissements dans ce secteur. Le contrôle des terres, des sous-sols et de l'eau fait l'objet de nombreuses convoitises tant par les Etats que par les sociétés privées. L'investisseur public a d'autres finalités. Tout d'abord, le développement d'un processus d'acquisition ou de location de terres à grande échelle prend racine dans la volonté des Etats de développer la production et l'exportation de denrées alimentaires. Ensuite, ces opérations foncières constituent l'occasion pour les Etats d'investir dans des cultures non alimentaires comme les agrocarburants. La finalité est double : l'indépendance alimentaire et l'indépendance énergétique. Enfin, la croissance démographique et l'urbanisation viennent s'ajouter à la diminution des ressources naturelles de certains Etats¹⁰⁹⁰. Sous ce regard, les opérations foncières à grande échelle semblent bénéfiques et s'inscrivent parfaitement dans la ligne du processus de libre-échange mondialisé. Pourtant, on oublie que sous l'apparence d'investissements fonciers rentables, des milliers de communautés sont parfois expulsées de leurs terres, sans consultation préalable et sans garantie de leur sécurité alimentaire.

492. Accès à la terre et investissements fonciers à vocation alimentaire. Dans de nombreux pays en voie de développement, de grands projets demeurent maîtrisés par des capitaux étrangers. A cet égard, et sur la base de sa stratégie économique de développement, le Mali a offert il y a quelques années 100 000 ha de terres à l'intérieur de l'Office du Niger, berceau des zones de production de riz du Mali. La Libye a alors investi afin de maîtriser et d'assurer sa production alimentaire dans le secteur du riz par le biais d'un fonds souverain *Lybia Africa Investment Portfolio*¹⁰⁹¹. Le Mali a accordé de nombreux avantages à l'investisseur, notamment l'élargissement du canal aux fins d'irrigation et l'amélioration d'une route¹⁰⁹². En l'espèce, un immense canal a été construit dans le but d'irriguer les terres, prenant le risque d'entraîner un manque d'eau en aval. La période de janvier à mai permet l'arrosage de la quasi-totalité de la zone Office du Niger et produit la majorité de la production agricole au Mali, cette zone recouvre des superficies essentielles pour la sécurité

¹⁰⁸⁹ L. DELCOURT sur l'accapement de terre in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, op.cit., p. 20.

¹⁰⁹⁰ O. De SCHUTTER, *Acquisitions et locations de terres à grande échelle: ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, Rapport (additif), Conseil des droits de l'homme, Treizième session, Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/13/33/Add.2, 2009, p. 8.

¹⁰⁹¹ Rapport Grain, *L'accapement des terres de rizières met en péril la souveraineté alimentaire de l'Afrique*, 2009, p. 2.

¹⁰⁹² *Ibid.*

alimentaire du Mali, et une superficie importante a été octroyée à la société libyenne¹⁰⁹³. L'investisseur a obtenu du Mali un usage sans restriction de l'eau pendant une période déterminée. L'Etat a justifié cette décision en précisant que le pays avait besoin d'investissements nécessaires à son développement. Néanmoins, selon certains, les désillusions risquent d'être importantes¹⁰⁹⁴. Les effets de cette clause négociée comportent de grands dangers et contribuent à fragiliser la sécurité alimentaire des populations locales¹⁰⁹⁵. Pourtant, le Mali a promulgué un Code des investissements en 2012, dans une logique d'attractivité des investissements directs étrangers sur son sol. La maîtrise des sols au Mali fait l'objet de nombreuses controverses, à l'heure où la situation économique, sociale et politique s'avère tendue. Par ailleurs, dans le cadre de cette politique stratégique, les investisseurs bénéficient d'exonérations fiscales très importantes tandis qu'en moyenne 80% de leur production reste exportée. Le constat est alarmant puisque si une crise alimentaire devait voir le jour, les matières premières agricoles tout comme l'ensemble des bénéfices tirés des ressources du Mali sortiraient du territoire en condamnant les populations locales dans des situations sociales et économiques fragiles, à rester dans la faim¹⁰⁹⁶.

493. Accès à la terre et investissement foncier à vocation énergétique. Entre 2008 et 2015, 56 millions d'hectares de terres ont fait l'objet d'un projet d'acquisition par les Etats et les opérateurs économiques privés¹⁰⁹⁷. Les effets néfastes de la production d'agrocarburant ont poussé les investisseurs publics et privés à produire des biocarburants dits de deuxième génération à l'image du jatropha, désormais appelé « pétrole vert ». De nombreux pays ont fait le choix d'engager une politique stratégique de promotion de ce type d'investissement. En regard de la crise énergétique et du potentiel du jatropha¹⁰⁹⁸, de nombreux projets d'investissement ont vu le jour dans les pays en voie de développement¹⁰⁹⁹. Aussi, des fonds d'investissement se sont mis en place en soutien de l'investissement dans ce secteur. A titre d'exemple, le *Mother Earth Jatropha Plantation Fund*, a envisagé d'investir deux cent cinquante millions d'euros dans une dizaine de projets, localisés de préférence en Asie ou en Afrique¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹³ F. COLLART DUTILLEUL, A. DIABATÉ et I. SIDIBÉ, « Le respect du droit à l'eau et la sécurité alimentaire dans le cadre des aménagements hydro-agricoles au Mali » in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire (vol. I)*, Inida, p.143, 2013.

¹⁰⁹⁴ F. COLLART DUTILLEUL et A. DIABATE, « La sécurité alimentaire et le droit à l'alimentation à l'épreuve des investissements internationaux en Afrique de l'Ouest : les risques d'une désillusion », *HAL*, 2013.

¹⁰⁹⁵ F. COLLART DUTILLEUL, A. DIABATÉ, I. SIDIBÉ, *op. cit.*

¹⁰⁹⁶ F. COLLART DUTILLEUL et V. PIRONON « Droit économique et sécurité alimentaire. Introduction », *RIDE*, 4/2012 (t. XXVI), pp. 5-14.

¹⁰⁹⁷ Oakland Institute, disponible en ligne le 24 mars 2016, <http://www.oaklandinstitute.org/land-rights-issue>.

¹⁰⁹⁸ Le jatropha est un arbuste contenant des graines utilisées pour la production d'huile qui permettent aussi d'être transformées en biodiesel.

¹⁰⁹⁹ Voy. J-D PELLET, E. PELLET, *Jatropha curcas, le meilleur des biocarburants. Mode d'emploi, histoire et avenir d'une plante extraordinaire*, Favre, Lausanne, 2007.

¹¹⁰⁰ R. A. JANSEN, « Second Generation Biofuels and Biomass : Essential Guide for Investors, Scientists and Decision Makers », *Wiley-VCH*, 1^{ère} édition, Janvier 2013.

494. Les Etats et les institutions apportent un soutien total aux investissements agricoles à grande échelle. Les investissements fonciers agricoles sont soutenus et défendus comme étant un échange « gagnant-gagnant ». Si la finalité reste d'investir dans des terres considérées comme disponibles et sous-exploitées en vue de les transformer en investissement et en production efficace, cet argument est contesté depuis ces dernières années. L'impact des politiques de soutien en faveur du développement des biocarburants a des effets considérables sur la sécurité alimentaire et l'accès à l'alimentation. On observe que les investissements dans les biocarburants ont entraîné de vives tensions sur les marchés agricoles et ont conduit à une réduction de l'offre des produits alimentaires¹¹⁰¹. Il s'agit d'un combat entre la nourriture et les carburants¹¹⁰². En 2009, dans une directive relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, l'Union européenne¹¹⁰³ a fixé une série d'objectifs à valeur contraignante devant être réalisés par les Etats membres. La directive prévoit que la part des biocarburants dans la consommation totale des carburants de transport devrait atteindre un minimum de 10% d'ici 2020 par tous les Etats membres et ce, à un coût raisonnable. Dans une même logique de développement, les Etats-Unis¹¹⁰⁴ ont voté en 2007 une loi sur l'indépendance et la sécurité énergétique qui prévoit notamment un nouveau *Renewable Fuel Standard* (RFS) fixant comme objectif une consommation annuelle de biocarburant à 136 milliards de litres d'ici 2022. Par ailleurs, le Fonds africain des agrocarburants et des énergies renouvelables (Faber) prévoit jusqu'à deux cents millions d'euros d'investissement et a pour objectif de promouvoir et augmenter le nombre de projets africains bénéficiant du *Mécanisme de développement propre* (MDP).

¹¹⁰¹ OCDE, *Politique de soutien des biocarburants, une évaluation économique*, OCDE, 2009 p. 118.

¹¹⁰² M-H HUBERT, « Nourriture contre carburant : Quels sont les éléments du débat ? », *Revue Tiers Monde* 3/2012 (n°211), pp. 35-50.

¹¹⁰³ Sur la politique de l'Union européenne, Voy. Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE : « *Le Conseil européen de mars 2007 a réaffirmé l'engagement de la Communauté de développer la production d'énergie à partir de sources renouvelables dans l'ensemble de la Communauté après 2010. Il a entériné les objectifs contraignants d'une part de 20 % de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation totale d'énergie de la Communauté d'ici à 2020 et d'une part minimale de 10 % de biocarburants dans la consommation totale d'essence et de gazole destinés au transport, cet objectif devant être réalisé d'ici à 2020 par tous les Etats membres, et ce à un coût raisonnable. Il a déclaré que le caractère contraignant de ce seuil se justifiait, sous réserve que la production ait un caractère durable, que des biocarburants de deuxième génération soient disponibles sur le marché et que la directive 98/70/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel soit modifiée pour prévoir des niveaux de mélange adéquats.* »

¹¹⁰⁴ OCDE, *Politique de soutien des biocarburants, une évaluation économique*, Rapport 2009 p. 118.

2°) De l'investissement à l'accaparement

495. Si l'on considère que l'accaparement de terres peut prendre la forme d'un investissement et se noyer aisément dans la multitude des investissements agricoles réalisés dans le système agraire, il reste un investissement prédateur caractérisé par la négativité de ses effets. Dès lors, le contrat d'investissement devrait répondre à « des conditions exigeantes¹¹⁰⁵ » pour ne pas être assimilé à un accaparement. Pour certains, « *ce que le débat sur l'accaparement fait apparaître, c'est bien une ligne de clivage plus ancienne et fondamentale opposant les partisans du laisser-faire et les défenseurs de nouvelles régulations fondées sur la reconnaissance des droits des populations et des souverainetés nationales*¹¹⁰⁶ ». Rappelons que l'accaparement des terres constitue la prise de contrôle à grande échelle de terres par l'acquisition d'un droit foncier en procédant à un usage négatif des ressources aux dépens de l'environnement et des populations locales¹¹⁰⁷.

496. L'accaparement n'est sans doute pas un effet désirable de l'investissement, il apparaît constituer un investissement comportant des effets négatifs. Dès lors, il apparaît être un investissement irrégulier, de la même façon qu'il existe des contrats irréguliers sans que la définition du mot contrat ne soit remise en cause¹¹⁰⁸. Si l'on retient les critères énoncés par la sentence *Salini c. Maroc*¹¹⁰⁹ à l'appui d'une définition sur l'investissement international, soit l'accaparement ne constitue par un investissement, soit il est un investissement irrégulier. Les critères de qualification d'un investissement établis dans cette affaire sont un apport, une certaine durée, une participation aux risques. Puis un autre critère controversé, celui de contribution au développement économique de l'Etat d'accueil. Ce dernier critère reste incertain dans la jurisprudence arbitrale du CIRDI et constitue le critère qui aurait permis d'écarter définitivement l'accaparement comme un investissement régulier. Toutefois, le critère de développement économique est loin d'être admis par tous et reste rejeté par certains tribunaux arbitraux¹¹¹⁰. Les trois conditions de l'apport, la durée et de la participation aux risques sont réunies dans l'objectif d'une qualification de l'accaparement en investissement. Sans le critère de développement économique, l'accaparement pourrait prendre la forme d'un investissement. L'accaparement remplit les mêmes conditions que l'investissement

¹¹⁰⁵ F. COLLART DUTILLEUL, « Investissements internationaux et accaparement des terres : la recherche d'un équilibre », in François COLLART DUTILLEUL, *Penser une démocratie alimentaire (vol. I)*, Inida, 2013, p. 83.

¹¹⁰⁶ L. DELCOURT sur « la notion de l'accaparement de terre » in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, op. cit.

¹¹⁰⁷ *Supra* § 351

¹¹⁰⁸ Voy. J. MATRINGE, « La notion d'investissement » in Ch. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 142.

¹¹⁰⁹ CIRDI, *Salini c. Maroc*, aff. n° ARB/00/4, sentence du 23 juillet 2001.

¹¹¹⁰ Par ex. CIRDI, *Alpha Projekholding GmbH c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010.

international, par contre, la négativité de son effet sur la sécurité alimentaire devrait suffire à ce qu'il soit écarté par les Etats.

497. A côté de la définition légale de l'investissement, l'approche fonctionnelle qui prédomine consiste à laisser les parties à la convention, déterminer les investissements à protéger. Cette approche permet aux arbitres internationaux de ne s'intéresser qu'à l'investissement « *au sens de la convention* ¹¹¹¹ ». Dans ce cadre, l'Etat hôte peut parfaitement ne pas consentir à ce que des investissements prédateurs qui ne concourent pas au développement économique de son pays ne viennent s'installer sur son sol. C'est à l'Etat de contribuer ex ante à une définition de ce qui doit relever des investissements protégés, puis d'inscrire sa vision dans les Codes d'investissements et dans les traités bilatéraux d'investissement. L'absence de définition légale de l'investissement offre une flexibilité certaine et nécessaire dans ce domaine. En revanche, elle constitue un facteur d'instabilité et d'insécurité juridique pour les populations locales qui restent dépendantes du pouvoir de négociation de leur Etat et de la capacité de ces derniers à protéger leurs ressources face aux investisseurs. L'exigence d'une définition légale de l'investissement pourrait désigner les investissements qui peuvent relever de la protection du traité ¹¹¹². Dans cette perspective, la finalité serait de paralyser ou limiter la protection offerte par des investissements qui répondent à la légalité dans leur formation mais qui ont des effets négatifs conduisant notamment à des opérations illégales ¹¹¹³. Par cette approche, si l'on considère que l'investissement doit contribuer au développement économique, soit l'accaparement n'est pas un investissement et un tribunal arbitral comme le CIRDI n'aura pas la compétence de se prononcer sur l'affaire ¹¹¹⁴, soit l'accaparement est juste considéré en l'absence de la condition du développement économique comme irrégulier, par son effet négatif, et pourrait donner lieu à une irrecevabilité du tribunal arbitral ¹¹¹⁵. Dès lors, l'investissement ou l'accaparement ne pourrait pas bénéficier de la protection substantielle accordée traditionnellement aux investisseurs. Dans ce sens, si l'on reconnaît que l'investissement doit être protégé, l'accaparement pourrait être dépourvu de cette protection du fait de son irrégularité.

498. Pour autant, cela ne constitue pas la voie que nous privilégierons. Comme cela a déjà été souligné, en droit français, la protection ou la possibilité d'introduire un recours alors que le contrat s'avère irrégulier n'est pas retirée en raison de cette irrégularité.

¹¹¹¹ J. MATRINGE, *op. cit.*, p. 139.

¹¹¹² *Ibid.*, p. 142.

¹¹¹³ A propos de la définition de l'investissement international, *Ibid.*, p. 143.

¹¹¹⁴ S. CLAVEL et Y. DERAIS, « La définition de l'investissement », journée d'étude : « Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ? », 27 mars 2013, *Conventions-réguler la mondialisation*, p. 14. Disponible en ligne : http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/03/Dossier-27-mars_2503.pdf

¹¹¹⁵ J. MATRINGE, *op. cit.*, p. 143.

B. L'identification des investissements agricoles à haut risque

499. Derrière les vertus du développement économique peuvent se cacher des appropriations de ressources au mépris des populations locales et au péril de la sécurité alimentaire. Ces appropriations prennent leur forme la plus dangereuse lorsqu'elles monopolisent les ressources entre quelques mains. Dès lors, comment identifier un investissement agricole à haut risque ? Partons des critères développés précédemment dans l'étude en vue de caractériser les risques alimentaires dans le droit des investissements et voyons si leurs applications permettent de distinguer les investissements agricoles et les accaparements de terres. Lorsqu'un investissement conduit à la violation des critères quantitatifs (critère de répartition équitable, critère d'accessibilité) (1°) et des critères qualitatifs, (critère culturel et critère de durabilité) (2°) de la sécurité alimentaire, nous estimons que cet investissement a des conséquences néfastes telles, que rien ne devrait empêcher qu'il soit assimilé à un investissement dangereux.

1°) La violation des critères quantitatifs de la sécurité alimentaire

500. **La violation du critère de répartition équitable.** L'article 11 (2a) du PIDESC¹¹¹⁶ dispose que les Etats doivent prendre les mesures nécessaires : « *pour améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d'éducation nutritionnelle et par le développement ou la réforme des régimes agraires, de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles* » Aux termes de l'article 11(2b) du PIDESC, les Etats doivent prendre les mesures nécessaires « *pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires* ». L'investissement agricole à grande échelle ne suffit pas à caractériser une répartition inéquitable des ressources. En revanche, il apparaît comme un indicateur qu'un danger pourrait survenir. L'établissement d'un seuil commun ou variable selon l'état de sécurité alimentaire du pays hôte serait un indicateur et un premier pas au commencement de l'identification d'un investissement foncier à haut risque. Pour certains, on peut considérer que les investissements sont réalisés à grande à échelle à partir de 1000 hectares

¹¹¹⁶ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

d'investissements agricoles¹¹¹⁷, pour d'autres la superficie de 200 hectares demeure suffisante¹¹¹⁸. Il est observé que les terres sont souvent cédées à des prix dérisoires tandis que l'accès aux ressources en eau apparaît souvent négocié dans les contrats comme devant être illimité et offert afin de procéder à l'irrigation des terres¹¹¹⁹. Cela conduit à un usage et une répartition inéquitable des ressources entre d'un côté l'investisseur doté de privilèges contractuels offerts par l'Etat hôte et les populations locales dépourvues de droits effectifs à la terre et à l'eau. De l'acquisition des terres à la consommation des produits, l'iniquité apparaît omniprésente. La mauvaise gestion des conflits d'intérêts, l'apparition de tensions avec les communautés locales et un rapport de force inégal constituent autant de signaux qui peuvent s'ajouter à un investissement à haut risque et qui devraient attirer le regard sur la possibilité d'un accaparement. Dans cette hypothèse, le risque majeur reste la concentration des ressources entre les mains de quelques-uns. Ce risque semble renforcé lorsque cette prise de contrôle a lieu par des investisseurs étrangers, l'Etat pouvant perdre la main mise sur la sécurité alimentaire de sa population.

501. La violation du critère d'accessibilité. L'article 11(1) et 11(2) du PIDESC consacre le droit d'accès à une nourriture suffisante et l'obligation étatique de reconnaître le droit d'être à l'abri de la faim. Dès lors, l'expropriation des terres par l'Etat ne pose pas de difficultés d'ordre alimentaire lorsqu'elle ne conduit pas à une atteinte au droit à l'alimentation des populations. En revanche, le non-respect de la procédure d'expropriation par l'Etat et l'expulsion des populations de leurs terres alors qu'elles constituent leur principal moyen de subsistance soulève des questions sur l'accès aux denrées alimentaires. La perte de l'accès aux ressources est considérée comme une violation de la sécurité alimentaire lorsque l'Etat ne prend pas les mesures pour organiser l'accès à d'autres moyens de subsistance tels que la rémunération d'un emploi ou la mise en œuvre de programmes de dédommagement¹¹²⁰. Cette difficulté est importante lors du passage d'une agriculture familiale à une agriculture commerciale. Dans ce cadre, il convient de prendre en compte l'ensemble des acteurs¹¹²¹ et de porter une attention particulière afin que la nourriture soit de même quantité et qualité¹¹²². Le droit à l'alimentation et l'accès aux ressources sont reliés entre eux. La privation de l'accès et de

¹¹¹⁷ Voy p. ex, F. MOUSSEAU, *Souveraineté sur les ressources naturelles et investissements internationaux, Nourrir le monde, la parole aux citoyens*. Ateliers entre chercheurs et représentants de la société civile., Nov 2012, NANTES, France, p. 2.

¹¹¹⁸ Voy. Base de données Land Matrix, cité dans le rapport « Accaparement de terre et droits de l'homme : rôle des sociétés et des entités financières européennes dans l'accaparement de terre en dehors de l'Union européenne », Direction générale des politiques externes, département thématique, Parlement européen, EP/EXPO/B/DROI/2015/02, 2016, p. 14.

¹¹¹⁹ F. MOUSSEAU, *op. cit.*, p. 5.

¹¹²⁰ L. COTULA (dir.), M.DJIRÉ, R.-W. TENGA, « Le droit à l'alimentation et l'accès aux ressources naturelles », FAO, Rome, 2009, p. 26.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² *Ibid.*

l'usage des ressources, moyens de subsistance des populations¹¹²³ constitue un risque alimentaire élevé. Dans cette situation, la politique alimentaire de l'Etat peut pousser les populations locales vers un état de dépendance alimentaire. A ce titre, l'approvisionnement des marchés extérieurs au détriment du marché intérieur peut former une atteinte alimentaire lorsqu'il conduit à la création d'une dépendance alimentaire par le transfert d'une situation stable à une situation de dépendance aux marchés internationaux¹¹²⁴. Dans ce sens, l'accapement contribue à « *entraver les possibilités offertes à la population locale d'exploiter de manière indépendante une entreprise agricole afin de garantir l'approvisionnement alimentaire. Le droit d'exploiter les ressources (terre, eau, forêt) et les bénéfices qui en sont tirés sont réservés au propriétaire*¹¹²⁵ ».

502. Par ailleurs, le droit international des investissements autorise les expropriations et encadre ce processus par des conditions strictes. Notons à nouveau que pour être régulière, l'expropriation ne doit pas être discriminatoire, être prise pour un motif d'intérêt public et établir une indemnité compensatrice adéquate. Afin de ne pas porter atteinte au droit d'accès à la sécurité alimentaire, les trois conditions établies ne sont pas suffisantes. Dans le même temps, l'Etat devrait garantir la mise en place de moyens de subsistance compensatoires si l'expropriation concerne des terres étant le principal moyen de subsistance des populations et organiser une procédure de consultation. L'insuffisance d'information, le manque de transparence, l'absence de consultation sont autant d'indices qui prouvent l'exclusion des populations locales du processus décisionnel et forment des signaux élevés de caractérisation d'un investissement agricole transformé en accapement.

2°) La violation des critères qualitatifs de la sécurité alimentaire

503. La violation du critère culturel. Les peuples autochtones détiennent certains droit plus ou moins effectifs tels que le droit à l'autodétermination¹¹²⁶ ou le droit de ne pas subir d'assimilation

¹¹²³ O. De SCHUTTER, « Acquisitions et locations de terres à grande échelle: ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme », Rapport (additif), Conseil des droits de l'homme, Treizième session, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/13/33/Add.2, 2009, p. 4.

¹¹²⁴ F. BRONDEAU, « Les investisseurs étrangers à l'assaut des terres agricoles africaines. », *EchoGéo*, 14 | 2010, p. 5 ; O. De SCHUTTER, *op. cit.*, p. 8.

¹¹²⁵ K. NURM, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « L'accapement des terres: une sonnette d'alarme pour l'Europe et une menace imminente pour l'agriculture familiale », (avis d'initiative)NAT/632 – EESC-2014-00926-00-00-AC-TRA (EN) 4/16, Bruxelles, 21 janvier 2015, p. 4.

¹¹²⁶ Article 3 et 4 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/61/295, 107e séance plénière, 13 septembre 2007; Article 20 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, adoptée par la dix-huitième Conférence des Chefs d'état et de Gouvernement, Nairobi, Kenya, juin 1981.

forcée ni de destruction de leur culture¹¹²⁷. En d'autres termes, les Etats ont l'obligation de ne pas prendre d'acte qui pourrait priver les autochtones de leur intégrité, de leurs valeurs et de leur identité, et qui aurait pour but de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources au sens de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. L'article 10 de cette Déclaration dispose que les autochtones ne peuvent être enlevés de force de leurs terres ou territoires. La réinstallation est interdite sans le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones. Tous les peuples ont le droit à la disposition libre de leurs richesses et de leurs ressources naturelles¹¹²⁸. Le 26 mai 2017, la Cour Africaine des droits de l'Homme et des Peuples a implicitement consacré le droit à une alimentation culturelle dans l'affaire *African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya*¹¹²⁹. Il était question de l'expulsion d'une communauté autochtone nommée Ogiek par le Kenya qui souhaitait préserver l'écosystème naturel de cette zone¹¹³⁰. La Cour africaine a déclaré que les Ogieks avaient « *été privés du droit de jouir et de disposer librement de l'abondance de nourriture produite par leurs terres ancestrales*¹¹³¹ ». C'est là une consécration du droit à une alimentation culturelle. On peut en déduire que la prise de contrôle de terre agricole dans des zones habitées par les communautés autochtones donnant lieu à des expulsions, sans consentement préalable, constitue un risque élevé de violation du droit à une alimentation culturelle. L'absence de considération « *des utilisateurs de la terre* »¹¹³² est sanctionnée par la Cour africaine et semble offrir une voie pour la reconnaissance des droits des populations autochtones sur leurs terres et leurs ressources naturelles.

504. La violation du critère de la durabilité. Nous avons déjà soulevé dans notre étude que la sécurité alimentaire ne peut se réaliser sans une politique de préservation des ressources efficaces. Le critère de la durabilité est donc au cœur du droit de la sécurité alimentaire comme l'a précisé la FAO dans ses directives. Celle-ci a énoncé et rappelé la nécessité étatique de s'engager vers des politiques respectueuses de l'environnement pour garantir aux générations actuelles et futures « *une production alimentaire durable accrue, de prévenir la pollution des ressources hydriques, de*

¹¹²⁷ Article 8 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/61/295, 107e séance plénière, 13 septembre 2007.

¹¹²⁸ Article 1er al 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 ; Article 21 de Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, adoptée par la dix-huitième Conférence des Chefs d'état et de Gouvernement, Nairobi, Kenya, juin 1981.

¹¹²⁹ Cour ADHP, *African Commission on human and peoples' rights / Republic of Kenya*, application n° 006/2012, judgment, 26 may 2017.

¹¹³⁰ *African Commission on human and peoples' rights c. Kenya*, *op. cit.*, § 145.

¹¹³¹ *Ibid.* § 201.

¹¹³² L'expression est utilisée par O. DE SCHUTTER, *Voy Acquisitions et locations de terres à grande échelle: ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, Rapport (additif), Conseil des droits de l'homme, Treizième session, Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/13/33/Add.2, 2009, p. 5.

*protéger la fertilité des sols et de promouvoir une gestion durable des pêches et des forêts*¹¹³³ ». La pollution des sols, et des ressources, l'utilisation des terres à des fins destructrices de l'environnement, l'amplification de la déforestation sont autant de signaux à prendre en considération permettant d'identifier un investissement qui porte atteinte à la sécurité alimentaire. On observe la multiplication des contentieux sur ces questions entre les investisseurs et les Etats.

505. En Europe, dans l'affaire *Gabriel resources ltd and Gabriel resources (jersey) ltd c. Roumanie*¹¹³⁴, les investisseurs ont déposé une Requête d'arbitrage devant le CIRDI sur le fondement des traités canadiens et britanniques le 21 juillet 2015. Ils ont dénoncé l'expropriation sans procédure régulière et sans compensation entreprise par l'Etat qui par ces actions aurait neutralisé leur projet minier dans la région¹¹³⁵. Pour l'heure, l'entreprise a investi 650 millions de dollars¹¹³⁶ dans ce qui devait être l'un des plus grands projets miniers d'Europe. Dans le même temps, l'investissement avait pour finalité de contribuer au développement économique de la région Apuseni. D'après les requérantes, cette zone souffre de la pauvreté et de la pollution causée par des décennies de mauvaises pratiques minières, dirigées par l'Etat, et sans rapport avec les activités de ces dernières¹¹³⁷. Après avoir soutenu le projet, la Roumanie a finalement décidé de rejeter l'octroi des permis à la suite des pressions et des manifestations organisées par les populations locales. L'utilisation nocive du cyanure pour l'environnement, nécessaire à l'extraction d'or, le déplacement des populations et la destruction de villages ont certainement encouragé l'Etat a gelé le projet minier. La décision du tribunal arbitral est en cours. Cette affaire révèle l'émergence des normes environnementales dans la sphère des investissements internationaux. Nul doute que les arbitres encore une fois devront se prononcer sur des questions relevant de l'intérêt public alimentaire.

506. La violation du critère de durabilité permet d'alarmer sur la dangerosité d'un investissement par des atteintes graves causées à l'environnement. Les effets négatifs de ces investissements agricoles rejaillissent sur les populations locales par la pollution des eaux et des terres. La réalisation d'investissement agricole pollueur à grande échelle et sans contrôle démultiplie les risques alimentaires et environnementaux pour les populations locales.

¹¹³³ FAO, *Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale* (2004), Directive 8E.

¹¹³⁴ CIRDI, *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) c. Roumanie*, aff. n°ARB/15/3121, Notice d'arbitrage, 21 juillet 2015.

¹¹³⁵ *Gabriel*, *op. cit.*, § 7 et § 36.

¹¹³⁶ *Ibid.*, § 25.

¹¹³⁷ *Ibid.*

§2.- Protection alimentaire et protection des investissements

507. L'aléa des protections réservé au droit à la terre selon qu'un contentieux est porté devant les institutions économiques ou les institutions protectrices des droits humains (A) renforce la nécessité de relier le système des investissements internationaux et celui de la sécurité alimentaire (B).

A.- L'aléa des protections

508. Selon que soient saisis le CIRDI ou les organes de protection des droits de l'Homme, la décision aura une trajectoire différente non pas quant à la protection du droit de la terre mais sur le destinataire de cette protection. Devant le CIRDI, les investisseurs disposent du droit de revendiquer une protection de leur titre de propriété. Néanmoins, les populations locales victimes d'insécurité alimentaire en raison d'une opération d'investissement ne détiennent aucune protection substantielle devant un organe économique, si ce n'est pas l'intermédiaire de l'Etat ou éventuellement soutenu par des *amici curiae* (1°). En revanche, les populations peuvent parfois parvenir à une justiciabilité devant les organes de protection des droits de l'Homme (2°).

1°) Investissements agricoles et organes de protection des investissements internationaux.

509. Les tribunaux arbitraux d'investissement pourraient garantir une protection des terres agricoles sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement à la condition qu'elles soient l'objet d'un investissement agricole opéré par un investisseur étranger sur le territoire d'un État hôte. Les investisseurs étrangers bénéficient de la protection substantielle accordée par les traités bilatéraux d'investissement. Toutefois, la protection des terres n'aura lieu que sous le prisme de l'investissement foncier et non de la protection alimentaire. Par exemple, dans une sentence du 29 avril 1999 relative à l'affaire *Tradex Hellas SA c. Albanie* (ARB/94/2), il était question d'expropriation indirecte d'une entreprise agricole et d'une redistribution des terres agricoles¹¹³⁸. Dans l'affaire *Bernhard von Pezold and Others c. République du Zimbabwe*¹¹³⁹ que nous avons précédemment étudié dans l'hypothèse du risque alimentaire lié à la répartition inéquitable, l'Etat avait procédé à une redistribution des terres agricoles des investisseurs « *sans indemnisation rapide, adéquate et effective*¹¹⁴⁰ » non pas directement en vertu de la sécurité alimentaire mais de la réforme agraire et de l'intérêt public¹¹⁴¹. La question centrale était l'absence d'indemnisation à

¹¹³⁸ E. GAILLARD, *La jurisprudence du Cirdi*, Paris, Pedone, 2004, p. 507 et s. *cit. in* S. MANCIAUX, « Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ? », *RIDE*, 4/2012 (t. XXVI), pp. 49-62.

¹¹³⁹ CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres, c. Zimbabwe*, aff. n° ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, § 470.

¹¹⁴¹ *Supra* § 326 et s.

la suite à la redistribution des terres agricoles par le Zimbabwe. Les arbitres ont ordonné à l'Etat la restitution des terres saisies sans compensation. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a eu des opportunités de se pencher sur des situations qui relèvent traditionnellement de la dimension de la sécurité alimentaire. Le tribunal s'est placé parfois « *dans la peau d'un organe de protection des droits de l'homme, sans pour autant qu'il éprouve le besoin de se référer à la pratique de ces organes*¹¹⁴² ». En effet, il s'est prononcé sur le fait de savoir si les actes de l'Etat relevaient de la discrimination raciale¹¹⁴³. L'héritage colonial a laissé une disparité et une répartition inéquitable des terres entre les paysans blancs et les paysans noirs. Si bien, que la mise en oeuvre de la réforme agraire par l'Etat contribuait en toile de fond à récupérer des terres considérées comme accaparées sous l'ère coloniale par des investisseurs blancs, avec la pression des anciens combattants de la libération. Le tribunal a estimé que la politique du Zimbabwe contrevenait à son obligation *erga omnes* de ne pas procéder à des mesures de discrimination raciale¹¹⁴⁴. Dans cette hypothèse, il se positionne, malgré lui en défenseur des droits de l'Homme.

On observe que la protection des droits des investisseurs sur le fondement des droits de l'Homme a fonctionné devant le tribunal. En revanche, les populations rurales et autochtones n'ont pas eu accès à cette protection. Dans la seconde opportunité, le tribunal a rejeté l'ensemble des demandes de *l'amicus curiae*¹¹⁴⁵ qui aurait pu représenter les communautés paysannes et autochtones, victimes de l'échec de la politique agraire de l'Etat et de l'absence de justiciabilité de leur droit à la sécurité alimentaire. Le refus du tribunal arbitral de laisser participer les ONG à la procédure s'avère d'autant plus étonnant qu'il ne s'inscrit pas nécessairement dans la ligne du CIRDI¹¹⁴⁶. Les arbitres ont estimé que l'intervention de *l'amicus curiae* ne présentait pas un « *intérêt significatif à l'instance*¹¹⁴⁷ » et que les questions soulevées par ce dernier demeuraient clairement

¹¹⁴² P. JACOB, F. LATTY, A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2015, p. 885.

¹¹⁴³ CIRDI, *Bernhard von Pezold*, *op.cit.*, § 648.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, § 657.

¹¹⁴⁵ CIRDI, *Bernhard von Pezold*, Procedural n°2, 26 juin 2012.

¹¹⁴⁶ Par exemple, dans les affaires suivantes, les ONG ont été acceptés : *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, 17 March 2006 ; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 2 February 2007 ; *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, Award, 8 June 2009, Decision on Application and Submission by Quechan Indian Nation, 16 December 2005; *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, 15 January 2001 ; *Pacific Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Procedural Order No. 8, 23 March 2011; *Piero Foresti et al. v. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Award, 4 August 2010.

¹¹⁴⁷ CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres, c. Zimbabwe*, Procedural n°2, 26 juin 2012 § 61. Voy sur la question C. SCHLIEMANN, « Requirements for *Amicus Curiae* Participation in International Investment Arbitration, A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/151 », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals 12*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 365-390 ; L.-E. PETERSON,

« hors du champ d'application du différend devant les tribunaux »¹¹⁴⁸. Le tribunal a réduit le champ de l'affaire à la question du droit de propriété entre les investisseurs et les Etats. Or, la propriété des terres soulevait des questions plus étendues qui relevaient de l'intérêt public selon *l'amicus curiae*. L'activité d'investissement et les mesures entreprises par le gouvernement affectaient directement les droits des communautés autochtones¹¹⁴⁹. C'est la raison pour laquelle *l'amicus curiae* et quatre communautés autochtones du Zimbabwe ont soulevé que les propriétés faisant l'objet du contentieux étaient situées sur les terres ancestrales des peuples autochtones¹¹⁵⁰.

Dès lors, ces derniers avaient des droits sur cette terre, et un droit à la consultation en vertu du droit international¹¹⁵¹. D'après *l'amicus curiae*, les conséquences de la sentence rendue comportaient des violations potentielles et sérieuses d'affecter les droits des peuples autochtones¹¹⁵². D'une part, la question de la détermination des droits et de l'accès à la terre, le droit à jouir de leur terre ancestrale et leur droit au consentement libre, préalable et éclairé pouvaient constituer des violations du droit international. D'autre part, le préjudice pour les communautés de ne pas avoir accès au recours judiciaire pouvait être considéré comme une violation des droits de l'Homme¹¹⁵³.

510. Cette décision rappelle qu'en principe, le CIRDI n'a pas vocation à protéger les populations locales, et ce même si une opération d'investissement international affecte leurs droits. Nous avons observé qu'un investissement est susceptible de conduire à des effets néfastes sur les populations, renforcer l'insécurité alimentaire et soulever des questions d'intérêt public. Dans l'affaire *Bernhard von Pezold*, les arbitres ont démontré leur capacité à pouvoir user de l'arsenal des droits de l'Homme. De plus, le droit à l'alimentation est susceptible de pénétrer dans la sphère de l'arbitrage d'investissement, mais il devra se hisser par l'intermédiaire de l'Etat ou de *l'amicus curiae*. Dès lors, la résonance de ce droit dépend de la capacité de l'Etat à pouvoir défendre sa population, et de l'adaptabilité des *amici* à éclairer, convaincre et intervenir dans la procédure en vue de faire entendre la voix de ceux qui n'en ont pas.

« Analysis: tribunal's reading of *amicus curiae* tests could make life difficult for antagonistic amici and those seeking to raise novel concerns such as human rights law », 27 juin 2012, Investment arbitration reporter, 2012.

¹¹⁴⁸ CIRDI, *Bernhard von Pezold*, Procedural n°2, § 60.

¹¹⁴⁹ CIRDI, *Bernhard von Pezold*, Procedural n°2, 26 juin 2012 § 23 ; European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), *Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal*, Berlin, July 2012, p. 2.

¹¹⁵⁰ ECCHR, *Op. cit.*, p. 2.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁵² *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁵³ *Ibid.*

511. De manière générale, les projets dans le secteur des investissements agricoles ont jusqu'ici dévoilé une emprise par des investisseurs privés ou publics et une défaillance des Etats hôtes dans la protection des droits de leurs populations locales. Dès lors, les investissements agricoles devraient faire l'objet d'un cadre réglementaire et de véritables politiques d'encadrements par les pouvoirs publics¹¹⁵⁴. Jusqu'alors, certains ont dénoncé le fait que les litiges opposant les investissements face aux droits fondamentaux ou au droit au développement sont rarement rendus en faveur des populations locales¹¹⁵⁵. Pourtant, on observe des décisions rendues indirectement en faveur des populations locales dans le cadre d'expropriations entreprises par l'Etat¹¹⁵⁶. Certes, ces décisions restent pour l'instant isolées. En revanche rien n'empêche de penser qu'une mutation du droit à la terre puisse se réaliser. Dès lors, une adéquation entre les institutions économiques et les institutions relatives aux droits humains apparaît nécessaire afin d'éviter les contradictions normatives.

2°) Investissements agricoles et organes de protection des droits de l'Homme

512. Dans l'affaire *African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya*, la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples (La Commission) a saisi la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples (La Cour africaine) concernant une communauté autochtone nommée les Ogieks¹¹⁵⁷. Cette communauté constitue un groupe ethnique minoritaire autochtone de chasseurs-cueilleurs au Kenya, qui recense environ 20 000 membres et dont la majeure partie est installée sur 400 000 hectares de terres¹¹⁵⁸. Ce peuple a été continuellement menacé ces dernières décennies par des expropriations. Durant le mois d'octobre 2009, le Kenya a émis un avis d'expulsion par l'intermédiaire du Service forestier du Kenya aux Ogieks au motif que la forêt Mau, habitat des Ogieks, était une zone de captage d'eau appartenant à l'Etat¹¹⁵⁹ et que l'écosystème naturel de cette zone devait être préservé¹¹⁶⁰. La Cour africaine a reconnu que l'expulsion du peuple Ogiek de leurs terres ancestrales contre leur consentement, sans consultation préalable et sans respecter les conditions d'expulsion, constituait une violation de leurs droits de propriété par l'Etat en vertu des articles 14 de la Charte et 26 de la Déclaration des

¹¹⁵⁴ M-H DABAT, « Les nouveaux investissements dans les agrocarburants. Quels enjeux pour les agricultures africaines ? », *Afrique contemporaine*, 1/2011 (n° 237), pp. 97-109.

¹¹⁵⁵ W. BEN HAMIDA « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, 2008, t. II, pp. 1008 à 1013 et 1023 et 1024.

¹¹⁵⁶ P. ex, voy. CIRDI, *LG&E c. Argentine*, aff. n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, sentence du 3 octobre 2006.

¹¹⁵⁷ *Supra* § 418 et s. pour le lien de cette affaire avec le critère culturel de la sécurité alimentaire.

¹¹⁵⁸ *African Commission on human and peoples' rights / Republic of Kenya*, ACHPR application n° 006/2012, judgment, 26 may 2017, § 6.

¹¹⁵⁹ Cour ADHP, *African Commission on human and peoples' right c. Kenya*, application n° 006/2012, judgment, 26 may 2017, § 8.

¹¹⁶⁰ Voy. *CADHP c. Kenya*, *op. cit.* § 145.

Nations Unies sur le droit des peuples autochtones. Dans le même temps, la Cour a estimé que l'Etat avait violé l'article 2 de la Charte relatif au droit à la non-discrimination en ne reconnaissant pas le statut de tribu distincte aux Ogieks comme d'autres groupes ethniques similaires tels que *les Maasai*. La Cour a établi un lien entre les communautés autochtones et leur terre pour l'application de leur religion. Dès lors, l'expulsion de leurs terres ancestrales a empêché les Ogieks de pratiquer leur religion et a constitué une ingérence injustifiable de l'Etat en regard de l'article 8 de la Charte. Par ailleurs, contrairement à d'autres affaires, la Cour n'a pas retenu la violation de l'article 4 sur le droit à la vie pour caractériser la violation du droit à l'alimentation¹¹⁶¹.

Le droit à la nourriture avait été consacré sur le fondement de la Charte africaine, implicitement en vertu du droit à la vie mais aussi du droit à la santé (article 16), et du droit au développement économique, social et culturel (article 22). Pourtant, dans cette affaire la Cour africaine a affirmé le droit des peuples à disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles sur le fondement de l'article 21 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Elle a estimé que l'Etat avait violé ce droit en ordonnant l'expulsion du peuple Ogiek de la forêt de Mau, ce qui avait conduit à le priver de ses ressources alimentaires traditionnelles¹¹⁶². Comme nous l'avons précisé dans notre étude, c'est une violation du droit à une alimentation culturelle¹¹⁶³. Dans ce sens, la Cour a aussi retenu une violation du droit à la culture des Ogieks par l'Etat sur la base de l'article 17(2) et 17(3) de la Charte. Autrement dit, en procédant aux expulsions, l'Etat a « *restreint l'exercice des activités et des pratiques*¹¹⁶⁴ » de la communauté autochtone. Enfin, la Cour a déclaré que l'Etat avait violé l'article 22 de la Charte qui consacre le droit au développement économique, social et culturel et qui devait être interprété à la lumière de l'article 23 de la Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones¹¹⁶⁵. L'étude de cette affaire permet d'observer le lien permanent que la Cour africaine effectue entre les droits reconnus par la Charte et le droit à la terre. Il semble que chacune des violations est en lien direct avec le droit à la terre du peuple Ogiek. Il s'agit d'une véritable reconnaissance des communautés autochtones à contre-courant des décisions rendues dans le système des investissements internationaux.

¹¹⁶¹ CADHP, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigéria*, n°155/96, 27 octobre 2001.

¹¹⁶² CADHP *c. Kenya*, § 200.

¹¹⁶³ *Supra* § 452.

¹¹⁶⁴ *Ibid.* § 190.

¹¹⁶⁵ *Ibid.* § 209.

B.- L'adéquation des protections

513. En 2009, dans son rapport sur l'investissement dans le monde du secteur agricole, la CNUCED déclarait que :

Face au problème de «la mainmise sur les terres», la communauté internationale devrait élaborer un ensemble de principes de base sur la nécessité d'assurer la transparence des grandes opérations d'acquisition de terres, le respect des droits fonciers existants, le droit à l'alimentation, la protection des populations autochtones et la durabilité sociale et environnementale¹¹⁶⁶.

Ces dernières années, la notion d'investissement responsable et durable dans l'agriculture s'est développée et a fait ressortir les effets positifs des investissements agricoles à grande échelle. La promotion de principes directeurs pour un investissement agricole responsable est soutenue par de nombreuses organisations internationales¹¹⁶⁷. Il ne peut être nié que les investissements agricoles à grande échelle ont des effets positifs comme le développement des infrastructures des pays, la création d'emplois et de richesses, la mise en œuvre de technologies, la préservation de zones d'intérêt écologique, l'augmentation des recettes fiscales, l'accès des producteurs locaux aux marchés, et la diminution de l'insécurité alimentaire¹¹⁶⁸. Pourtant, ce type d'investissement peut parfois s'avérer prédateur, si bien que certaines organisations réclament l'arrêt immédiat de ce qu'elles considèrent être des accaparements de terres¹¹⁶⁹. A ce titre, elles dénoncent la position de soutien de la Banque Mondiale, la FAO, la FIDA, le PAM, l'OCDE, et la CNUCED.

514. Dans son rapport sur l'état de l'insécurité alimentaire dans le monde, en 2015, la FAO a mis en avant les liens entre les croissances économiques et la réduction de la faim en décrivant la situation du Ghana qui a connu un taux de croissance annuelle de plus de 3% conduisant à une réduction fulgurante du taux de sous-alimentation dans le pays¹¹⁷⁰. Toutefois, l'Organisation rappelle que ce phénomène n'est pas automatique, et tous les pays ayant eu un fort taux de croissance économique n'ont pas tous connu une réduction de la faim à l'image de la République-Unie de Tanzanie¹¹⁷¹. En effet, la FAO précise que malgré la croissance économique et agricole du pays,

¹¹⁶⁶ Rapport CNUCED sur l'investissement dans le monde, *Sociétés transnationales, production agricole et développement*, 2009, p. 3.

¹¹⁶⁷ Banque Mondiale, CNUCED, FAO, FIDA, *Principes pour l'investissement agricole responsable (PRAI)*, 2009; OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement agricole*, 2013; Comité de la sécurité alimentaire mondial, *Principes pour un investissement agricole responsable dans le contexte de la sécurité alimentaire et de la nutrition (rai)*. Les principes énoncés ont été approuvés par le Comité le 15 octobre 2014.

¹¹⁶⁸ Voy. Document de positionnement, *Appropriation de terres à grande échelle et investissement agricole responsable, pour une approche garante des droits de l'homme, de la sécurité alimentaire et du développement durable*, Ministère des affaires étrangères et européennes de la république française, Groupe de travail, Juin 2010, p. 3.

¹¹⁶⁹ La Via Campesina, FIAN, Land Research Action Network et GRAIN, « Pour un arrêt immédiat de l'accaparement de terres ! », 2010. Disponible sur : <http://farmlandgrab.org/12259>

¹¹⁷⁰ FAO, FIDA et PAM, *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde, Objectifs internationaux 2015*, de réduction de la faim, des progrès inégaux, Rome FAO, p. 31.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 32.

aucune amélioration de la sécurité alimentaire et de la nutrition ne fut constatée dans ce pays. Les paysans confrontés au fonctionnement des marchés mondiaux peuvent trouver des effets positifs aux investissements agricoles à grande échelle : création d'emplois et de revenus le plus souvent en milieu rural, la construction d'infrastructures, nouvelles technologies et savoir-faire à creuser. En revanche, l'installation d'un investisseur dans une région souffrant chroniquement de la faim pourrait justifier l'intervention de l'Etat ou la mise en place de mesures d'intérêt public en vue de favoriser les productions locales vivrières par exemple, plutôt que l'agrocarburant.

515. L'établissement d'un seuil de prise de contrôle des terres. L'existence des accaparements de terre (investissement agricole négatif à grande échelle) justifie l'établissement de seuils de prise de contrôle des terres. Dépassant un certain seuil, l'investissement pourrait être soumis à une procédure de contrôle en vue de vérifier sa teneur et déterminer si la multiplication des effets négatifs empêche son admission ou sa continuité. La mise en œuvre des critères de la répartition équitable, de l'accessibilité, du respect de l'alimentation culturelle et de la durabilité suggère une feuille de route destinée à l'identification des investissements agricoles à haut risque. La violation de l'ensemble des critères révèle le niveau le plus élevé d'atteinte à la sécurité alimentaire. Dès lors, une procédure de contrôle par l'usage de chacun de ces critères offre une opportunité de s'assurer de la qualité ou de révéler la dangerosité de l'investissement. Il s'agit d'un instrument de contrôle mesurant le caractère néfaste ou les bienfaits d'un investissement agricole. Libre à chaque Etat d'enclencher un contrôle de la régularité des investissements agricoles et de déterminer le niveau de sécurité alimentaire requis sur leur sol. A notre sens, si l'ensemble de ces critères n'est pas respecté, la sécurité alimentaire n'est pas réalisée.

516. On observe une prise de conscience des Etats sur les dangers des accaparements de terre et une volonté d'encadrer ces phénomènes. A ce titre, le 20 mars 2017, la France a adopté une loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle¹¹⁷² visant à améliorer la protection du foncier agricole. C'est l'acquisition par des investisseurs chinois de 1700 hectares de terre dans le département de l'Indre en 2016 qui a déclenché une vague de protection foncière. Ces derniers avaient procédé à des acquisitions de parts dans plusieurs sociétés en vue d'échapper à la SAFER qui ne disposait pas de droit de préemption dans le cadre des cessions partielles de parts¹¹⁷³. Par cette loi, il s'agissait de renforcer la transparence dans l'acquisition de foncier agricole par les sociétés. Son article 3, principale disposition, permettait aux sociétés

¹¹⁷² Loi n° 2017-348 du 20 mars 2017 relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle.

¹¹⁷³ Voy. S. DE LOS ANGELES, « Les sociétés peuvent-elles encore détenir du foncier agricole après la loi du 20 mars 2017 ? » *Defrénois*, 30 juin 2017, n° 126v5, p. 763.

d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) d'user de leur droit de préemption dans l'hypothèse de cessions partielles de parts ou actions d'une société dont l'objet principal s'avérait être la propriété agricole. Mais en censurant l'article et d'autres dispositions notamment en vertu de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel¹¹⁷⁴ a porté un coup sévère à la loi. Jusqu'alors, la SAFER détenait un droit de préemption sur les parts de sociétés instauré par la loi d'avenir agricole du 13 octobre 2014 sous certaines conditions notamment que la totalité des parts et actions dont l'objet était l'exploitation ou la propriété agricole au sens de l'article L. 143-1 al 6 du code rural et de la pêche maritime soit cédée¹¹⁷⁵. Depuis, la loi du 20 mai 2019 pour la protection foncière des activités agricoles et des cultures marines en zone littorale¹¹⁷⁶ est venue « renforcer le droit de préemption de la SAFER dans les zones littorales »¹¹⁷⁷. Ainsi, une mutation des protections est en chemin et révèle les défis auxquels les Etats devront répondre à l'avenir.

517. L'intégration des normes alimentaires dans les traités bilatéraux d'investissements.

Différents moyens sont présentés pour parvenir à une meilleure prise en compte des valeurs alimentaires dans le droit international des investissements. Tout d'abord, l'encadrement et la conformité des expropriations doivent être contrôlés afin d'assurer qu'elles ne constituent pas une violation des droits de l'Homme. Ensuite, l'absence de consultation préalable avant une expropriation devrait systématiquement être requalifiée en atteinte. Le droit à la consultation, la mise en œuvre de politiques foncières protectrices et le soutien des autorités locales sont souvent les mesures principales recommandées en vue d'éviter les investissements fonciers irréguliers¹¹⁷⁸. Enfin, si nous souhaitons voir grandir les valeurs alimentaires dans la sphère économique, l'intégration de clauses dans les traités bilatéraux d'investissements à l'image des clauses environnementales paraît être un premier pas intéressant.

518. L'intégration d'une clause de protection alimentaire¹¹⁷⁹. La prévision d'un pourcentage relatif à la production et à l'exportation des denrées alimentaires sur le sol du pays d'accueil, applicable si les prix augmentent de manière significative sur les marchés internationaux constitue

¹¹⁷⁴ Cons. const., n° 2017-748 DC, 16 mars 2017.

¹¹⁷⁵ Sur ce point, Voy. S. BESSON, H. BOSSE-PLATIÈRE, F. COLLARD et B. TRAVELY, « La SAFER : une associée qui vous veut du bien. (L. n° 2017-348, 20 mars 2017, relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles) », *Droit rural* n° 454, Juin 2017, étude 21. Voy. aussi Voy. Rapport de la mission parlementaire d'information sur le foncier agricole, présenté le 4 décembre 2018, n° 1460.

¹¹⁷⁶ Loi n° 2019-469 portant sur la protection foncière des activités agricoles et des cultures marines en zone littorale.

¹¹⁷⁷ Voy. sur ce point. M. BOUIRAT, « Renforcement du droit de préemption des SAFER dans les zones littorales », *Defrénois* 3 oct. 2019, n° 152a9, p. 34.

¹¹⁷⁸ P. BURNOD, *et al.* « Régulations des investissements agricoles à grande échelle. Études de Madagascar et du Mali », *Afrique contemporaine*, vol. 237, no. 1, 2011, p. 112.

¹¹⁷⁹ *Infra* §§ 852-854

une voie qui pourrait contribuer à l'amélioration du sort de la sécurité alimentaire¹¹⁸⁰. Par ailleurs, la prévision d'une clause relative aux investissements irréguliers apparaît comme une solution envisageable. La définition de l'investissement par les parties ou dans les codes d'investissement permet de déterminer le degré de protection que l'on souhaite accorder à l'investissement et ce qu'on entend par l'ensemble des investissements protégés. Dès lors, les investissements internationaux sous forme d'accapement n'entreraient pas dans le champ d'application des investissements protégés. Cette approche fonctionnelle permettrait à l'Etat de paralyser l'investissement lorsqu'il porte atteinte à la sécurité alimentaire de sa population. L'avantage des clauses conventionnelles reste qu'elle reflète le niveau de protection des investissements souhaité par les parties. Pour autant, d'autres voies s'avèrent admissibles et moins radicales.

519. L'intégration d'une clause de protection environnementale. Les liens entre l'alimentation et l'environnement sont indissociables. La préservation de l'environnement constitue un impératif à la mise en œuvre d'un investissement agricole régulier. C'est la raison pour laquelle on observe un regain des clauses environnementales dans les traités bilatéraux d'investissement. La pollution des ressources constitue une atteinte grave à la sécurité alimentaire, tout comme l'emploi de méthodes de production néfastes pour l'environnement. Dès lors, la coopération entre l'Etat et les investisseurs s'avère essentielle si l'on souhaite garantir que les investissements fonciers ne polluent pas les sols, les eaux, et ne contribuent pas à l'accélération du changement climatique¹¹⁸¹. La multiplication des clauses de protection alimentaire et environnementale permettrait de prévenir les risques auprès des investisseurs et d'assurer que la sécurité alimentaire ne soit pas affectée par des investissements agricoles.

520. Le respect des droits « des utilisateurs de la terre »¹¹⁸² et la reconnaissance d'un droit à la terre. Dans cette démarche, la reconnaissance des droits des utilisateurs est essentielle pour prévenir la mise en œuvre d'investissements agricoles prédateurs. Tout d'abord, le respect des droits des utilisateurs par les investisseurs pourrait se faire par la prévision de contrats d'agriculture à l'échelle locale. L'emploi du savoir-faire des populations locales serait privilégié et négocié par les Etats en contrepartie de l'accès aux terres agricoles par les investisseurs. Ensuite, les droits des utilisateurs de la terre ne peuvent se réaliser sans l'appui des Etats. L'absence de reconnaissance de titres de propriété de certains Etats à leurs populations renforce les conflits liés à la terre. Dans cette hypothèse, les divergences autour de la notion de propriété restent épineuses. Bien des communautés

¹¹⁸⁰ O. DE SCHUTTER, *Acquisitions et locations de terres à grande échelle: ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, Rapport (additif), Conseil des droits de l'homme, Treizième session, Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/13/33/Add.2, 2009, p. 10.

¹¹⁸¹ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁸² L'expression est utilisée par O. DE SCHUTTER, *ibid.*

ne reconnaissent pas l'appropriation des ressources. Celles-ci utilisent de manière ancestrale les terres pour cultiver et subvenir à leurs besoins alimentaires. Lorsque l'Etat souhaite récupérer les terres et les soumettre à des investisseurs, les populations se retrouvent dépourvues de leurs moyens de subsistance et de leurs droits. La mise en place d'un enregistrement collectif des terres semble être une voie intéressante en l'absence de titres de propriété¹¹⁸³. La reconnaissance d'un droit à la terre a été discutée au sein de l'Organisation des Nations Unies. En octobre 2012, le Conseil des droits de l'Homme a décidé de créer un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé de négocier puis de présenter un projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et autres personnes vivant dans les zones rurales¹¹⁸⁴. En mars 2017, le groupe de travail déposait un projet de déclaration finalisé¹¹⁸⁵. Le 17 décembre 2018, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté la Déclaration¹¹⁸⁶. A ce titre, l'article 2 prévoit que :

Les États respecteront, protégeront et réaliseront les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales. Ils prendront rapidement les mesures législatives, administratives et autres requises pour assurer progressivement la pleine réalisation des droits énoncés dans la présente Déclaration qui ne peuvent être garantis immédiatement.

S'il reste encore tôt pour se prononcer sur les effets d'une telle déclaration, il n'en reste pas moins que par la reconnaissance de cet instrument juridique, une voie encourageante s'ouvre à destination des paysans et autres personnes vivant dans les zones rurales.

521. La reconnaissance d'un droit de propriété spécifique aux communautés autochtones.

Certaines situations ne s'imbriquent pas dans le droit actuel. Tel est le cas du droit de propriété des communautés autochtones sur leurs terres. C'est la raison pour laquelle, un droit de propriété autochtone a d'ores et déjà été proposé¹¹⁸⁷. Le fossé entre la conception de la propriété privée dans les systèmes économiques modernes et la conception des communautés autochtones de la terre force à s'intéresser à de nouveaux titres de propriété respectueux de l'ensemble des usagers. Dans l'affaire *Awás Tingni c. Nicaragua*, l'État avait accordé à une société l'exploitation d'une forêt située sur des terres autochtones sans consultation et sans le consentement de ces derniers. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a estimé que la possession des terres devrait suffire aux communautés

¹¹⁸³ O. DE SCHUTTER, op. cit., pp. 12-15.

¹¹⁸⁴ Promotion et protection des droits de l'homme des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales, Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme, 21^{ème} session, A/HRC/RES/21/19, 11 octobre 2012.

¹¹⁸⁵ Projet de déclaration sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales présenté par la Présidente-Rapporteuse du groupe de travail, Conseil des droits de l'homme 26^è session, A/HRC/WG.15/4/2, 6 mars 2017.

¹¹⁸⁶ Déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales, Soixante-treizième session, Troisième Commission, A/C.3/73/L.30, 30 octobre 2018.

¹¹⁸⁷ Voy. p.ex F. DEROCHÉ, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre, Un questionnement pour l'ordre mondial*, thèse, l'Harmattan, 2008, p. 268 et s.

indigènes dépourvues de véritable titre de propriété pour obtenir une reconnaissance officielle¹¹⁸⁸. Un autre instrument intéressant est le titre aborigène. Ce titre demeure reconnu dans les pays formant le *Commonwealth*. Ainsi, en 1982, le Canada a par une loi constitutionnelle consacré les droits ancestraux des peuples autochtones sur leur territoire sans apporter de définition précise et laissant aux tribunaux le soin d'en apprécier la teneur¹¹⁸⁹. En 1977, dans la célèbre affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême a considéré que :

L'idée que le titre aborigène a un caractère *sui generis* est le principe unificateur qui sous-tend les différentes dimensions de ce titre. L'une de ces dimensions est l'inaliénabilité du titre aborigène. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées, vendues ou cédées à personne d'autre que la Couronne, et elles sont par conséquent inaliénables¹¹⁹⁰. (...) il découle de l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones. (...) Il y a d'abord le fait physique de l'occupation, qui découle du principe de common law selon lequel l'occupation prouve la possession en droit¹¹⁹¹. (...) Le titre aborigène a un caractère *sui generis* parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, tandis que les domaines ordinaires, comme le fief simple, ont pris naissance par la suite¹¹⁹². (...) Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier ; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone¹¹⁹³.

Dès lors, la jurisprudence canadienne sur la question des communautés autochtones révèle que d'autres voies sont envisageables.

522. Sur la base des lignes directrices et recommandations des organisations internationales, le Professeur François Collart Dutilleul préconisait l'élaboration d'un clausier devant être « *formellement intégré dans les codes nationaux des investissements et pourrait servir de "cahier des charges" pour une certification internationale d'investissement responsable ou durable dont la FAO assurerait la mise en œuvre et la gestion*¹¹⁹⁴ ». Afin de lutter de façon

¹¹⁸⁸ CIDH, *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001, (Ser. C) No. 79, 200, § 151 : « *Indigenous peoples' customary law must be especially taken into account for the purpose of this analysis. As a result of customary practices, possession of the land should suffice for indigenous communities lacking real title to property of the land to obtain official recognition of that property, and for consequent registration* ».

¹¹⁸⁹ F. DEROCHÉ, *op. cit.*, p. 275.

¹¹⁹⁰ *Op. cit.*, § 113

¹¹⁹¹ Affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, Jugements de la Cour suprême du Canada, [1997] 3 RCS 1010, n° 23799, 1997, §114.

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ *Ibid.*, §115.

¹¹⁹⁴ F. COLLART DUTILLEUL, « Investissements internationaux et accaparement des terres : la recherche d'un équilibre », in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire*, Programme Lascaux, Inida, vol, 2013, p. 102. De plus, selon l'auteur, le clausier devrait ainsi comporter des obligations relatives : « - à l'association effective, publique et transparente de la population vivant sur la terre concernée à la négociation et à la mise en œuvre du contrat ; à la réalisation publique d'un audit environnemental et social préalable ; à l'emploi des paysans locaux plutôt que d'une main-d'œuvre importée par l'investisseur ; à la production d'un pourcentage significatif de denrées utiles pour l'alimentation de la population locale plutôt que pour la production de biocarburants ou de matières premières à destination non alimentaire (textiles...) ; à la commercialisation des denrées alimentaires dans l'Etat où elles sont produites, plutôt que destinées à l'exportation ; à l'utilisation de méthodes d'exploitation qui préservent l'environnement et les ressources naturelles plutôt que de méthodes qui risquent d'épuiser la terre à l'issue d'un contrat dont la durée est très longue à la description précise des investissements réalisés par l'investisseur, avec des garanties financières pour le respect des engagements pris ; à des contreparties financières et économiques précises,

effective contre la pauvreté et l'insécurité alimentaire, le comité de la sécurité alimentaire a énoncé dix principes pour promouvoir l'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires¹¹⁹⁵ :

1. Contribuer à la sécurité alimentaire et à la nutrition
2. Contribuer à un développement économique durable et sans exclusion et à l'éradication de la pauvreté
3. Favoriser l'égalité entre les sexes et l'autonomisation des femmes
4. Faire participer les jeunes et renforcer leur autonomie
5. Respecter les régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches, et aux forêts et l'accès à l'eau
6. Conserver et gérer de manière durable les ressources naturelles, renforcer la résilience et réduire les risques de catastrophe
7. Respecter le patrimoine culturel et le savoir traditionnel et favoriser la diversité et l'innovation
8. Promouvoir une agriculture et des systèmes alimentaires sûrs et sains
9. Intégrer des structures de gouvernance, des procédures et des mécanismes de recours qui soient ouverts à tous et transparents
10. Evaluer les incidences et y remédier, et favoriser l'obligation de rendre compte

523. Les Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires apportent « *une valeur ajoutée au moyen d'une approche multipartite, globale et fondée sur le consensus qui favorise l'appropriation et l'application des Principes au niveau mondial*¹¹⁹⁶ ». Dans le cadre de l'élaboration de ces principes, le comité a pris en compte l'ensemble des normes existantes et utiles pour finaliser ces recommandations. Le cadre d'orientation proposé respecte les lignes directrices élaborées par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), le Fonds international de développement agricole (FIDA), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et la Banque mondiale¹¹⁹⁷. Des solutions existent. Pourtant on observe une insuffisance continue des normes alimentaires dans la sphère des investissements internationaux. La mutation du droit à la

contractualisées et significatives pour le pays d'accueil ; à l'interdiction de céder le contrat ou de sous-louer la terre sans l'accord de l'État souverain et sans la garantie de reprise des engagements par le nouvel exploitant. »

¹¹⁹⁵ Comité de la sécurité alimentaire, *Principe pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires*, 41^{ème} session, 2014. Point 8 : « *Les Principes ont été élaborés par un groupe de travail à composition non limitée entre octobre 2012 et octobre 2014. Ils découlent d'un processus ouvert de consultations qui se sont tenues de novembre 2013 à mars 2014. Des consultations et des ateliers régionaux ont été organisés dans les régions Afrique, Europe et Asie centrale, Amérique du Nord, Asie et Pacifique, Amérique latine et Caraïbes et Proche-Orient. Les Principes font également la synthèse des observations formulées lors d'une consultation par voie électronique. Ont participé aux consultations des pouvoirs publics, des organismes des Nations Unies, des organisations de la société civile et des organisations non gouvernementales, des institutions internationales de recherche agronomique, des associations du secteur privé, des fondations philanthropiques privées et des institutions financières internationales et régionales* ».

¹¹⁹⁶ Comité de la sécurité alimentaire, *Principe pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires*, 41^{ème} session, 2014. Point 7.

¹¹⁹⁷ Les principes du comité de la sécurité alimentaire s'appuient sur « *les Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale et sur les Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale* ».

terre est en route, les organes de protection des droits de l'Homme l'ont rappelé dans les décisions évoquées. La question est de savoir si les organes de protection des investissements suivront cette voie et permettront qu'un accord ou que des rapprochements entre la protection de la sécurité alimentaire et la protection des investissements internationaux soient un jour véritablement établis. Pour l'heure, l'insuffisance des normes alimentaires et les incertitudes portant sur les qualifications juridiques alimentaires perdurent.

Section §2.- La transposition de l'incertitude des qualifications juridiques alimentaires dans le droit international des investissements : l'exemple de l'eau

524. L'identification de l'eau comme bien vital ou comme marchandise pourrait s'avérer utile dans le droit international des investissements. En effet, la façon dont on entrevoit une ressource alimentaire comme un bien, une marchandise ou un droit peut apporter un appui à certains leviers de la sécurité alimentaire jusqu'alors limités tels que l'état de nécessité. La qualification juridique de l'eau est susceptible de révéler son degré d'importance et donc son degré de protection dans le droit international applicable au régime des investissements internationaux. L'identification de la nature de l'eau par la mise en lumière de ses attributs reste une piste à explorer afin de déterminer si une qualification juridique hybride constitue une voie souhaitable. Le reflet des attributs de l'eau dans toutes leurs dimensions mis en valeur par une qualification juridique hybride en conformité avec le réel paraît une voie intéressante en vue de saisir l'élément de l'eau et protéger cette ressource dans le droit international des investissements. Pourtant, de nombreux obstacles viennent empêcher la mise en œuvre d'une telle qualification (§2) et il est observé que l'incapacité du droit à réunir l'ensemble des dimensions recouvrant l'eau favorise les insuffisances normatives (§1).

I. L'identification des attributs de l'eau

525. L'eau constitue une ressource naturelle (A), mais elle est également susceptible de prendre la forme d'une marchandise (B), d'un service (C) et d'être invoquée en qualité de droit (D).

A. L'eau comme ressource naturelle

526. Dans ce développement, il convient de saisir la manière dont est appréhendée l'eau en qualité de ressource. Il s'agira de faire ressortir les difficultés d'une conception commune, et parfois les tensions entre les États. Ces crispations autour des ressources ne sont pas nouvelles et se retrouvent dans le droit international des investissements lorsqu'un État procède à la violation des droits des investisseurs en vue de protéger une ressource¹¹⁹⁸. Soulignons à nouveau que dans le contexte des

¹¹⁹⁸ *Supra* § 274 et s.

investissements internationaux, l'Etat sera parfois obligé de « payer » s'il souhaite préserver la ressource. Les obligations et principes tels que le principe d'utiliser la ressource de manière équitable et raisonnable ou encore l'obligation de coopération n'interviennent pas dans le rapport entre les États et les investisseurs étrangers. Les obligations et principes protecteur des ressources ne sont pas repris et réadaptés à la relation États-investisseurs dans les traités bilatéraux d'investissement. Traditionnellement, il ne pèse pas d'obligations à destination des investisseurs étrangers dans les accords d'investissements internationaux. Pourtant, les investisseurs étrangers procèdent parfois à des opérations susceptibles de porter atteinte aux ressources qui s'avèrent aussi néfaste que le non-respect par un État voisin de ses obligations en la matière.

526. Une ressource naturelle est une « *ressource à l'état brut tirée de la nature : agricole, minérale, minière*¹¹⁹⁹ etc. ». En France, l'article L 210-1 du Code de l'environnement qualifie l'eau de ressource en précisant que « *sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général* ». Le caractère vital de l'eau rend son appréhension particulière et rappelle l'importance d'une construction juridique en accord avec les nécessités économiques respectueuses des besoins humains.

527. Le traitement de la qualification de l'eau comme ressource naturelle en droit international s'opère par le principe de souveraineté territoriale et le partage des ressources qui s'effectue par le biais de la gestion commune.

528. La souveraineté territoriale des ressources naturelles. Dans les années cinquante, l'Organisation des Nations Unies a entrepris une série de travaux sur la question des ressources naturelles¹²⁰⁰. Cette réflexion fut initiée par les pays en voie de développement et les Etats nouveaux dans le contexte sensible des décolonisations¹²⁰¹. En 1952, le principe de souveraineté permanente a été consacré par l'Assemblée générale¹²⁰² et quelques mois plus tard a été proclamé que « *le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté*¹²⁰³ ». Malgré la consécration du principe, des doutes surgissent quant à son

¹¹⁹⁹ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 1003.

¹²⁰⁰ Pour étude détaillée des travaux des Nations Unies sur la question des ressources naturelles Voy. E. GEORGE, « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources nationales dans les travaux de l'ONU », *RCADI*, t. 149, 1976, pp.45-63.

¹²⁰¹ Voy. G. FISCHER, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, Vol 8, n°1, 1962, pp. 516-518; E. GEORGE, « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources nationales dans les travaux de l'ONU », *RCADI*, t. 149, 1976, pp. 45-63.

¹²⁰² A/RES/523 (VI) adoptée le 12 janvier 1952 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹²⁰³ A/RES/626(VII) adoptée le 21 décembre 1952 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

contenu. En 1958, l'Assemblée générale a créé une Commission temporaire sur la souveraineté permanente des ressources naturelles. Cette Commission était chargée de mener une enquête sur la souveraineté, qu'elle considérait être un élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes¹²⁰⁴. La Commission a établi des recommandations, puis précisé « l'étendue et la nature effective de cette souveraineté¹²⁰⁵ ». Quatre années plus tard, l'Assemblée générale a précisé les contours de la souveraineté en rappelant que le principe de souveraineté demeurait un élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes¹²⁰⁶. En revanche, elle n'a apporté aucune définition claire du principe¹²⁰⁷. L'article 1er alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du *Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 prévoit la libre disposition des richesses et des ressources naturelles pour tous les peuples qui ne peuvent en aucun cas être privés de leurs propres moyens de subsistance*¹²⁰⁸. En 1974, le principe est consolidé par la *Charte des droits économiques et devoirs des Etats qui a proclamé à l'article 2 que « chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer*¹²⁰⁹ ».

529. La reconnaissance de la souveraineté des Etats en droit international¹²¹⁰ ne signifie pas l'exercice d'un droit absolu. Des limites sont fixées en vue de promouvoir à la fois une gestion souveraine et intégrée des ressources naturelles. L'idée d'une gestion partagée des ressources naturelles a émergé soulignant l'interaction nécessaire des Etats partageant les eaux d'un même bassin¹²¹¹.

530. Le partage des ressources : la gestion commune. Au nom du principe de souveraineté territoriale, un Etat riverain est compétent pour utiliser librement sur son territoire les ressources en eau. Toutefois, le principe de souveraineté trouve une limite lorsque les activités d'un Etat affectent des éléments du cours d'eau au détriment d'un autre Etat, par exemple sa qualité par des activités

¹²⁰⁴ A/RES/1314 (XIII) adoptée le 12 décembre 1958 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ A/RES/1803(XVII) adoptée le 14 décembre 1962 adoptée par l'Assemblée générale, Nations Unies.

¹²⁰⁷ G. FISCHER, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, Vol 8, n°1, 1962, p. 518.

¹²⁰⁸ A/RES/2200 (XXI), Pacte international sur les droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

¹²⁰⁹ A/RES/3281 (XXIX), Charte des droits économiques et devoirs des États du 12 décembre 1974.

¹²¹⁰ Pour une étude approfondie, voir par. ex : J. SOHNLE, *Le Droit international des ressources en eau douce. Solidarité contre souveraineté*, thèse, Strasbourg-III, 1999 ; S. PAQUEROT, *Le Statut de l'eau douce en droit international : penser la res publica universelle*, thèse Paris-VII Denis-Diderot, 2003.

¹²¹¹ P.-. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 2016, p. 815; P.-M. DUPUY, « La gestion concertée des ressources naturelles partagées : A propos du différend entre l'Argentine et le Brésil relatif au barrage d'Itaipu », *AFDI*, Vol 24, N°1, 1978, pp. 866-889.

polluantes. Le partage des eaux est vecteur de nombreux conflits. A titre d'exemple, une dizaine d'Etats sont concernés par la gestion des eaux du Nil¹²¹². Le Gange a fait l'objet de conflits houleux entre les Etats riverains et a conduit à de nombreuses négociations sur la question centrale du partage des eaux¹²¹³. La coopération étatique pour une gestion intégrée des ressources en eau s'est développée¹²¹⁴ et permettrait un meilleur développement économique des pays concernés¹²¹⁵. La théorie de la souveraineté ou intégrité territoriale limitée prône l'union des Etats pour la gestion d'un même cours d'eau par le partage des eaux et des ressources. Cette théorie signifie que les Etats ont la liberté d'user d'une partie d'un cours d'eau sur leur territoire tant qu'ils ne causent aucun préjudice important aux intérêts de l'ensemble des Etats concernés¹²¹⁶. La théorie de l'intégrité territoriale limitée s'est imposée en droit international¹²¹⁷.

531. L'application de nouveaux principes afin de garantir une gestion commune a émergé tels que l'obligation de ne pas causer de dommage, les principes du partage équitable et raisonnable, le devoir de notification et de consultation. En 1972, la Déclaration de Stockholm sur l'environnement¹²¹⁸ insistait sur l'importance de parvenir à une conception commune. Un éventail de principes communs fut énoncé pour protéger les ressources et l'environnement. Dès lors, des instruments internationaux se sont développés pour prôner une gestion basée sur la coopération et le partage des ressources. L'obligation de ne pas causer de dommages est reconnue par l'article 2 de la

¹²¹² A. METAWIE, « History of co-operation in the Nile basin », *International Journal of Water Resources Development*, Vol 20, 2004, issue 1, pp. 47-63 ; N. HAUPAIS, « Les acteurs du droit international de l'eau », pp. 46-47, in *L'eau en droit international*, Actes du 44^e colloque de la SFDI qui s'est tenu à Orléans du 3 au 5 juin 2010, Pedone, 2011.

¹²¹³ Voy. ex. P. SANDS, « Bangladesh–India: Treaty on Sharing of the Ganges Waters at Farakka », *International Legal Materials*, 36(3), 1997, pp. 519-528; M. MIZANUR RAHAMAN, « Principles of Transboundary Water Resources Management and Ganges Treaties: An Analysis », *International Journal of Water Resources Development*, Vol. 25, issue 1, 1, 2009, pp. 159-173.

¹²¹⁴ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Eaux internationales et droit international : vers une gestion commune », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, S.M.A. SALMAN (dir.), *Les ressources en eau et le droit international*, Leiden: M. Nijhoff, 2005, pp. 3-43.

¹²¹⁵ D. WICHELS, J. BARRY Jr, M. MULLER, M. NAKAO, L.-D. PHILO, A. ZITELLO, « Cooperation regarding water and other resources will enhance economic development in Egypt, Sudan, Ethiopia and Eritrea », *International Journal of Water Resources Development*, Vol 18, issue 4, 2003, pp. 535-552.

¹²¹⁶ L. CAFLISCH, « Assise théorique du droit des cours d'eau internationaux », *RCADI*, vol. 219, 1989.

p. 55.

¹²¹⁷ Dans l'affaire de l'infiltration du Danube, il est expressément fait référence à cette théorie, la Cour suprême d'Allemagne a estimé qu'« aucun Etat n'a le droit de porter une atteinte grave aux intérêts d'un autre Etat par l'utilisation qu'il donne aux eaux d'un cours d'eau naturel¹²¹⁷ » in Wurtemberg et Prusse c. Bade (1927) [Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin, 1927, vol. 116, appendice, p. 18; Annual Digest of Public International ; Voy. aussi L. CAFLISCH, op. cit., p. 57. L'auteur cite en exemple cette affaire pour marquer l'application claire du principe, le Tribunal d'Empire a estimé qu'« en exploitant la portion d'un fleuve commun située sur son territoire, un Etat doit respecter le principe, fondé sur l'existence d'une communauté internationale, suivant lequel il lui est interdit d'infliger un dommage à d'autres membres de cette communauté. Les Etats partageant un cours d'eau se doivent les égards que commandent les circonstances. Aucun Etat ne doit porter une atteinte sérieuse à l'utilisation que la nature permet à un autre Etat de faire ... Il s'agit là d'une règle déjà reconnue en droit international ». Voy aussi pour une autre affaire, *Fonderie de Trail* (Canada/Etats-Unis), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, 11 mars 1941, pp. 1905-1982.

¹²¹⁸ Déclaration de Stockholm sur l'environnement, 16 juin 1972

déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992¹²¹⁹ et consacré dans la Convention de New York sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹²²⁰. Cette Convention s'inscrit dans la logique des Règles d'Helsinki de 1966, adoptées par l'Association de droit international¹²²¹. Les Règles d'Helsinki reconnaissent le principe d'un partage équitable et raisonnable des eaux. L'article 7 al 1er de la Convention de New York prévoit que l'utilisation d'un cours d'eau international par un Etat nécessite la mise en place de mesures appropriées, destinées à ne pas causer de dommages aux autres Etats¹²²². A côté de ce principe, l'obligation du partage équitable et raisonnable des ressources a pris une place prépondérante. L'article 6 de cette même Convention précise que le cours d'eau international doit être utilisé par les Etats de « manière équitable et raisonnable¹²²³ ». Les obligations de coopération¹²²⁴ et d'information¹²²⁵ sont également reconnues et révèlent une volonté de s'accorder en dépassant les limites territoriales. Le statut de l'eau comme ressource soulève des questions économiques, sociales

¹²¹⁹ Article 2 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 août 1992 : « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale ».

¹²²⁰ Convention des Nations Unies sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, entrée en vigueur le 17 août 2014, dix-sept années après son adoption. Voy. La résolution adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies, A/RES/51/229, 21 mai 1997.

¹²²¹ International Law Association, Report of the Fifty-Second Conference, Londres, 1967, cité dans *L'eau et son droit*, O. SCHRAMECK, président de la section du rapport et des études (dir.). Etude du Conseil d'Etat, considérations générales de l'étude adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 18 février 2010. pp. 253-254.

¹²²² Article 7 de la Convention des Nations Unies sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, entrée en vigueur le 17 août 2014 :

« 1. Lorsqu'ils utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les États du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau.

2. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État du cours d'eau, les États dont l'utilisation a causé ce dommage prennent, en l'absence d'accord concernant cette utilisation, toutes les mesures appropriées, en prenant en compte comme il se doit les dispositions des articles 5 et 6 et en consultation avec l'État touché, pour éliminer ou atténuer ce dommage et, le cas échéant, discuter de la question de l'indemnisation ».

¹²²³ Article 5 de la Convention des Nations Unies sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, entrée en vigueur le 17 août 2014 :

« 1. Les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les États du cours d'eau en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux et durables – compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés – compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau.

2. Les États du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, prévu dans les présents articles ».

¹²²⁴ Article 8 al 1er de la Convention des Nations Unies sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, entrée en vigueur le 17 août 2014 : « 1. Les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international ».

¹²²⁵ Article 9 al 1er de la Convention des Nations Unies sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, entrée en vigueur le 17 août 2014 : « 1. En application de l'article 8, les États du cours d'eau échangent régulièrement les données et les informations aisément disponibles sur l'état du cours d'eau, en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique, écologique et concernant la qualité de l'eau, ainsi que les prévisions s'y rapportant ».

et culturelles. Ces dimensions lors du traitement des questions économiques ne sauraient être niées si l'on souhaite parvenir à la mise en œuvre d'une gestion intégrée¹²²⁶.

B.- L'eau comme marchandise

532. « *L'eau, c'est toujours la vie, l'eau c'est parfois la mort. Mais l'eau c'est aussi le pouvoir, l'eau c'est aussi l'argent. Car l'eau est un bien, Mesdames et Messieurs, et ce sera demain encore plus qu'aujourd'hui, une richesse*¹²²⁷ ».

533. L'article 1.9 du CETA entré en vigueur à titre provisoire en septembre 2017 précise clairement que l'eau ne constitue pas une marchandise ou un produit :

Les Parties reconnaissent que l'eau dans son état naturel, y compris l'eau des lacs, rivières et fleuves, réservoirs, aquifères et bassins d'eau, **ne constitue pas une marchandise ou un produit**. Par conséquent, seuls les chapitres Vingt-deux (Commerce et développement durable) et Vingt-quatre (Commerce et environnement) s'appliquent à cette eau.

2. Chaque Partie a le droit de protéger et de préserver ses ressources naturelles en eau. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'obliger une Partie à autoriser l'utilisation commerciale de l'eau à quelque fin que ce soit, y compris son prélèvement, son extraction ou sa dérivation à des fins d'exportation à grande échelle.

3. Si une Partie autorise l'utilisation commerciale d'une source d'eau particulière, elle le fait d'une manière conforme au présent accord.

Pourtant, le droit international des investissements a par nature une approche basée sur la marchandisation de l'eau avec comme socle le libre-échange. Deux doctrines s'opposent. L'idée selon laquelle la gestion des ressources en eau par des outils économiques permettrait d'obtenir une gestion optimale a fait son chemin. Cette vision s'avère contestée par certains auteurs qui dénoncent la marchandisation des besoins humains essentiels¹²²⁸. L'acceptation du traitement de l'eau comme une marchandise revient à soumettre cette ressource vitale aux règles du marché¹²²⁹. C'est consentir à ce que la gestion de la ressource en eau soit laissée entre les mains de quelques entreprises et investisseurs. En droit international, si certaines pistes peuvent aider à détecter la nature des

¹²²⁶ Laurence Boisson de Chazournes évoque les mutations profondes de la question du traitement de l'eau, elle prône la conciliation et une gestion intégrée « *allant au-delà des cloisonnements normatifs, conventionnels et institutionnels* », L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Eaux internationales et droit international : vers une gestion commune », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, S.M.A. SALMAN (dir.), *op. cit.*, p 43.

¹²²⁷ L. FAUCHON, *Gestion future des ressources en eau dans l'espace méditerranéen*, (1998) Congrès de Kaslik, Liban p. 7.

¹²²⁸ F. PARÉ, Agronome, M. A. Coordonnateur de la Coalition pour la Souveraineté Alimentaire (Canada) disait que « *Lorsque les biens essentiels comme la terre, l'eau, les aliments ou les semences auront été complètement consacrés en tant que marchandise, à force de droit économique, à quoi serviront les États, sinon qu'à soutenir les entreprises devenues transnationales, pour la sauvegarde d'emplois que l'on sait d'autre part en sursis ? Cette question n'évoque-t-elle pas une réalité ?* », Sécurité alimentaire et commerce international, Communication dans le cadre des rencontres internationales du programme Lascaux « Nourrir le monde : la parole aux citoyens », Nantes, 13 novembre 2012, disponible en ligne <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01081650/document>

¹²²⁹ M. TIGNITO, D. YARED, « La commercialisation et la privatisation de l'eau dans le cadre de l'OMC » *Revue québécoise de droit international*, 2006, p.161.

marchandises, aucun traité ne propose de définition¹²³⁰. En revanche le droit européen a appréhendé cette notion. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a précisé que les marchandises désignent « *tous biens appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales* ¹²³¹ ». La notion de marchandise repose sur le concept de marchandisation qui a émergé dans le droit et dans de nombreuses disciplines. La marchandisation peut se définir comme « *l'extension de la sphère des échanges marchands, ce qui suppose un déplacement des frontières entre le marchand et le non marchand* ¹²³² ». C'est l'idée d'une mutation profonde avec l'expansion de la sphère marchande qui attire et parvient à englober des valeurs jusqu'à présent considérées comme non marchandes.

534. Le droit international des investissements contribue à l'émergence de la marchandisation de l'eau et est confronté à des conflits houleux avec ce droit au regard de la multiplication des différends dans ce secteur. En réalité, il est difficile de savoir si le prix fixé de l'eau correspond à la valeur économique de l'eau ou si la facture reflète l'eau comme service attaché à la distribution de l'eau¹²³³. Dans les nombreuses affaires relatives aux différends entre l'eau et les investissements internationaux, le litige porte sur la distribution et le traitement de l'eau, donc sur le service. Pourtant, alors que certains différends portent sur le service d'eau, certains Etats lors d'arbitrages internationaux ont considéré l'eau comme une marchandise. Dans l'affaire *Aguas Argentinas c. la République d'Argentine*¹²³⁴ étudiée précédemment¹²³⁵, l'Argentine a clairement estimé que l'eau était une marchandise pour mieux défendre l'idée qu'elle ne pouvait être considérée comme une marchandise ordinaire :

« Argentina argues that it adopted the measures in order to safeguard the human right to water of the inhabitants of the country. Because of its importance to the life and health of the population, Argentina states that water cannot be treated as an ordinary commodity¹²³⁶ ».

535. Dès lors, la question dans la sphère des investissements semblerait ne plus porter sur la notion de marchandises, il s'agit désormais de déterminer si l'eau doit être appréhendée comme une

¹²³⁰ La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 n'offre pas de définition des marchandises, en revanche elle façonne des règles conçues pour des objets mobiliers corporels, Voy. E. LOQUIN, « L'approche juridique de la marchandisation », in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, Acte du colloque des 18 et 19 mai 2009, Dijon, Credimi, Lexis Nexis, 2010, p. 79.

¹²³¹ CJCE, 10 déc. 1968, aff 7/68, Commission c/ Italie : *Rec. CJCE*, p. 617.

¹²³² E. LOQUIN, « L'approche juridique de la marchandisation », *op. cit.*, p. 81.

¹²³³ M. COSSY, « Le statut de l'eau en droit international économique, Principaux aspects au regard des règles de l'Organisation mondiale du commerce » in L. BOISSON DE CHAZOURNES, S.M.A SALMAN (dir.), *op. cit.*, p.177.

¹²³⁴ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, aff n° ARB/03/19, Decision sur la responsabilité, 30 juillet 2010. Nommée ci-après : « *Aguas Argentinas* ».

¹²³⁵ *Supra* § 274 et s.

¹²³⁶ *Aguas Argentinas c. Argentine*, aff. ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 252.

marchandise ordinaire. Pourtant, ce n'est pas la position adoptée par l'entreprise Suez qui était opposée à l'Argentine dans l'affaire *Aguas Argentinas*. L'entreprise a déclaré que l'eau n'était pas une marchandise mais un service :

« L'eau est un bien commun. Nous sommes opposés à la privatisation de la ressource en eau car, à nos yeux, l'eau n'est pas une marchandise. Nous ne sommes pas des marchands d'eau. Nous ne vendons pas un produit mais assurons un service, celui de rendre disponible à chacun et en permanence une eau purifiée et de restituer cette eau au milieu naturel après traitement. C'est le prix de ce service qui est facturé et non l'eau comme matière première¹²³⁷ ».

536. La question de savoir si l'eau était une marchandise au sens des règles commerciales internationales a soulevé de nombreux débats. L'eau ne peut être une marchandise qu'à la condition que les règles du droit du commerce international lui soient applicables. La qualification de l'eau comme marchandise dans le droit du commerce international induit qu'elle le soit dans le droit international des investissements. Si l'eau semble avant tout être « une industrie de services¹²³⁸ », rien n'empêche dans certaines conditions qu'elle soit soumise aux règles commerciales¹²³⁹ notamment si le commerce de l'eau émerge¹²⁴⁰.

537. Le Professeur Eric Loquin a mis en lumière trois conditions destinées à l'identification d'une chose marchandisée : la qualification de bien, l'accès licite au marché, et la disponibilité du bien¹²⁴¹. Voyons si l'eau répond à l'ensemble de ces caractéristiques.

538. La qualification de bien. Le terme « bien » recouvre une pluralité de définitions et contient différentes composantes. La notion de bien s'inscrit dans la ligne de la marchandisation. Selon l'auteure Annie Martin, « *Le bien s'est singulièrement rapproché d'un concept économique, la marchandise, même si l'on sait que le bien du droit ne se confond pas totalement avec la marchandise*

¹²³⁷ Suez/Ondeo, « La vraie bataille de l'eau, novembre 2001 », p.6, in M. COSSY, « Le statut de l'eau en droit international économique », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, S.M.A SALMAN (dir.), *op. cit.* p.177.

¹²³⁸ M. COSSY, *op. cit.*, p. 208.

¹²³⁹ *Ibid.*, p. 195.

¹²⁴⁰ Le paragraphe 1er de l'article XI du GATT prévoit : « *Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé* ». Dans ce sens, si l'eau est une marchandise comme les autres, les Etats ne peuvent pas prendre de mesures destinées à restreindre ou prohiber ce marché.

Le paragraphe 2(a) de l'article XI du GATT précise que : « *Les dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'étendront pas aux cas suivants: Prohibitions ou restrictions à l'exportation appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation* ». Cet article énonce des exceptions « temporaires » lors de « pénurie de produits alimentaires », elle ne constitue pas la règle générale et n'apparaît pouvoir être un frein à l'exportation de l'eau qui serait soumise alors aux mêmes règles que toutes les marchandises.

¹²⁴¹ E. LOQUIN, « L'approche juridique de la marchandisation », in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *op. cit.*, p. 83.

de l'économie, qui, elle, couvre les services¹²⁴² ». Traditionnellement, un bien est « toute chose matérielle susceptible d'appropriation¹²⁴³ ». La composante qui nous intéresse dans cette étude est sa dimension économique. Dans ce sens, le terme de bien désigne « tout ce qui a une valeur économique, laquelle découle directement d'une possibilité de cession¹²⁴⁴ ». Toutefois, certains auteurs ont souligné le caractère incessible d'une catégorie de biens, observant une dichotomie entre des biens cessibles et des biens incessibles¹²⁴⁵. Dès lors, certains biens disposent d'un caractère inaliénable. Le terme de « chose » correspond à « tout ce qui n'est pas une personne¹²⁴⁶ ». Par exemple, les choses « n'appartiennent à personne » et leur « usage est commun à tous » aux termes de l'article 714 du Code civil français. Les choses communes par leur nature s'opposent à la propriété privée au bénéfice de l'usage collectif. L'article L. 210-1 du Code de l'environnement dispose que « l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous ».

539. La question de savoir si l'eau est une chose commune demeure complexe. Le critère du droit des biens pour appréhender l'eau semble être celui de l'appropriation. Elle est un bien puisqu'elle est susceptible d'appropriation privée ou publique, par contre si elle ne peut être appropriée, elle désigne une chose en vertu de l'article 714 du Code civil. L'eau est chose commune lorsqu'elle est appréhendée sous la forme des cours d'eaux non domaniaux¹²⁴⁷. Par contre, le fleuve ou la rivière relèvent du domaine public, et font alors l'objet d'une appropriation par l'Etat¹²⁴⁸. En ce qui concerne l'appropriation privée, traditionnellement, on considère que l'eau appartient au propriétaire du sol sur lequel elle coule¹²⁴⁹. Que l'eau soit chose ou bien, elle est utilisée par l'Homme¹²⁵⁰. Si l'appropriation de l'eau correspond à son usage, l'usage de l'eau peut parfaitement dépasser l'idée d'appropriation¹²⁵¹. Pour certains, la qualification juridique de l'eau bâtie sur le droit de propriété ne correspond pas à « sa réalité physique mobile¹²⁵² ». Dans ce sens, elle peut être globalement inadaptée lorsqu'elle est cloisonnée dans une approche d'appropriation.

¹²⁴² A. MARTIN, « Les biens publics mondiaux » in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *op.cit.*, p. 408.

¹²⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 11^e éd, 2016.

¹²⁴⁴ W. DROSS, *Droit des biens*, L.G.D.J, 2^e éd, 2014, p. 11.

¹²⁴⁵ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse L.G.D.J, 2002, cité dans E. LOQUIN, « L'approche juridique de la marchandisation », *op. cit.*, p. 81.

¹²⁴⁶ W. DROSS, *op. cit.* p. 11.

¹²⁴⁷ W. DROSS, *op. cit.*, p. 260.

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ J. GUDEFIN, *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, thèse Lyon 3, Johanet, 2015, p. 164.

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² J. GUDEFIN, *op. cit.*, p. 168 : « Si le Code civil est un code de propriétaire foncier, il n'en demeure pas moins que l'eau comporte des caractéristiques bien différentes du sol lui donnant une réalité physique indépendante de celle de la

540. Un bien économique. Alors que l'eau était qualifiée de « bien commun » lors de la Conférence Mar del Plata¹²⁵³, en 1977, la déclaration du Dublin en 1992, a proposé une vision marchande de l'eau. Elle a déclaré dans son principe quatre que l'eau était un bien économique. Cette vision est essentielle pour saisir l'importance de sa valeur marchande :

« la valeur économique de l'eau a été longtemps méconnue, ce qui a conduit à gaspiller la ressource et à l'exploiter au mépris de l'environnement. Considérer l'eau comme un bien économique et la gérer en conséquence, c'est ouvrir la voie à une utilisation efficace et à une répartition équitable de cette ressource, à sa préservation et à sa protection¹²⁵⁴ ».

Dans la même logique, l'Agenda 21 insiste sur les liens entre une économie prospère et le développement durable pour contribuer à une gestion commune et intégrée des ressources en eau¹²⁵⁵.

Dans le chapitre 18 de l'Agenda 21, l'eau est qualifiée de bien économique et social :

« La gestion intégrée des ressources en eau est fondée sur l'idée que l'eau fait partie intégrante de l'écosystème et constitue une ressource naturelle et un bien social et économique dont la quantité et la qualité déterminent l'affectation¹²⁵⁶ ».

541. Si l'eau constitue un bien économique, dans le même temps, il faut accepter qu'elle puisse détenir un prix et qu'elle soit intégrée au processus de marchandisation. Le fait de fixer un prix à l'eau permet d'être sensible à la nécessité de protéger et garantir l'eau, comme ressource naturelle. Les instruments économiques permettent une gestion efficace et optimale de la ressource. Cette logique embrasse l'idée que sans marchandisation, il ne pourrait y avoir de développement économique et donc de développement social. Toutefois, les difficultés pratiques sont plus complexes à appréhender, de nombreuses communautés ne reconnaissent pas l'eau comme étant une marchandise à vendre¹²⁵⁷. Dès lors, entrevoir l'eau comme une marchandise revient à nier certaines réalités notamment le fait qu'au sein de certaines communautés, l'eau reste une ressource et un besoin essentiel humain dont le processus de marchandisation s'avère pleinement exclu.

542. L'accès au marché. La question de savoir s'il existe un marché de l'eau constitue le préalable avant de s'intéresser à son accès. Les transferts d'eau sous toutes leurs formes sont des

terre. De ce fait, il est difficile de la lier à une terre dont elle cherche à s'échapper ou qu'elle se borne à traverser ». Pour ces raisons, la qualification de l'eau est inadéquat, lorsqu'elle n'inclut pas les exigences environnementales.

¹²⁵³ Conférence internationale Mar del Plata, Argentine, 14-25 mars 1977.

¹²⁵⁴ Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, principe 4, Conférence internationale sur l'eau et l'environnement, 26 au 31 janvier 1992.

¹²⁵⁵ Agenda 21, §18, programme d'action, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 3 au 14 juin 1992, Rio.

¹²⁵⁶ Agenda 21, §18.8, programme d'action, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 3 au 14 juin 1992, Rio.

¹²⁵⁷ S.M.A. SALMAN, « Evolution and Context of International Water Resources Law », in L. BOISSON DE CHAZOURNES et S.M.A SALMAN (dir). *op. cit.*, p. 75.

indicateurs pour déterminer l'existence des marchés de l'eau. Deux conditions ont déjà été pensées pour savoir si l'eau était une marchandise : le bien est transformé par une intervention humaine et il a une valeur économique¹²⁵⁸. L'application de ces deux conditions au cas des transferts d'eau retient l'attention. On peut considérer que l'eau minérale achetée en bouteille dans le commerce désigne une marchandise au sens du GATT¹²⁵⁹. L'eau en bouteille est transformée, transportée et vendue. Elle a une valeur économique et circule dans le commerce des marchandises. Si l'eau s'avère transportée, commercialisée et facturée comme un produit, le prix semble correspondre non plus au prix d'un service mais bel et bien à celui d'une marchandise. En revanche, le transfert d'eau en grande quantité soulève des incertitudes. Les pénuries d'eau dans certaines régions des Etats-Unis et l'abondance de celle-ci au Canada ont conduit à une réflexion sur « les transferts d'eau en vrac » entre ces deux pays.

543. Dans les années soixante, des discussions sur la création d'un grand canal pour transporter l'eau canadienne en direction du sud ont émergé¹²⁶⁰. Les idées d'un transport de l'eau en grande quantité concernaient la région des Grands Lacs qui fait l'objet d'accords entre les Etats-Unis et le Canada. Cette question fut soulevée lors des négociations sur les accords de libre-échange signés entre les deux Etats en 1988, puis lors de la signature de l'accord de libre-échange de l'Amérique du Nord (ALENA) avec ces mêmes pays et le Mexique¹²⁶¹. L'ALENA interdit les restrictions relatives à l'exportation de produits. La question est donc de savoir si l'eau dans son état naturel est une marchandise au sens de l'ALENA ? Nous avons précisé que l'eau en bouteille est une marchandise, notamment par la transformation de l'eau dans son état naturel en un produit. En revanche, dans le cadre d'extraction d'eau dans son état naturel, on ne procède à aucune transformation d'eau ce qui suggère qu'elle n'est pas une marchandise au sens de l'ALENA¹²⁶². Cette position est confirmée par le Canada, les Etats-Unis et le Mexique dans une déclaration conjointe¹²⁶³. La question de savoir si l'eau constitue une marchandise dans son état naturel au sens du GATT s'est également posée et

¹²⁵⁸ Voy. M. COSSY, « Le statut de l'eau en droit international économique. Principaux aspects au regard des règles de l'Organisation mondiale du commerce *op. cit.*, pp. 175-178 ; M. TIGNINO, D. YARED, « La commercialisation et la privatisation de l'eau dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce », *Revue québécoise de droit international*, 2006, p. 173.

¹²⁵⁹ Voy. M. COSSY, *op. cit.*, pp. 175-178.

¹²⁶⁰ D. MONTERO, « L'eau du Canada : une ressource stratégique dans le cadre du PSP », *International Journal of Canadian Studies*, 2009, Num 39-40, p. 284.

¹²⁶¹ *Ibid.*

¹²⁶² S. DUFOUR, « The Legal Impact of the Canada-United States Free Trade Agreement on Canadian Water Exports », *Les Cahiers de droit*, Vol 34, Num 2, 1993, pp. 705-762 spec. p. 742.

¹²⁶³ Voy. Déclaration conjointe des Etats-Unis et du Canada : « L'eau à l'état naturel, dans les lacs, cours d'eau, réservoirs, aquifères, bassins hydrographiques et autres, ne constitue pas une marchandise, n'est pas commercialisable et, par conséquent, elle ne fait pas et n'a jamais fait l'objet de disposition d'aucun accord commercial » cité dans D. JOHANSEN, « Les exportations d'eau et l'ALENA », Division du droit et du gouvernement, Direction de la recherche parlementaire PRB 99-5F, 8 mars 1999.

conduit à une solution similaire¹²⁶⁴. Toutefois, les portes de ce débat ne sont jamais entièrement fermées. La signature du Partenariat pour la sécurité et la prospérité (PSP), le 23 mars 2005 a remis à l'ordre du jour le transfert des eaux canadiennes vers les Etats-Unis. L'accord contribue à renforcer la protection des investissements et à assurer l'exploitation et la gestion des ressources naturelles¹²⁶⁵. Si le marché de l'eau en bouteille apparaît unanimement reconnu, il reste difficile pour le moment d'affirmer avec certitude que ce marché existe sur la question des transferts d'eau à grande échelle. Pourtant, le transfert d'eau en vrac désigne un bien qui demande une intervention humaine et a une valeur économique. Dans ce sens, il pourrait constituer une marchandise. En tout état de cause, rien ne s'oppose à ce que l'eau puisse avoir accès au marché.

544. Un bien disponible. La caractérisation d'une chose marchandisée et son intégration dans le processus de marchandisation nécessitent la disponibilité du bien, c'est-à-dire « sa faculté d'être cédé à titre onéreux ou gratuit¹²⁶⁶ ». Dès lors, l'eau est-elle susceptible d'être cédée à titre onéreux ou gratuit ? On peut céder son activité dans le secteur de l'eau, son entreprise mais peut-on procéder à une cession de l'eau ? Traditionnellement, l'eau était un bien disponible à l'extérieur du marché, désormais elle peut intégrer ce marché comme toutes marchandises¹²⁶⁷. Comme nous l'avons vu précédemment, le marché de l'eau en bouteille confirme la thèse selon laquelle l'eau pourrait être cédée à titre onéreux.

545. L'eau, une marchandise spéciale ? La prise en compte de l'eau comme marchandise et comme droit de l'Homme est-elle envisageable ? L'idée de renoncer à lutter contre la marchandisation de l'eau n'est pas inintéressante et est susceptible de conduire à des effets positifs sur la sécurité alimentaire lorsque les spécificités de la marchandise sont prises en considération. A ce titre, ce qui a été fait dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle s'avère transposable dans le secteur du droit alimentaire. Le droit de la propriété intellectuelle a réussi à allier les intérêts commerciaux et les intérêts de la santé publique par l'application du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha de 2001 sur l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et la santé publique¹²⁶⁸. Dans sa décision du 30 août 2003, le Conseil général de

¹²⁶⁴ Voy. V. PIRONON, « L'eau dans le commerce international des marchandises » Partie 2 : « L'exportation de l'eau dite "en vrac" », Séminaire de recherche, Faculté de droit de Santa Fe, « Les différentes approches juridiques pour la recherche sur les ressources naturelles », 28 mai 2014, p. 2. Disponible en ligne le 15 mai 2017 : <http://lascaux.hypotheses.org/files/2014/09/VPironon-Leau-dans-le-CI-des-marchandises.pdf>

¹²⁶⁵ D. MONTERO, « L'eau du Canada : une ressource stratégique dans le cadre du PSP », *op. cit.*, p. 290.

¹²⁶⁶ E. LOQUIN, « L'approche juridique de la marchandisation », *op. cit.*, p. 85.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 97.

¹²⁶⁸ Mise en oeuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha de 2001 sur l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et la santé publique, Décision du Conseil général du 30 août 2003, OMC, WT/L/540 et Corr.1 : « §6. En vue d'exploiter les économies d'échelle dans le but d'améliorer le pouvoir d'achat

l'OMC a reconnu la nécessité pour les pays pauvres d'accéder plus facilement aux médicaments génériques par le biais des licences obligatoires lorsqu'un Etat est dans l'incapacité de fabriquer des médicaments, ne dispose pas de capacités de productions suffisantes dans le domaine pharmaceutique, et reste dépendant des importations. La cristallisation du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha de 2001 a eu lieu le 23 janvier 2017, par la modification de l'accord ADPIC. Ainsi, dans certaines circonstances encadrées par les règles de l'OMC, les droits d'exclusivité qu'un propriétaire détient sur un médicament grâce au brevet vont être neutralisés au profit de la santé publique des populations. Dès lors, la prise en compte des spécificités de la marchandise par le droit de l'OMC a permis l'application de mesures de santé publique à l'échelle mondiale. Cette situation apparaît transposable à la relation entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux dans le droit international des investissements.

C.- L'eau comme service

546. La question s'est posée en droit du commerce international de savoir si les services liés à l'eau pouvaient tomber sous le coup des règles énoncées par l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)¹²⁶⁹. Dans cette hypothèse, les services de l'eau s'assimilent à tous les autres domaines de services¹²⁷⁰. Le terme de « service » désigne « *un changement apporté à un produit par l'entremise d'une activité effectuée par un fournisseur, à la demande d'un consommateur*¹²⁷¹ ». Dans le droit international des investissements, les services de l'eau désignent un ensemble d'activités diversifiées telles que le traitement et la distribution de l'eau, l'extraction et l'assainissement. Le prix de l'eau pour le consommateur correspond aux services rendus par le fournisseur. L'article L. 210 alinéa 3 du Code de l'environnement français dispose que :

en ce qui concerne les produits pharmaceutiques, et de faciliter la production locale de ces produits: i) dans les cas où un pays en développement ou pays moins avancé Membre de l'OMC est partie à un accord commercial régional au sens de l'article XXIV du GATT de 1994 et de la Décision du 28 novembre 1979 sur le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement (L/4903), dont la moitié au moins des membres actuels sont des pays figurant actuellement sur la liste des pays les moins avancés des Nations Unies, il sera dérogé à l'obligation de ce Membre au titre de l'article 31 f) de l'Accord sur les ADPIC dans la mesure nécessaire pour permettre à un produit pharmaceutique produit ou importé sous licence obligatoire dans ce Membre d'être exporté vers les marchés des autres pays en développement ou pays moins avancés parties à l'accord commercial régional qui partagent le problème de santé en question. Il est entendu que cela sera sans préjudice du caractère territorial des droits de brevet en question » ; Voy aussi la continuité du processus au sein de l'OMC par l'amendement de l'Accord sur les ADPIC, Décision du Conseil général, 6 décembre 2005, OMC, WT/L/641, (Protocole entré en vigueur le 23 janvier 2017).

¹²⁶⁹ M. COSSY, *op. cit.*, pp. 195-208.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, p. 195.

¹²⁷¹ M. TIGNINO, D. YARED, « La commercialisation et la privatisation de l'eau dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce », *Revue québécoise de droit international*, 2006, p. 171. La définition est reformulée par les auteurs sur le fondement de la définition proposée par l'OCDE : L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) propose en revanche la définition suivante: « *services are heterogeneous outputs produced to order and typically consist of changes in the condition of the consuming units realized by the activities of the producers at the demand of the customers* ».

« Les coûts liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes, sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques ».

547. Dans ce domaine, les entreprises et investisseurs sont qualifiés « d'entreprises de réseaux¹²⁷² » et participent à la gestion du service public de l'eau. L'ensemble de ces services a un coût répercuté de façon inégale selon les Etats et est confié au secteur privé et/ou public. Les conflits sur le fondement des services d'eau entre la sécurité alimentaire et le droit international des investissements se sont démultipliés ces dernières années¹²⁷³. Cette logique s'inscrit dans les oppositions classiques publics/privés, intérêts privés/intérêt général, valeurs économiques/valeurs sociales, Etat/marché¹²⁷⁴. Les services d'eau ont généré des conflits houleux sous différentes formes. Les différends ont des origines variées tels que l'augmentation injustifiée des tarifs de l'eau et la résiliation abrupte d'un contrat de concession¹²⁷⁵.

D.- L'eau comme droit

548. Le droit international des droits de l'Homme rappelle par une législation abondante le caractère vital de l'eau et semble à son tour vouloir s'affirmer au détriment des autres branches du droit¹²⁷⁶. Cette volonté de s'affirmer par chaque catégorie du droit nourrit les conflits de normes et contribue à placer le champ économique et le champ des droits de l'Homme en concurrence, dans une position d'affrontement perpétuel. La reconnaissance du droit à l'eau pour tous, repose sur différentes composantes. En 2010, l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu que :

« Le droit à une eau potable propre et de qualité et à des installations sanitaires est un droit de l'homme, indispensable à la pleine jouissance du droit à la vie¹²⁷⁷ ».

¹²⁷² A. BRAÏLOWSKY, A. GILLES, « Les contrats internationaux des services de l'eau, présentation du contrat de concession conclu pour la ville de Buenos Aires », in *L'eau en droit international*, Actes du 44^e colloque de la SFDI qui s'est tenu à Orléans du 3 au 5 juin 2010, Pedone, 2011, p. 134.

¹²⁷³ *Supra* §§ 303-304 ; § 306 ; § 307.

¹²⁷⁴ P. CHAMBAT, « Service public et néolibéralisme », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Volume 45, Num 3, 1990, p. 615.

¹²⁷⁵ *Supra* § 274 et s.

¹²⁷⁶ M. CUQ, *L'eau en droit international, Convergences et divergences dans les approches juridiques*, Larquier, 2013, p. 21.

¹²⁷⁷ Assemblée générale des Nations Unies, résolution adoptée le 28 juillet 2010, A/RES/64/292.

549. Auparavant, de nombreuses déclarations internationales¹²⁷⁸ ont reconnu le droit à l'eau, et une série de Conférence internationales¹²⁷⁹ sur la question a contribué à faire évoluer le droit à l'eau vers un droit de l'Homme. En France, l'acceptation de l'accès à l'eau comme droit ne s'est faite que tardivement par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA) du 30 décembre 2006 intégrée dans le Code de l'environnement¹²⁸⁰. En droit international, l'Observation générale n°15 des Nations unies¹²⁸¹ a insisté sur la nécessité de considérer l'eau comme une valeur sociale et culturelle et non pas uniquement comme un bien économique. Le paragraphe 11 énonce que :

« L'eau devrait être considérée comme un bien social et culturel et non essentiellement comme un bien économique. Le droit à l'eau doit aussi être exercé dans des conditions de durabilité, afin que les générations actuelles et futures puissent en bénéficier¹²⁸² ».

L'emploi du vocable « devrait » suggère que l'eau est considérée avant tout comme un bien économique. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, rappelle que l'eau devrait être en priorité ramenée à sa juste valeur, et notamment considérée comme une valeur non marchande puisque c'est un droit de l'Homme avant d'être un objet économique. Ainsi, il a été soulevé que « l'eau, ressource vitale limitée, est (ainsi) devenue, au tournant du millénaire, un symbole par excellence de la « marchandisation » du monde, qui ne constitue pas qu'un slogan militant, mais le reflet d'une réalité qui peu à peu, s'inscrit dans les règles internationales¹²⁸³ ».

§2.- Etude d'une qualification juridique hybride pour une amélioration du traitement de la qualification de l'eau dans le droit international des investissements

550. Si la pertinence d'un regroupement des attributs de l'eau en une qualification hybride apparaît une voie intéressante (A), il n'en reste pas moins que des difficultés de mise en œuvre empêchent l'élaboration d'un tel procédé (B).

¹²⁷⁸ Voy. p.ex. Article 14, paragraphe 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979 : Les États doivent garantir aux femmes vivant en milieu rural de pouvoir « bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau » ; Article 24, paragraphe 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, 1989 : Les États doivent lutter contre la maladie et la malnutrition par « la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel ».

¹²⁷⁹ Voy. par ex : Conférence internationale Mar del Plata, Argentine, 14 au 25 mars 1977 ; Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, Conférence internationale sur l'eau et l'environnement, 26 au 31 janvier 1992 ; Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, nommée Sommet de la terre, Rio de Janeiro, Brésil du 5 au 30 juin 1992 ; Forum mondial de l'eau tenu tous les trois ans depuis 1997 par le Conseil mondial de l'eau.

¹²⁸⁰ En France, il faut attendre la loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA) du 30 décembre 2006 pour que le droit d'accès à l'eau soit pleinement consacré et intégré dans le Code de l'environnement. L'article 210-1 alinéa 2 prévoit que « Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous ».

¹²⁸¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) , Observation générale n°15 sur le droit à l'eau, E/C.12/2002/11, adoptée le 20 janvier 2003.

¹²⁸² CDESC, Observation générale n°15, *op. cit.* § 11.

¹²⁸³ S. PAQUEROT, G. BLOUIN GENEST, *L'eau entre « en commun », «droit humain» et «économie globale»:une marche vers l'impossible?* University of Ottawa, Canada, disponible en ligne..

A.- Le regroupement des attributs de l'eau

551. Le regroupement des attributs se justifie par la nécessité de caractériser l'eau telle qu'elle dans une catégorie juridique reflétant ses différentes composantes. En effet, les résistances à la marchandisation de l'eau (1°), la concurrence des attributs (2°) et parfois sa protection sur d'autres fondements que les droits à l'eau et à alimentation (3°) renseignent sur la nécessité de parvenir à une harmonisation.

1°) Les résistances à la marchandisation de l'eau.

552. Alors que les populations augmentent, les ressources en eau sont limitées. A cela s'ajoute une consommation diversifiée et croissante de l'eau. L'ensemble de ces facteurs conduit à un accroissement de la valeur de l'eau. Celle-ci est qualifiée de ressource naturelle épuisable. Les ressources en eau, « *tirées de la nature qui, ne pouvant être reconstituées, doivent pouvoir bénéficier de mesures de protection de la part des Etats ou de la Communauté internationale, y compris sous la forme de mesures restrictives du commerce*¹²⁸⁴ ». Les investissements internationaux pourraient intégrer cette logique, et notamment prendre en considération les attributs de l'eau dans leur ensemble, comme bien économique, et comme un droit fondamental. L'encadrement de l'eau sous le prisme unique de sa dimension économique conduit à restreindre la vision globale qui doit être attachée à cette ressource, ce bien, cette activité et ce droit. L'appréhension de l'eau comme une marchandise, en rapport avec la loi de l'offre et la demande et dont le prix serait fixé sans prendre en considération les capacités financières des consommateurs ne permet pas de satisfaire le droit fondamental à l'eau¹²⁸⁵. Une entreprise privée, axe naturellement sa politique et sa stratégie sur la rentabilité. Ainsi la distribution d'eau dans les endroits non rentables, risquerait de ne pas être assurée. De la même façon les populations n'ayant pas les moyens de payer l'eau se retrouveraient isolées¹²⁸⁶.

2°) La concurrence des attributs de l'eau

553. Le mélange des attributs de l'eau permettrait d'obtenir par un cocktail juridique une qualification qui lui est propre. L'eau ne peut pas être pensée tantôt comme un besoin, ou une ressource naturelle et tantôt comme un bien ou un service. Elle est cet ensemble tout entier. La réflexion de sa qualification juridique est susceptible de conduire à une catégorie juridique hybride

¹²⁸⁴ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 1003.

¹²⁸⁵ N. HAUPAIS, « Les acteurs en droit international de l'eau », in SFDI, *L'eau en droit international*, Colloque d'Orléans, Pedone, Paris, 2011 p. 57.

¹²⁸⁶ *Ibid.*

faisant état d'une représentation fidèle de la réalité. Il ne s'agit pas d'enfermer l'eau dans une qualification unitaire inflexible qui consisterait à privilégier les valeurs marchandes ou non marchandes. Ce type de qualification ne correspondrait pas aux défis qui lient ces valeurs économiques aux valeurs fondamentales¹²⁸⁷. Le droit international des investissements ne peut pas entrevoir l'eau uniquement comme une valeur économique car ce postulat réducteur ne permet pas d'obtenir une conception satisfaisante et aboutie. Dans le même temps, il ne peut être nié l'influence du secteur économique sur le développement du droit à l'eau en tant que tel et ses infrastructures. La dimension de l'eau dépasse le cadre traditionnel des concepts juridiques. C'est sûrement l'une des raisons pour lesquelles sa nature et sa qualification juridique semblent emmêler par de multiples approches qui accentuent le risque de confusion normative.

3°) La protection par d'autres catégories juridiques.

554. Dans de nombreuses affaires, les éléments de l'eau et de l'alimentation ne font pas l'objet d'une protection sur le fondement du droit de l'eau et du droit de l'alimentation mais sur la base d'autres catégories juridiques ce qui renforce le caractère inadéquat des normes et qualifications alimentaires. Il semblerait que la protection juridique du droit à l'eau et à l'alimentation ne soit pas assez aboutie ou insuffisante de telle façon que l'on puise au sein d'autres fondements du droit pour protéger ces deux éléments. Dans ces hypothèses, le droit de la santé et le droit de l'environnement viennent consolider la sécurité alimentaire et permettent sa réalisation. Dans l'affaire *The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigéria*¹²⁸⁸, la Commission africaine a estimé que le Nigeria n'avait pas pris les mesures nécessaires pour empêcher les dommages causés à l'environnement, notamment la contamination des sources d'eau et avait donc porté atteinte au droit de la santé des populations locales. La reconnaissance du droit à l'eau et à l'alimentation s'avère indirecte. Si la Commission a condamné l'Etat, c'est justement parce que la contamination des ressources empêchait les populations de pouvoir jouir de leurs droits à l'alimentation et à l'eau. Pourtant, c'est vers d'autres fondements juridiques qu'elle s'est tournée pour donner effet à la sécurité alimentaire. Cette affaire renseigne sur l'ineffectivité des dispositions du droit à l'alimentation et non pas son ineffectivité pratique. En effet, le droit à l'alimentation est protégé en l'espèce, mais cette protection se réalise sur d'autres fondements que ceux de la sécurité alimentaire.

¹²⁸⁷ Par valeur fondamentale, nous entendons les valeurs véhiculées par le droit de l'Homme à l'eau.

¹²⁸⁸ CADHP, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, affaire n°55/96, 13 oct. 2001.

555. Le fait que d'autres instruments juridiques soient mis à disposition en vue d'appliquer la sécurité alimentaire pourrait nous satisfaire. Toutefois, ne vaudrait-il pas mieux se résoudre à considérer le droit à l'alimentation plutôt que d'essayer de le protéger sur d'autres fondements ? Ce phénomène ne concerne pas seulement la sphère des investissements, il est global. Dans le même sens, la Convention européenne des droits de l'Homme(EDH) ne contient pas de disposition protectrice directe du droit à l'eau et du droit à l'alimentation. Pour autant, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) s'est prononcée à de multiples reprises sur les questions alimentaires. Deux questions nous intéressent :

- Comment la CEDH peut-elle garantir la sécurité alimentaire alors qu'aucune disposition de la Conv EDH n'a été prévue à cet effet ?
- Comment les institutions et organisations économiques pourraient-elles respecter et garantir la sécurité alimentaire alors même que les organes institutionnels spécialisés dans la protection des droits de l'Homme ne protègent pas les droits à l'eau et à l'alimentation sur le fondement de la sécurité alimentaire ?

556. Tout d'abord, la CEDH s'est penchée sur le droit de l'environnement et le droit de l'eau par une extension de la notion du droit à la vie privée. L'arrêt *López Ostra*¹²⁸⁹ rendu par la CEDH le 9 décembre 1994 est reconnu comme étant le premier arrêt majeur sur la question de l'environnement. Dans cette affaire, il est observé la proclamation du droit à un environnement sain sur le fondement du droit à la protection de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Conv EDH¹²⁹⁰. En somme, cette affaire concerne le droit de l'eau et le droit de l'environnement. Pour autant, c'est sur le fondement du droit à la vie privée que la Cour s'est prononcée¹²⁹¹. Cela révèle l'extension des normes orchestrée par la CEDH destinée à la protection des droits et des valeurs qui ne sont pas reconnues par la Conv EDH. Cette méthode est nommée l'interprétation évolutive. Elle correspond à une réécriture d'un texte de la Conv EDH ou de ses protocoles additionnels lorsqu'ils présentent des lacunes ou qu'un fossé s'est formé entre l'esprit des normes et l'évolution de la société¹²⁹². C'est ce qui permet la reconnaissance de nouveaux droits tels que le droit au logement¹²⁹³. Dès lors, si l'on reconnaît le droit au logement, quel obstacle pourrait empêcher la reconnaissance des droits à l'eau

¹²⁸⁹ CEDH, *López Ostra c. Espagne*, n°16798/90, 09 décembre 1994.

¹²⁹⁰ *López Ostra*, § 51 : La Cour a déclaré que « des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale »

¹²⁹¹ CEDH, *Butan et Dragomir c/Roumanie*, n°40067/06, 14 février 2008.

¹²⁹² K. GARCIA, « Existe-t-il un droit à l'alimentation au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », in F. COLLART DUTILLEUL (Dir.), *De la terre aux aliments, des valeurs au droit*, San José, (C.R), Inida, 2012, spec. pp. 160-164.

¹²⁹³ Voy. Le droit au logement, CEDH, *Wallona et Walla c/ République Tchèque*, n°23848/04, 26 octobre 2006.

et à l'alimentation ? Les jonctions sont multiples entre ce droit et la Conv EDH, et l'on peut trouver dans l'article 2 de la Conv EDH sur le droit à la vie un pont vers la CEDH. Le droit à une alimentation culturelle¹²⁹⁴ et le droit d'accès à l'eau¹²⁹⁵ ont été reconnus par la CEDH sur les fondements des articles 3, 6§1er, 9 et 11. Cette évolution demeure intéressante, elle révèle les attentes alimentaires des justiciables, il y a une véritable demande de protection sans que les droits à l'eau et à l'alimentation ne soient clairement consacrés par la CEDH.

557. A force de puiser dans d'autres catégories qui n'ont pas été pensées pour résoudre les questions sur la sécurité alimentaire, le risque est d'aboutir à une déformation des normes et de leurs esprits par leurs extensions multiples et effrénées. C'est la raison pour laquelle une réflexion sur une qualification hybride est opportune. L'idée que l'on puisse invoquer une violation de la sécurité alimentaire sur les fondements juridiques de l'eau et de l'alimentation apparaît plus adaptée qu'une extension, et parfois des distorsions des notions de traitement dégradant, du droit à la vie privée ou droit à la liberté religieuse. Finalement, si certains organes de protection des droits de l'Homme ne consacrent pas clairement et directement le droit à la sécurité alimentaire. Il restera certainement difficile mais pas impossible de réussir à imposer ce droit aux organes économiques, et pour ce qui nous intéresse au droit international des investissements.

B.-Les difficultés de mise en œuvre d'une qualification hybride

558. La mise en œuvre d'une qualification hybride de l'eau soulève de nombreux obstacles. L'étude des qualifications novatrices qui se sont inscrites dans les mouvements de résistance à la marchandisation des choses révèle des dysfonctionnements qu'il convient de mettre en lumière afin d'identifier dans le passé ce qui n'a pas fonctionné. Ainsi, nous découvrons que l'absence d'une approche multidimensionnelle de l'eau conduit d'une part à une concurrence entre la dimension économique et la dimension non marchande qui ne satisfait pas (1°), et d'autre part, à une concurrence entre les souverainetés étatiques et la communauté internationale qui ne convainc pas (2°). Dès lors, nous proposerons une qualification hybride : le bien commun fondamental (3°).

¹²⁹⁴ CEDH, *V.D. c Roumanie*, n°7078/02, 16 février 2010.

¹²⁹⁵ CEDH, *Kadiķis c/ Lettonie*, n°62393/00, 4 mai 2006, sur l'absence d'eau courante et d'eau potable dans la cellule du requérant qui constitue un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Conv EDH ; CEDH, *Affaire Fischerc/ Autriche*, 26 avril 1995, no 16922/90 sur la pollution par une décharge publique d'une nappe phréatique rendant inaccessible l'eau potable du réservoir.

1°) L'inadaptabilité de la qualification de patrimoine commun de l'humanité

559. « *Le temps que nous vivons est celui de la conscience planétaire : c'est un fait récent, mais général. Toutes les civilisations ont accédé à la perception de leur appartenance à une unique expérience humaine*¹²⁹⁶ ».

560. Dans les années soixante, le développement de la notion de patrimoine commun de l'humanité s'est inscrit dans la dynamique et la volonté des Etats de reconnaître des intérêts communs. Si cette qualification restait ambitieuse et à bien des égards irréaliste¹²⁹⁷, cette approche offrait une voie intéressante et nécessaire pour la gestion intégrée des ressources. Pour certains, cet irréalisme pouvait « *être la façon la plus réaliste d'envisager l'avenir*¹²⁹⁸ ». Pourtant, de nombreuses barrières ont paralysé sa mise en œuvre, si bien que sa reformulation fut proposée¹²⁹⁹. Commençons à nous intéresser à sa définition et son contenu normatif. La définition de la notion de patrimoine commun de l'humanité revêt un caractère équivoque. L'une des définitions proposées est celle donnée par le « Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde. Cette notion désignerait :

« *Des biens, espaces ou ressources communs non appropriés par un Etat sur lesquels s'exerce collectivement un contrôle en application de traités et convention internationaux*¹³⁰⁰ ».

561. Ce concept « harmoniste¹³⁰¹ » apparaît se fonder sur l'idée de propriété commune. On peut y voir la suppression de la dimension marchande au profit du droit à un usage commun de la ressource, ou s'interroger sur l'acquisition par l'humanité « d'un patrimoine sans personne¹³⁰² ». Pour certains, le patrimoine commun de l'humanité offre une approche de l'humanité « transpatiale » et « transtemporelle¹³⁰³ ». Cela suggère l'idée de conservation par tous les peuples et de transmission aux générations futures. Si l'humanité correspond à un brassage d'identités qui se rassemble pour ne faire qu'un, elle reste encore « *une communauté à construire*¹³⁰⁴ ». Des critères variés sont énoncés en vue d'une appréhension de la notion de patrimoine commun de l'humanité : l'absence

¹²⁹⁶ P. RICOEUR, « De la Nation à l'humanité : la tâche des chrétiens », *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, Vol 76, n°1, 2003, p. 97.

¹²⁹⁷ A.-C. KISS, *op. cit.*, p. 224.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ Voy. Par ex. A. FAYARD-RIFFIOD, *Le patrimoine commun de l'humanité, une notion à reformuler ou à dépasser*, thèse, Bourgogne, 1995.

¹³⁰⁰ M. CORNU, in F. COLLART DUTILLEUL et J.-P. BUGNICOURT (dir.), *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Larcier, 2013.

¹³⁰¹ R.-J DUPUY, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droit et libertés à la fin du xxè siècle, Influence des données économiques et technologiques*, Etudes offertes à Claude-Albert Colliard, Pedone, 1984, p. 198.

¹³⁰² F. TERRÉ, « L'humanité, un patrimoine sans personne », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Etudes offertes à Philippe Ardant*, L.G.D.J, 1999, p. 340.

¹³⁰³ R.-J DUPUY, *op. cit.*, 199

¹³⁰⁴ R.-J DUPUY, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, 1991, p. 18.

d'appropriation, l'utilisation pacifique et rationnelle, la gestion des ressources du patrimoine et la répartition équitable des bénéfices¹³⁰⁵. Pourtant, l'ensemble de ces critères ne s'appliquent pas forcément à toutes les situations que la notion comporte¹³⁰⁶ ce qui est susceptible de fragiliser son appréhension globale.

562. En France, « *l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général* » aux termes de l'article L210-1 du Code de l'environnement. On observe la distinction de formule, il s'agit du patrimoine commun « de la nation ». En droit international, c'est le statut de la haute mer qui a commencé à soulever des questions. En 1970, l'Assemblée générale des Nations Unies a déclaré dans sa résolution 2749 (XXV) que :

« Le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale (ci-après dénommés la zone) et les ressources de la zone sont le patrimoine commun de l'humanité¹³⁰⁷ ».

En 1982, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, connue comme la Convention de Montego Bay, confirme la qualification de patrimoine commun de l'humanité consacrée dans la résolution 2749 et précise que :

« L'exploration et l'exploitation de la zone se feront dans l'intérêt de l'humanité tout entière, indépendamment de la situation géographique des Etats¹³⁰⁸ ».

563. L'opposition *res nullius* et *res communis*. Considérée comme inappropriable, le statut de la haute mer a opposé la doctrine sur le fait de savoir si elle constituait un bien commun à tous, *res communis* ou un bien qui n'appartenait à personne, *res nullius*. Traditionnellement, la nature des choses communes justifie qu'elles ne soient pas appropriables. Il en va ainsi de l'eau, de l'air, de la lumière. Pourtant, l'eau est susceptible de prendre la forme d'une marchandise, l'exemple de l'eau embouteillée reste le plus parlant. Si les choses communes ne peuvent faire l'objet d'une appropriation, ce n'est pas du fait de leur nature, pour certains. C'est bien le contraire, si les choses communes « *ne peuvent être appropriées, c'est précisément parce qu'elles sont appropriables*¹³⁰⁹ ». Dans ce sens, l'inappropriation est justifiée par le caractère vital de la ressource. L'appropriation entre les mains de quelques-uns de la ressource constitue un risque pour l'accès et l'usage de l'eau pour tous.

¹³⁰⁵ A.-C. KISS, *op.cit.* p. 225.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 225-242. L'auteur démontre que les critères proposés du patrimoine commun de l'humanité ne s'adaptent pas à toutes les situations.

¹³⁰⁷ Résolution 2749 (XXV), « Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale », 1933^e séance plénière, 17 décembre 1970.

¹³⁰⁸ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay, 10 Décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, Recueil des traités, Vol 1834, p. 5.

¹³⁰⁹ P. BERLIOZ, *Droit et biens*, Ellipses, 2014, p. 102.

C'est la raison pour laquelle la loi interdit l'appropriation de l'eau dans son ensemble. Ainsi, « *leur caractère inappropriable résulte de la loi, et non de leur nature*¹³¹⁰ ». Il y a une distinction entre l'appropriation de l'eau dans son ensemble et l'appropriation individuelle. En d'autres termes, l'eau serait « *un ensemble inappropriable* » qui peut « *individuellement faire l'objet d'appropriation*¹³¹¹ ». La notion de chose commune est reliée à celle de *res nullius*. Le Professeur Pierre Berlioz a démontré ce lien en prenant l'exemple des poissons de mer. Sous le prisme individuel, le poisson de mer a le statut de *res nullius*. En revanche, la protection de cette ressource conduit à reconnaître le statut des poissons de mers comme relevant des *res communis*. Partant, « *la notion de choses communes désigne un ensemble de choses, qui individuellement peuvent être qualifiées de res nullius*¹³¹² ». L'eau n'échappe pas à cette logique. Dans son ensemble elle n'est pas susceptible d'appropriation, elle est qualifiée de *res communis*. Cependant, l'appropriation d'échantillons d'eau est possible, dans ce sens, elle est *res nullius*, elle n'appartient à personne mais reste susceptible d'être appropriée.

564. Si la notion de patrimoine commun de l'humanité exclut l'idée d'appropriation, elle ne prend pas en considération l'ensemble des attributs de l'eau. L'exclusion de la dimension économique rend compte de l'inadaptabilité à saisir les réalités. On observe donc que le fait de repousser l'appropriation hydrique vise à protéger cette ressource vitale. L'idée d'opérer une distinction entre les ressources naturelles et les ressources vitales s'est développée, pour mettre en lumière les différences des ressources qui n'apparaissent pas dans les régimes juridiques¹³¹³. Dès lors, pour certains, l'eau est une ressource vitale qui ne devrait pas être assimilée au même régime que d'autres ressources naturelles¹³¹⁴. La notion de patrimoine commun de l'humanité constitue une voie de protection de l'eau avant tout comme un besoin humain essentiel, et non sous l'unique prisme économique. Bien sûr, cela conduit à remettre en question la souveraineté des Etats qui serait inadaptée pour parvenir à une réponse globale. Pourtant, les Etats sont parvenus à s'approcher d'un concept novateur et riche pour la gestion commune des ressources, malgré la complexité d'une entente sur la notion de « *l'intérêt global de l'humanité*¹³¹⁵ ». C'est donc une refondation du droit des ressources naturelles et des ressources vitales qu'il faut mettre en œuvre si l'on désire une consécration de l'eau comme patrimoine commun de l'humanité. Pour l'heure, cette qualification reste incompatible avec la gestion de l'eau sur le fondement de la composante économique. Ainsi, la

¹³¹⁰ *Ibid.*

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ S. PAQUEROT, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2002.

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ R.-J DUPUY, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », *op. cit.*, p. 198.

notion de patrimoine commun de l'humanité n'a pas réussi à s'imposer au fil des années permettant d'offrir « *une gestion harmonieuse des grands domaines d'intérêt commun*¹³¹⁶ ». La souveraineté des Etats et la logique d'appropriation ont triomphé sur la solidarité. En revanche, les valeurs liées à la notion de patrimoine commun de l'humanité n'ont pas disparu¹³¹⁷, elles tentent de subsister de trouver une place par l'émergence d'autres mécanismes.

2°) L'échec d'une qualification concurrente des souverainetés : la qualification de bien public mondial

565. Avec le temps, la notion des biens publics mondiaux¹³¹⁸ s'est dessinée mais laisse toujours planer des incertitudes. On retrouve diverses appellations¹³¹⁹ telles que biens communs¹³²⁰ ou biens collectifs¹³²¹ sans être certains de savoir selon l'expression employée ce qu'ils recouvrent. Dans les années cinquante, la notion de « bien public » est développée par l'économiste Paul Samuelson¹³²². Une prise de conscience émerge en raison de l'apparition de problèmes globaux. Paul Samuelson désigne les biens publics par deux critères : un critère de non-rivalité qui suggère que « *la consommation de ce bien par un usager n'entraîne aucune réduction de la consommation des autres usagers*¹³²³ » et le critère de non-exclusion pour lequel « *il est impossible d'exclure quiconque de la consommation de ce bien ; il est, par conséquent, impossible de faire payer l'usage de ce bien*¹³²⁴ ». Autrement dit, les biens publics empêchent l'exclusion d'un usager et reposent sur une absence de rivalité entre eux. La compréhension par l'utilisateur qu'il ne sera pas exclu justifie le fait qu'il ne paie pas pour se saisir du bien et donc qu'il attende que d'autres usagers prennent en charge la production du bien. Le bien public ne fera pas l'objet d'une gestion satisfaisante si une autorité publique n'impose pas aux usagers le paiement du bien¹³²⁵. Personne ne souhaite investir dans la production d'un bien

¹³¹⁶ M.-C SMOUTS, « Du patrimoine commun de l'humanité aux biens publics globaux », in M.-Ch. CORMIER SALEM (ed.), J. BOUTRAIS (ed.), B. ROUSSEL (ed.), *Patrimoines naturels au Sud : territoires, identités et stratégies locales*. Paris (FRA) ; Paris : IRD, Paris, 2005, p. 54.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ Voy. J. ROCHFELD, M. CORNU, F. ORSI (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, P.U.F, 2017.

¹³¹⁹ Voy. A. MARTIN, « Les biens publics mondiaux » in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, *op. cit.* pp. 408-409.

¹³²⁰ Rapport de la conférence des Nations unies sur l'eau, Conférence Mar del Plata, 14 au 25 mars 1977, Doc NU E/CONF.70/29. Lors de cette conférence, l'eau est définie comme un bien commun.

¹³²¹ J. DREXL, « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Quel ordre public pour les marchés globalisés ? », *RIDE*, vol. t. xvii, no. 3, 2003, pp. 387-409 ; J. ZILLER, « Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics », *RIDE*, vol. t. xvii, no. 3, 2003, pp. 495-510.

¹³²² P. SAMUELSON, « The pure Theory of Public expenditure », *Review of Economics and Statistics*, vol. 56, 1954, cit in S. LEPELTIER, « Mondialisation : une chance pour l'environnement ? », Rapport d'information n° 233 (2003-2004), fait au nom de la délégation du Sénat pour la planification, déposé le 3 mars 2004, p. 44.

¹³²³ S. LEPELTIER, *Ibid.*

¹³²⁴ *Ibid.*

¹³²⁵ M.-C SMOUTS, *op.cit.*, p. 68.

qui interdit le paiement à ses usagers, et n'offre aucune possibilité de rendement. Dans cette hypothèse, le bien peut ne pas être produit, ou ne pas répondre à la demande dans une quantité suffisamment disponible¹³²⁶.

566. A partir des années quatre-vingt-dix, la notion de bien public s'est internationalisée, et l'on voit apparaître la notion de « *bien public mondial* » sous l'impulsion du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). Les biens publics mondiaux sont à la disposition de tous les usagers et leur production repose sur la coopération et la gestion par les Etats. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son Observation générale n°15 sur le droit à l'eau, a déclaré que « *l'eau est une ressource naturelle limitée et un bien public*¹³²⁷ ». Si l'idée d'une généralisation de la notion de bien public mondial apparaît séduisante, elle ne répond pas à l'ensemble des attributs de l'eau. Cette notion s'est développée en réponse à l'émergence de la marchandisation comme moyen de freiner ce phénomène. D'une part, le concept de bien public mondial suggère une refondation de régimes juridiques de l'eau, d'autre part, elle nie les dynamiques de « *l'appropriation privée et étatique*¹³²⁸ » traditionnellement applicables à l'eau. La suppression de la compétence territoriale des Etats sur leurs ressources naturelles apparaît en l'état actuel du droit surréaliste. La mise en œuvre de la qualification de bien public mondial nécessite une appréhension de l'eau sur le fondement « *d'un régime juridique de propriété publique dont la responsabilité incomberait directement à la communauté internationale*¹³²⁹ ». L'exigence est bien grande en comparaison de la tolérance minimum que les Etats semblent prêts à accepter. La survie des Etats et de leur population dépend de la bonne gestion de cette ressource. L'état d'esprit mondial semble aller vers une coopération internationale. Toutefois, cette coopération ne semble pas pouvoir aboutir au détriment des souverainetés étatiques, encore moins sur une ressource stratégique vitale telle que l'eau.

3°) Approche d'une qualification hybride : le bien (marchandise et service) commun (ressource naturelle) fondamental (ressource vitale et droit de l'Homme).

567. Les attributs de l'eau demeurent marqués par une interdépendance. Ils sont un tout qui définit l'eau dans son ensemble. Comment mettre en lumière par une qualification juridique cette

¹³²⁶ I. KAUL, I. GRUNBERG, M.- A. STERN (dir.), « Les biens publics à l'échelle mondiale, La coopération internationale au XXIe siècle », publié pour le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), New York, OUP, 1999, p. 13.

¹³²⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°15 sur le droit à l'eau, E/C.12/2002/11, § 1, adoptée le 20 janvier 2003.

¹³²⁸ M. CUQ, *L'eau en droit international, Convergences et divergences dans les approches juridiques*, Larquier, 2013, p. 88.

¹³²⁹ *Ibid.*

interdépendance ? Comment considérer l'eau sous le prisme unique d'un bien économique ou d'un droit de l'homme, mais comme un ensemble interdépendant ? Il ne s'agit pas de cloisonner l'eau dans une qualification unitaire dépourvue de flexibilité. Les quatre composantes de l'eau « ressource, marchandise, service, droit » sont le visage de l'eau et « *traiter comme unitaire ce qui est composite aboutit nécessairement à des solutions erronées*¹³³⁰ ». Il est question de se saisir de l'eau telle qu'elle est et de faire en sorte que le droit s'empare de sa nature composite. Dès lors, faut-il se résoudre à ce que le statut de l'eau soit fragmenté et éparpillé dans un amas de législations nationales, européennes et internationales ? Cette démarche conforterait les risques d'incohérence et favoriserait le chemin des contradictions. Au contraire, faut-il s'efforcer de penser que les obstacles d'une qualification hybride sont certes, loin d'être surmontés, mais ne restent pas insurmontables ?

568. Le terme de « bien public » n'apparaît pas adapté. En revanche, on peut choisir de ne pas abandonner l'idée d'une vision globale avec des termes englobant l'intérêt supérieur de l'humanité. Le terme « public » désigne une notion vaste et polysémique qui renvoie à l'idée de partage mais dont les souverainetés ont dévoilé les limites. La distinction entre le bien commun et le bien public est poreuse. Certains voient dans les biens communs « *l'affirmation de la propriété d'une collectivité déterminée, à l'égard de ses membres et vis-à-vis de l'extérieur* » tandis que « *les biens publics traduisent l'affirmation complémentaire du droit d'usage de ces biens par les membres de la collectivité*¹³³¹ ». Autrement dit, ce qui serait commun ne peut pas faire l'objet d'appropriation puisque ces biens sont la propriété de tous alors que ce qui est public relève de l'usage pour tous¹³³². On peut distinguer « *ce qui est à tout le monde de ce qui est pour tout le monde*¹³³³ ». Ces définitions répondent à une qualification de l'eau dans son ensemble sur la base d'une approche globale. En revanche, cette démarche nie que l'eau est un bien qui pris par échantillons est susceptible d'appropriation privée comme en témoigne le commerce d'eau embouteillée. Dès lors, l'idée que l'eau constitue un bien public à l'usage de tous apparaît au premier regard faussée puisque l'utilisateur qui ne peut pas payer l'eau en bouteille dans certaines régions du monde reste exclu du processus marchand et ne pourra pas en faire usage. Si l'utilisateur ne peut pas accéder au marché de l'eau embouteillée, il pourra bénéficier de l'eau comme service. Mais là encore, il faudra que cet usager puisse payer le prix du service rendu, auquel cas, il reste encore une fois exclu du processus. C'est donc l'intérêt de se pencher sur la qualification de l'eau. Si l'Etat assure que l'eau est un bien public,

¹³³⁰ H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, p.11.

¹³³¹ F. LILLE, « Biens communs et biens publics : enjeux d'une organisation sociale durable », Séminaire-2010/2011 : « Quel nouveau type de développement ? », Séance n° 9 – Mardi 1er mars 2011, p. 9, disponible en ligne le 15 avril 2017: http://survie.org/IMG/pdf/F-Lille_Biens_communs-biens_publics_enjeux_organ_isation_sociale_durable_.pdf

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ *Ibid.*

son usage doit être garanti pour tous. Il devra alors pallier l'usager défaillant pour qu'il puisse rester dans le processus marchand, du moins de l'eau comme service.

569. L'eau comme bien commun serait fondée sur l'idée que l'eau est la propriété de tous et donc resterait inappropriable. La propriété commune est bien entendu limitée, par exemple, le Japon ou les Etats-Unis n'ont pas de droit de propriété sur le Nil. Autrement dit, le Nil n'appartient pas au Japon ni aux Etats-Unis et donc n'est pas la propriété de « tous » au sens des Etats, encore moins des usagers ou des individus qui ne peuvent revendiquer aucun droit de propriété sur ce fleuve. Par contre, dès que les Etats ont géographiquement en commun des eaux, l'idée de propriété commune prend son sens et permet de garantir une gestion intégrée. Le Nil appartient bien aux Etats nilotiques¹³³⁴. Il est donc susceptible d'appropriation. L'eau serait alors un bien commun parce que sa gestion s'exerce à plusieurs et non pas parce qu'elle est la propriété de tous. Si les qualifications de bien commun et de bien public mondial sont consacrées par certains, il n'en reste pas moins qu'elles ne sont pour l'heure que des finalités, bien plus que des représentations fidèles de ce que l'eau est. En revanche, si l'eau est un bien commun parce que sa gestion est collective, dès lors, rien ne semble pouvoir empêcher qu'elle soit qualifiée de bien commun susceptible d'appropriation.

570. En conséquence, pour saisir l'eau telle qu'elle est, la qualification de bien commun est insuffisante si l'on considère qu'elle est appropriable et qu'elle est un bien commun vital. Le caractère vital de cet élément mérite d'être souligné en vue d'être mieux encadré. Dire que l'eau est un bien commun vital semble offrir une voie protectrice destinée à intégrer l'ensemble de ses attributs. La dimension économique (marchandise, service) reste appréhendée par le qualificatif de « bien ». L'association du terme « commun » suggère qu'elle doit être partagée et faire l'objet d'une gestion collective. Le terme « vital » englobe l'eau comme ressource (naturelle et vitale) et invite la dimension des droits de l'Homme à se joindre à la qualification. Si l'eau est vitale, elle s'avère nécessaire si l'on souhaite que le droit à la vie puisse être mis en œuvre. Dès lors, l'eau comme « bien commun vital » offre les canaux d'intégration nécessaires à l'ensemble de ses attributs et semble une piste intéressante pour se saisir de la nature de l'eau. Une telle qualification a pour finalité une traduction juridique fidèle de la nature de l'eau. Son admission pourrait contribuer à renforcer la norme alimentaire en lui offrant un contenant plus équilibré et complet dans la sphère des investissements internationaux et de manière générale dans la sphère du droit international économique. Elle a le mérite de regrouper les composantes de l'eau en une qualification juridique

¹³³⁴ Pourtant, on constate que le Nil reste largement associé à l'Egypte qui bénéficie de « droits historiques » avec le Soudan par rapports aux autres Etats sur lesquels coulent le Nil. Ces droits sont consacrés par les traités de 1902, 1929 et 1959 relatifs aux eaux du Nil.

unique et de pouvoir s'intégrer directement dans les instruments juridiques des investissements internationaux en apportant avec elle la combinaison de sa dimension vitale et économique.

Conclusion Chapitre 1.

571. En définitive, plusieurs enseignements peuvent être retenus. L'analyse du défaut d'encadrement des investissements agricoles à grande échelle et l'incertitude des qualifications juridiques alimentaires renseignent directement et indirectement sur les difficultés d'appréhension de la situation alimentaire dans le droit international des investissements. Dès lors, ces doutes contribuent à saisir la faiblesse normative de la norme alimentaire dont les particularités n'apparaissent pas prises en compte dans cette discipline. C'est ainsi que les inadaptabilités alimentaires perdurent. L'investissement agricole à grande échelle dont les dangers ont largement été soulevés continue dans la plupart des cas à ne pas faire l'objet d'encadrement juridique effectif, et ce, en dépit de sa négativité potentielle sur la sécurité alimentaire des populations. Sous le prisme de la qualification juridique de l'eau, l'incertitude s'étend à la sphère des investissements internationaux. Jusqu'alors, la gestion sectorielle apparaît la plus adaptée, non pas parce qu'elle constitue une voie satisfaisante, mais parce qu'aucune solution véritable ne permet de satisfaire simultanément la composante économique et la dimension des droits de l'Homme. Tout d'abord, le processus de la gestion intégrée est l'une des réponses d'encadrement de l'eau à l'échelle internationale. Prôner la coopération permet d'établir la somme des intérêts privés, étatiques et de l'intérêt de la population mondiale, pour ne pas dire de l'intérêt général mondial. Ensuite, une organisation mondiale de l'eau serait une réponse à la fragmentation mais peut avoir un effet pervers. La multiplication d'institutions spécialisées fait partie intégrante du processus de fragmentation. Si la fragmentation normative reste un risque, la fragmentation institutionnelle peut conduire à des décisions contradictoires et renforcer les difficultés de coordination juridictionnelle. Enfin, l'intégration d'instruments de protection des droits humains qui s'adapterait au droit à l'eau dans la sphère économique est intéressante mais insuffisamment fonctionnelle comme le montrent les récentes jurisprudences relatives à la technique des exceptions ou encore du recours aux circonstances excluant l'illicéité.

Chapitre 2.- L'exigence d'une adaptation de la norme alimentaire dans le droit international des investissements

572. Si la norme alimentaire détient un potentiel d'intégration dans la sphère des investissements internationaux, jusqu'alors, elle semble plutôt inadaptée et mal reçue par ce milieu. Pour autant, des mouvements et des mécanismes dans le droit sur le plan substantiel (Section 1) et procédural (Section 2) pourraient aider à sa mise en oeuvre et rendre à terme le droit international des investissements plus perméable à la norme alimentaire.

Section 1.- L'adaptation par le droit substantiel

573. L'étude des interactions de la sécurité alimentaire et des investissements révèle l'efficacité limitée des instruments de protection alimentaire (§1) et la nécessité de s'ouvrir à d'autres qualifications juridiques certainement plus adaptées (§2).

§ 1.- L'application limitée des instruments de protection alimentaire dans le droit international des investissements

574. L'exception alimentaire (A) et l'état de nécessité alimentaire (B) constituent deux instruments juridiques susceptibles de transpercer la façade des investissements internationaux au service de la sécurité alimentaire. Demeurant confrontés à certaines difficultés, ces deux outils ne peuvent pas se mettre pleinement en oeuvre dans le droit international des investissements.

A.- L'exception alimentaire dans le droit international des investissements

575. De manière générale, une exception est ce qui n'entre pas dans le champ commun. Devons-nous considérer que l'eau, la terre et les aliments devraient par essence ne pas tomber sous le coup des règles ordinaires du champ commercial ? Pour l'heure, il n'en est rien. Bien sûr, la considération que l'eau, la terre et les aliments ne sont pas des marchandises ordinaires a fait son chemin¹³³⁵. Certains Etats reconnaissent cette caractéristique exceptionnelle. Rappelons par exemple que la directive établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau,

¹³³⁵ F. COLLART DUTILLEUL, « Proposition pour la reconnaissance internationale d'une "exception alimentaire" sur le modèle de l'exception culturelle », in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire (vol. I)*, Inida, 2013, p. 13.; K. NURM, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « L'accaparement des terres: une sonnette d'alarme pour l'Europe et une menace imminente pour l'agriculture familiale », (avis d'initiative)NAT/632 – EESC-2014-00926-00-00-AC-TRA (EN) 4/16, Bruxelles, 21 janvier 2015, p. 3.

insiste sur le fait que celle-ci n'est pas un « *bien marchand comme les autres*¹³³⁶ ». Dès lors, penchons-nous sur l'exception alimentaire, d'une part sur le modèle de l'exception culturelle - [Programme Lascaux] (1°) puis, d'autre part, sur le fondement des exceptions générales (2°).

1°) L'exception alimentaire sur le modèle de l'exception culturelle¹³³⁷ - Programme Lascaux.

576. « *Il y a une certaine contradiction, à la fois éthique et économique, à admettre que les produits culturels, qui sont nécessaires à la vie de l'esprit humain, puissent bénéficier d'une « exception » dans le système du libre-échange mondial, sans admettre au moins l'équivalent d'une « exception alimentaire » pour les produits agricoles de base dont dépend la vie physique de chaque être humain*¹³³⁸ ».

577. Principe. Le Professeur François Collart Dutilleul a proposé que l'exception alimentaire bénéficie de règles spécifiques sur le modèle de l'exception culturelle¹³³⁹. Cette exception a pris naissance lors des négociations de l'Uruguay Round au cours de l'année 1993 et avait pour finalité de préserver les biens et services culturels des règles du commerce international. Sur le fondement de cette exception, chaque Etat reste libre de la politique qu'il entend conduire en matière culturelle et audiovisuelle. Cela signifie que les produits issus de la culture ne sont pas des marchandises comme les autres. Sur ce modèle, l'idée que les produits alimentaires ne sont pas des marchandises ordinaires suppose qu'ils fassent l'objet d'un traitement particulier dans la sphère du commerce international et des investissements internationaux¹³⁴⁰. Le Programme Lascaux a envisagé une Convention sur la réalisation de la sécurité alimentaire et sur la préservation de la biodiversité agricole en s'appuyant sur le modèle de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptées en 2005¹³⁴¹. La constitution de cette Convention sur la réalisation de la sécurité alimentaire reste une illustration exceptionnelle du phénomène d'élévation des normes alimentaires.

¹³³⁶ Directive n°2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, 23 octobre 2000.

¹³³⁷ L'expression de l'exception culturelle désigne de manière générale le moyen pour parvenir à la diversité culturelle. Pour une étude détaillée de l'exception culturelle. Voy. p.ex. I. BERNIER, M. RABOY, D. ATKINSON, F. SAUVAGEAU, *Développement culturel et mondialisation de l'économie; un enjeu démocratique*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture (IQRC), 1994 ; D. TURP, *La contribution du droit international au maintien de la diversité culturelle*, RCADI, t. 363, 2013, pp. 345-453; S. REGOURD, *L'exception culturelle*, Puf, 2004 ; I. BERNIER, H. RUIZ-FABRI, *Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*, étude préparée pour le compte du Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Québec, 2002. Disponible en ligne : http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/pdf/106145_faisabilite.pdf le 20 juin 2017.

¹³³⁸ François COLLART DUTILLEUL, « Proposition pour la reconnaissance internationale d'une "exception alimentaire" sur le modèle de l'exception culturelle ». François Collart Dutilleul (dir.). *Penser une démocratie alimentaire* (vol. I), Inida, 2013, p. 13.

¹³³⁹ F. COLLART DUTILLEUL, *op.cit.*, pp. 13-43.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p.13.

¹³⁴¹ *Ibid.* pp. 13-43.

578. L'article premier énonce les objectifs du projet de la Convention tandis que l'article 2 précise les principes directeurs à l'image de la Convention de protection et de promotion de la diversité des expressions culturelles. La Convention a pour but la protection et promotion du droit à l'alimentation, ainsi que la garantie de la sécurité alimentaire (article 1a). Il s'agit d'offrir des conditions pour l'épanouissement des diverses formes d'agriculture (article 1b) et d'encourager le dialogue, d'assurer l'équilibre commercial entre les pays en prenant en considération les contraintes géographiques et climatiques (article 1c). La promotion de la diversité agricole est une ligne directrice à l'échelle locale, nationale et internationale (article 1e) et les liens entre l'agriculture, la sécurité alimentaire et le développement sont réaffirmés dans cette Convention (article 1f). La reconnaissance de la nature spécifique des activités, biens et services agricoles et alimentaires comme une nécessité de la vie doit être établie (article g). Pour finir, les Etats souverains peuvent mettre en œuvre les mesures jugées adaptées à la réalisation de la sécurité alimentaire et doivent assurer la préservation de la biodiversité agricole en rapport avec les contraintes auxquelles ils sont soumis (article 1h).

579. Huit principes directeurs pour la réalisation de la sécurité alimentaire sont développés sur le modèle de l'exception culturelle¹³⁴² : 1. Le principe du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; 2. Le principe de souveraineté ; 3. Le principe de l'égalité et du respect de toutes les formes d'agriculture et d'alimentation ; 4. Principe de solidarité et de coopération internationales ; 5. Le principe de la complémentarité des aspects économiques et sociaux du développement ; 6. Principe de développement durable ; 7. Le principe d'accès équitable ; 8. Le principe d'ouverture et d'équilibre. L'intégralité des articles repose sur le modèle de l'exception culturelle et offre une vision de ce qu'aurait pu être la spécificité agricole si la Charte de la Havane avait été ratifiée¹³⁴³.

580. Dans le cadre des investissements internationaux, les Etats peuvent parfaitement décider d'exclure du champ d'application d'un traité certains investissements pour leur accorder une protection particulière comme celle dont bénéficient les produits culturels. Certains traités bilatéraux d'investissement offrent une illustration dans ce domaine. Prenons l'exemple du Canada qui comme la France est un fervent défenseur de l'exception culturelle. Cet Etat a intégré dans ses traités des mesures de protections culturelles et a réussi à négocier une « exemption culturelle » dans l'accord de libre-échange conclu avec les Etats-Unis en 1988¹³⁴⁴ qui est reprise dans l'ALENA. Cependant, il

¹³⁴² *Ibid.*

¹³⁴³ *Ibid.*, p.14.

¹³⁴⁴ La clause d'exemption culturelle de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique en 1988 à l'article 2005 précisait que : « 1. Les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord, sauf stipulation expresse à l'article 401 (élimination des droits de douane), au paragraphe 4 de l'article 1607

convient de nuancer le propos. Le Canada a bien réussi à protéger son industrie culturelle, mais non pas à n'importe quel prix puisqu'une contrepartie est imposée. Si le Canada devait invoquer l'exception culturelle, des mesures de rétorsions économiques pourraient être prises dans le but de compenser les pertes subies.

581. Dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement, des mesures de protections culturelles sont intégrées. Par exemple, l'article VI-3 du traité entre le Canada et l'Arménie énonce que les investissements opérés dans les industries culturelles « sont soustraits aux dispositions¹³⁴⁵ » :

« Les investissements effectués dans les industries culturelles sont soustraits aux dispositions du présent Accord. L'expression « industries culturelles » désigne les personnes physiques et les entreprises qui se livrent aux activités suivantes :

- a la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux sous forme imprimée ou exploitable par machine, mais non l'activité consistant uniquement à les imprimer ou à les composer;
- b la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo;
- c la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo;
- d l'édition, la distribution, la vente ou la présentation de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine; ou
- e les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite ».

L'exception alimentaire s'avère en contradiction avec deux droits essentiels de l'investisseur: le principe de la nation la plus favorisée et le principe du traitement national. En effet, le principe de la nation la plus favorisée impose l'absence de discrimination dans le cadre des investissements internationaux sur le fondement des accords d'investissement. Le principe du traitement national oblige les États à réserver un traitement identique aux opérateurs étrangers et aux nationaux¹³⁴⁶. Pour autant, la mise en œuvre d'une exception alimentaire permettrait aux États d'exercer leur liberté normative en prévenant l'investisseur de la primauté de la sécurité alimentaire des populations sur l'investissement.

582. Les limites. Tout d'abord, intéressons-nous aux limites de l'exception culturelle pour saisir les difficultés de mise en œuvre que pourrait rencontrer l'exception alimentaire. La première

(cession forcée d'une acquisition directe) et aux articles 2106 et 2107 du présent chapitre. 2. Malgré les autres dispositions du présent accord, chaque Partie pourra prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1. »

¹³⁴⁵ Article VI-3, Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers Canada-Arménie, entrée en vigueur le 29 mars 1999.

¹³⁴⁶ Voy. sur la question de l'exception alimentaire et ces mêmes principes dans le commerce international. C. BERNAULT, « Les défis de la protection et la promotion de la spécifié agricole. Réflexions sur une "exception alimentaire" à l'image de l'exception agricole », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, pp. 70-71.

limite à l'exception culturelle et non des moindres demeure son absence de reconnaissance par l'OMC¹³⁴⁷. Des exceptions générales au règles du libre-échange sont établies, mais le secteur culturel n'apparaît pas cité. En revanche, certains Etats ont refusé de procéder à une libéralisation dans ce domaine pour garder la main mise sur leurs politiques culturelles et audiovisuelles comme la France. D'autres Etats ont fait entrer les biens et les services culturels dans le champ de l'OMC en démontrant que tous ne sont pas logés à la même enseigne. Les Etats-Unis ont largement contribué à cette situation en faisant pression sur les nouveaux entrants à l'OMC afin qu'ils libéralisent ce secteur. Cet Etat n'a jamais caché son opposition aux restrictions du commerce et des investissements concernant les biens culturels¹³⁴⁸. Les Etats souhaitant intégrer l'Organisation devaient généralement renoncer à l'exception culturelle comme l'Arménie ou la Georgie. Dès lors, on observe une application variable de l'exception culturelle selon la force de négociation de l'Etat et une absence d'harmonisation des règles internationales dans le secteur culturel¹³⁴⁹. Cette faiblesse n'épargnerait pas non plus l'exception alimentaire. Le dernier point est l'absence de solutions prévue par la Convention de 2005 si un conflit de normes devait surgir avec un traité d'investissement¹³⁵⁰. Or, dans le cadre des croisements entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux, le point central reste les incertitudes sur la place de l'eau, de la terre et des aliments face à l'absence de solutions harmonieuses lors des conflits de normes. Les risques d'une comparaison entre la culture et l'agriculture ont été soulevés. Il faut noter que les produits agricoles font l'objet d'un traitement spécifique dans le cadre de l'OMC via l'Accord sur l'agriculture, à la différence des produits et services culturels¹³⁵¹. Ce traitement spécifique n'enlève en rien l'insuffisance de considération de la sécurité alimentaire au sein des accords de l'OMC comme des accords sur les investissements mais prouve pour certains qu'ils faudrait davantage se pencher sur la diversité des produits et des modes de production agricole et alimentaire plutôt que sur une exception alimentaire qui n'a pas été retenue lors des négociations au sein de l'OMC¹³⁵².

583. Ainsi, malgré l'exception dont bénéficie le secteur culturel, ce mécanisme reste fragilisé. Pour preuve, les Etats-Unis ne cessent de demander la renégociation des accords de libre-échange et il ne fait nul doute que la protection culturelle devra à nouveau être réaffirmée si l'on souhaite qu'elle

¹³⁴⁷ Voy. C. BERNAULT, « Les défis de la protection et la promotion de la spécificité agricole », *op. cit.*, p. 72.

¹³⁴⁸ Voy. p.ex. L. MAYER-ROBITAILLE, « L'impact des accords de libre-échange américains sur le statut juridique des biens et services culturels », *AFDI*, 2004, Vol 50, num 1, pp. 715-730.

¹³⁴⁹ Voy. C. BERNAULT, « La protection et la promotion de la spécificité agricole et alimentaire par référence à l'exception culturelle ». Séminaire organisé par le programme Lascaux et le Centre d'étude en droit économique de l'Université de Laval, Québec, Sept 2011, Québec, Canada, p. 3.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁵¹ G. PARENT, « La diversité agricole et alimentaire et l'OMC », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 90.

¹³⁵² *Ibid.*, pp. 92-94.

conserve son statut dérogatoire au sein de la sphère économique. D'un côté, on peut présager un avenir sombre pour l'exception alimentaire sur le modèle de l'exception culturelle au regard des limites et de la relativité de cette dernière, mais de l'autre, il reste difficile de nier que la protection dont bénéficie le secteur culturel, non sans mal, face aux principes du libéralisme, prend les allures d'un privilège dont l'alimentation aurait grand besoin.

2°) L'exception alimentaire sur le fondement des exceptions générales

584. Exceptions et commerce international. Les accords d'investissement internationaux contiennent souvent des dispositions dérogatoires sur le modèle des exceptions générales prévues par le commerce international. La technique des exceptions porte atteinte à la protection accordée à l'investisseur. Elle est utilisée dans le cadre des accords d'investissements internationaux ou encore de l'OMC. Il s'agit d'intégrer des clauses d'exception générales prenant en compte l'intérêt général des populations au détriment des droits et intérêts privés des investisseurs lorsque la situation l'impose. Toutefois, l'emploi de cette technique n'est pas fréquent dans la sphère des investissements internationaux. Certains ont d'ailleurs soulevé son inadaptabilité¹³⁵³, certainement en raison des exigences strictes¹³⁵⁴ nécessaires et légitimes à leur application. En effet, la mise en œuvre de l'exception ne doit pas relever d'une pratique arbitraire, ou s'avérer être une restriction déguisée au commerce international. L'article XX du GATT¹³⁵⁵ prévoit une liste d'exceptions aux règles du libéralisme et reconnaît « *l'existence d'intérêts légitimes à côté des valeurs du commerce*

¹³⁵³ Au sujet de l'insertion de clauses environnementales dans les accords d'investissements. V. S. ROBERT-CUANDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, thèse Paris 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, spec. pp. 47-53.

¹³⁵⁴ S. ROBERT-CUANDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, thèse, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 49.

¹³⁵⁵ Article XX: Exceptions générales du GATT : « *Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : a) nécessaires à la protection de la moralité publique; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; (...) g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales; (...) i) comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la non-discrimination; j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les PARTIES CONTRACTANTES examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa ».*

*internationale*¹³⁵⁶ ». Cette clause prévoit des exceptions générales et permet aux Etats d'échapper à leur responsabilité internationale si les mesures prises relèvent d'un intérêt supérieur¹³⁵⁷. En principe, chaque Etat membre de l'OMC peut affirmer ses objectifs environnementaux, sanitaires et alimentaires. Ainsi, « *la technique de l'exception permet à un droit, mis en exergue par son statut spécifique, de chasser une obligation qui autrement empêcherait l'exercice de ce droit*¹³⁵⁸ ».

585. A côté du GATT, l'Accord sur l'agriculture énonce dans son Préambule que « *les engagements au titre du programme de réforme devraient être pris de manière équitable par tous les membres, eu égard aux considérations autres que commerciales, y compris la sécurité alimentaire et la nécessité de protéger l'environnement* ». Cela signifie que l'OMC a bien conscience des enjeux du commerce international face aux valeurs extra-économiques. Ces dernières années, elle s'est engagée dans une politique de rapprochement entre la sécurité alimentaire et le commerce international. A ce titre, lors de la dixième conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Nairobi, en, 2015, l'Organisation a adopté une décision de protection alimentaire sur un mécanisme de sauvegarde spéciale (MSS)¹³⁵⁹. Certains pays en développement ont défendu l'idée d'un mécanisme correctif aux règles commerciales pour limiter les risques de volatilité des prix et rééquilibrer les distorsions produites par le commerce de produits agricoles. Il s'agit d'autoriser les pays en développement à élever temporairement les tarifs sur les produits agricoles dans des circonstances particulières comme la poussée des importations ou une baisse des prix. Un des autres mécanismes de protection alimentaire qui affecte les règles de libre-échange est la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire¹³⁶⁰. Les programmes de détention des stocks publics visent à soutenir les pays en développement dans l'achat de produits alimentaires à des prix administrés en vertu de la sécurité alimentaire. L'ensemble de ces mesures faussent les règles du libre-échange et révèlent la capacité de la sphère économique à prendre en considération les valeurs alimentaires. Dès lors, si l'exception alimentaire n'est pas opérante dans le droit du commerce international et dans le droit international des investissements, des prémices commencent à voir le jour. Les effets sur les investissements sont considérables, car ce secteur s'inspire et se nourrit des règles du commerce international. Bien qu'utopique pour l'instant, cela constitue une porte ouverte à destination de l'intégration des considérations alimentaires dans les accords d'investissement.

¹³⁵⁶ Voy. sur ce point R. WITMEUR, « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *RIDE*, 2012/3 (t. XXVI), p. 240.

¹³⁵⁷ Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2017, pp. 409-418, spec. p. 409.

¹³⁵⁸ S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁵⁹ Mécanisme de sauvegarde spéciale (MSS) en faveur des pays en développement membres adopté lors de la dixième conférence ministérielle de l'OMC, décision du 19 décembre 2015, Nairobi. (WT/MIN(15)/43).

¹³⁶⁰ Décision sur la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire, adopté lors de la dixième conférence ministérielle de l'OMC, décision du 19 décembre 2015, Nairobi, WT/MIN(15)/44

586. Concernant la mise en œuvre d'une exception alimentaire au sein des investissements internationaux, le mécanisme est plus complexe à appliquer qu'il n'y paraît. Tout d'abord, l'article XI-2 a) de l'Accord sur l'agriculture prévoit une disposition dérogatoire au paragraphe premier qui proscrit les restrictions et prohibitions quantitatives des produits agricoles. Dans certaines circonstances, les restrictions et prohibitions sont autorisées notamment celles à « *l'exportation appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation* ». Ensuite, l'article 12 du même accord encadre les prohibitions et restrictions à l'exportation en prenant soin de préciser les effets que de telles mesures risquent d'engendrer sur la sécurité alimentaire des autres membres¹³⁶¹. Enfin, dans l'hypothèse où les dispositions seraient insuffisantes, rien n'empêche d'envisager que les exceptions générales prévues par le GATT ne puissent s'appliquer dans le domaine alimentaire¹³⁶².

587. L'article XX du GATT prévoit la protection de la moralité publique (paragraphe a), de la santé, de la vie des personnes, des animaux, à la préservation des végétaux (paragraphe b), et la protection des ressources naturelles épuisables (paragraphe g). L'article XX précise également que des mesures restrictives peuvent être prises si :

elles sont « essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits (...) » (paragraphe J).

Dans cette hypothèse, des mesures prises pour lutter contre une crise alimentaire d'une particulière gravité pourraient certainement entrer dans le champ de protection des exceptions générales¹³⁶³. L'article XXI du même accord dispose que les Etats peuvent prendre des mesures nécessaires à la

¹³⁶¹ Partie VI: Article 12 de l'Accord sur l'agriculture : Disciplines concernant les prohibitions et restrictions à l'exportation.

1. Dans les cas où un Membre instituera une nouvelle prohibition ou restriction à l'exportation de produits alimentaires conformément au paragraphe 2 a) de l'article XI du GATT de 1994, il observera les dispositions ci-après:

a) le Membre instituant la prohibition ou la restriction à l'exportation prendra dûment en considération les effets de cette prohibition ou restriction sur la sécurité alimentaire des Membres importateurs;

b) avant d'instituer une prohibition ou une restriction à l'exportation, le Membre informera le Comité de l'agriculture, aussi longtemps à l'avance que cela sera réalisable, en lui adressant un avis écrit comprenant des renseignements tels que la nature et la durée de cette mesure, et procédera à des consultations, sur demande, avec tout autre Membre ayant un intérêt substantiel en tant qu'importateur au sujet de toute question liée à ladite mesure. Le Membre instituant une telle prohibition ou restriction à l'exportation fournira, sur demande, audit Membre les renseignements nécessaires.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas à un pays en développement Membre, à moins que la mesure ne soit prise par un pays en développement Membre qui est exportateur net du produit alimentaire spécifique considéré.

¹³⁶² Voy. C. JOURDAIN-FORTIER, E. LOQUIN, « Droit du commerce international et sécurité alimentaire », *RIDE*, 2012/4 (t. XXVI), pp. 45- 46.

¹³⁶³ *Ibid.*

protection de la sécurité nationale. Dès lors, l'interprétation des dispositions d'exception générales est primordiale. Une interprétation stricte pourrait conduire à laisser le commerce international primer l'ensemble des valeurs non marchandes au détriment des souverainetés étatiques¹³⁶⁴ tandis qu'une interprétation souple risquerait de multiplier de manière excessive la revendication des exceptions¹³⁶⁵. Pour l'heure, si ces dispositions visent à protéger des valeurs extra-économiques, les considérations au sein du système de l'OMC restent insuffisantes. La place de l'environnement comme de la santé reste encore faible¹³⁶⁶ et certains ont dénoncé le fait que l'effectivité des exceptions environnementales et sanitaires ne relèverait que de l'apparence¹³⁶⁷. Pour autant, une jurisprudence sur les exceptions générales s'est développée au sein de l'OMC¹³⁶⁸. La santé et l'environnement sont susceptibles d'être des portes d'entrée pour le droit de la sécurité alimentaire dans le droit des investissements et de manière générale dans le droit du commerce international.

588. Reprise des exceptions dans les investissements internationaux. Certains traités bilatéraux d'investissement reprennent ces exceptions générales avec des termes similaires. Par exemple, l'article 10 du traité bilatéral d'investissement entre le Canada et le Pérou¹³⁶⁹ énonce dans sa disposition nommée « Exceptions générales » que :

« 1. À condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires :

- a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux;
- b) à l'exécution de lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord;
- c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non biologiques ».

¹³⁶⁴ R. WITMEUR, « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *RIDE*, 2012/3 (t. XXVI), p. 241.

¹³⁶⁵ *Ibid.*

¹³⁶⁶ J.-J. ANDELA, « L'article XX du GATT de 1994 dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC : une analyse sous le prisme environnemental », *RQDI*, vol. 25.1, 2012, pp. 1-28.

¹³⁶⁷ U. CHOQUET, *Les exceptions environnementales et sanitaires dans la jurisprudence de l'OMC*, Thèse Nice, 2015.

¹³⁶⁸ Voy. par ex. *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998 ; *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et anciennes formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996 ; *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001. Voy. aussi les rapports des Groupes spéciaux (GATT de 1947) : *Canada - Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés*, L/6268 — 35S/106, adopté le 22 mars 1988 ; *Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, DS10/R, adopté le 7 novembre 1990. *États-Unis - Restrictions à l'importation de thon (Plainte de la Communauté économique européenne)*, GATT DS29/R, distribué le 16 juin 1994.

¹³⁶⁹ Accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers Canada-Pérou, entré en vigueur le 20 juin 2007.

D'autres traités conclus avec le Canada reconnaissent dans les mêmes termes ces exceptions générales comme celui avec la Tanzanie¹³⁷⁰. Les exemples peuvent se multiplier. On observe aussi l'intégration de normes relatives à la santé, la sécurité et l'environnement dans certains traités qui pourraient servir de base de protection aux produits alimentaires sur le fondement du droit de la santé ou du droit de l'environnement. Ainsi, l'article 15 du traité bilatéral d'investissement entre le Canada et Hong Kong¹³⁷¹ énonce dans sa disposition nommée « Mesures relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement » que :

« Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant leurs mesures qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, aucune des Parties ne devrait renoncer ou déroger de quelque autre manière, ni offrir de renoncer ou de déroger de quelque autre manière, à de telles mesures afin d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien dans sa zone d'un investissement d'un investisseur. Si une Partie estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement, elle peut demander la tenue de consultations avec cette autre Partie, et les deux Parties se consultent en vue d'empêcher l'encouragement ».

589. A l'image des exceptions en matière d'environnement et de santé, serait-il envisageable d'adopter des exceptions alimentaires dans les traités bilatéraux d'investissement ? Tout d'abord, on pourrait penser qu'en se fondant sur les exceptions relatives à l'environnement et à la santé, la sécurité alimentaire étendrait jusqu'à elle la protection. On peut aussi imaginer que l'environnement et la santé viennent au secours de la sécurité alimentaire. En revanche, concernant le droit d'accès aux ressources et le droit à une répartition équitable, c'est-à-dire la dimension quantitative de la sécurité alimentaire, les exceptions environnementales ne peuvent que peu de choses. En effet, ces exceptions s'intéressent à la dimension qualitative de la sécurité alimentaire (par exemple le critère de la durabilité¹³⁷²) même si elles sont susceptibles d'engendrer des effets sur la dimension quantitative. Par exemple, l'exception environnementale ne répond pas aux enjeux liés à la répartition inéquitable de la sécurité alimentaire. Si bien que l'intégration d'une exception alimentaire sur le fondement des exceptions générales, constitue une voie intéressante en vue d'obtenir une effectivité de la sécurité alimentaire sous toutes ces formes (quantitative et qualitative) dans le droit international des investissements. Les exceptions générales relatives à la moralité publique et à la sécurité sont aussi intéressantes. Est-il possible de justifier l'emploi de mesures restrictives sur les fondements de la moralité publique ou de la sécurité nationale alors qu'un Etat est confronté à une crise alimentaire grave ? Rien ne semble pouvoir empêcher l'emploi de ces mesures par un Etat dans des circonstances particulières. Dans le cadre des investissements internationaux, c'est la question du caractère *self judging* de ces

¹³⁷⁰ Article 17, Accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers Canada-Tanzanie, entré en vigueur le 09 décembre 2013.

¹³⁷¹ Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements, entrée en vigueur le 06 septembre 2016.

¹³⁷² *Supra* § 371 et s.

dispositions¹³⁷³. Les Etats invoquent souvent le caractère *self judging* des normes en vue de protéger leur intérêt. L'argument demeure que les juges ne pourraient pas opérer un contrôle substantiel de ces dispositions dans la mesure où elles restent à l'appréciation discrétionnaire des États¹³⁷⁴. Le Professeur Arnaud De Nanteuil a précisé que si l'Etat prend la précaution de préciser qu'il peut prendre « les mesures qu'il juge nécessaires¹³⁷⁵ », alors, il pourra décider des mesures restrictives nécessaires. Dans ce sens, il pourra juger les mesures qu'il juge nécessaires à la sécurité alimentaire de sa population. En revanche, une clause indiquant que l'Etat peut « *prendre les mesures nécessaires*¹³⁷⁶ » ne présente pas de caractère de *self judging* et sera susceptible de faire échouer la mise en œuvre d'une exception. Un tribunal arbitral est susceptible d'apprécier le caractère *self judging* d'une clause. Dans *l'affaire CMS c. Argentine*¹³⁷⁷, le tribunal a estimé que la clause de l'article XI du traité entre l'Argentine et les Etats-Unis¹³⁷⁸ n'était pas une clause *self judging* tout en concédant que dans une situation d'urgence, l'Etat pouvait prendre des mesures qu'il jugeait appropriées¹³⁷⁹.

590. Ainsi, un sursaut de certains pays est constaté concernant l'intégration des valeurs extra-économiques dans les accords d'investissement, notamment dans le cadre des nouveaux accords. Toutefois, cette tendance ne concerne pas tous les d'Etats. Cette volonté d'affirmer l'économie verte pourrait transformer la mise en œuvre de la sécurité alimentaire si celle-ci saisisait les opportunités qui s'offrent à elle, notamment à travers la voie du droit de l'environnement. Pour l'heure, si la réalisation de la sécurité alimentaire est souvent « *sous-entendue*¹³⁸⁰ » dans les accords environnementaux, les mesures alimentaires n'y sont pas pour autant intégrées explicitement. Dès lors, il apparaît souhaitable de compléter les normes environnementales afin de permettre la réalisation de la sécurité alimentaire par son biais¹³⁸¹.

591. Finalement, soit l'on complète les dispositions des exceptions environnementales et sanitaires pour donner effet à la sécurité alimentaire sous toutes ses formes dans le droit international

¹³⁷³ Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2017, p. 412.

¹³⁷⁴ Voy. S. CASSELLA, *La nécessité en droit international, De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 208.

¹³⁷⁵ Voy. A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 412.

¹³⁷⁶ *Ibid.*

¹³⁷⁷ CIRDI, *CMS c. Argentine*, aff. n° ARB/01/8, Sentence du 12 mai 2005.

¹³⁷⁸ Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment, Signed November 14, 1991; Entered into Force October 20, 1994. Article XI : « This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests ».

¹³⁷⁹ *CMS c. Argentine*, *op. cit.*, § 373.

¹³⁸⁰ A propos de l'accord de Paris. Voy. T. BRÉGER et F. COLLART DUTILLEUL, « Droit commercial : pour une exception alimentaire », *Revue Projet*, vol. 353, no. 4, 2016, p. 65.

¹³⁸¹ T. BRÉGER et F. COLLART DUTILLEUL, « Droit commercial : pour une exception alimentaire », *op. cit.*, p. 65.

des investissements soit l'on s'appuie sur des notions générales et flexibles comme celles de la moralité publique ou de la sécurité afin d'étendre la protection alimentaire. En d'autres termes, on se repose sur l'ordre public pour justifier les restrictions aux investissements internationaux au nom de la sécurité alimentaire. Cela soulève l'idée « *d'un ordre public alimentaire*¹³⁸² ». Enfin, il n'est pas inimaginable d'intégrer directement une exception alimentaire dans les traités pour répondre aux enjeux actuels et prévenir les éventuels conflits de normes qui risquent de se multiplier face à la rareté des ressources. Dès lors, l'invocation de l'exception alimentaire serait un premier pas. Mais elle ne suffit pas en l'absence d'une norme alimentaire inconsistante et de situations d'insécurité alimentaires non appréhendées. Si une exception alimentaire devait être intégrée dans les accords d'investissement internationaux, il faudrait en préciser la substance. Dès lors, les quatre critères de la sécurité alimentaire : répartition équitable, accessibilité, durabilité, et critère culturel, pourraient servir de grille de lecture en vue de justifier l'invocation par un État d'une telle exception dans le droit international des investissements.

B.- L'application incertaine de l'état de nécessité alimentaire dans le droit international des investissements

592. « *Le désir légitime de l'arbitre d'invoquer un consensus objectivement constaté, plutôt que sa propre subjectivité, n'est (...) pas toujours réalisable*¹³⁸³ ».

593. La violence des crises économiques dans le monde et les mesures d'urgence prises par les Etats ont fragilisé l'investissement et attisé un climat de défiance dans certaines zones. Ces dernières années, les dispositions protectrices contenues dans les traités bilatéraux d'investissement se sont opposées à la sécurité nationale de certains Etats. Les mesures d'urgence prises par l'Argentine dans les années 2000 pour faire face à la crise économique et sociale ont dévalorisé l'investissement et entraîné la multiplication des procédures en arbitrage. Dans l'affaire *Aguas Argentinas*¹³⁸⁴, les investisseurs invoquaient une violation de leurs droits tandis que l'Argentine opposait l'état de nécessité au nom du droit d'accès à l'eau de sa population. Nous avons vu précédemment que l'interprétation de l'état de nécessité avait conduit à des décisions contradictoires en droit international des investissements¹³⁸⁵. Si l'application de l'état de nécessité est variable, c'est certainement que son identification reste complexe. Dès lors, après avoir détecté les fondements de cette notion en regard de la sécurité alimentaire, il conviendra de déterminer les limites de sa mise en

¹³⁸² J.-B. RACINE, « L'ordre public alimentaire », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 134.

¹³⁸³ P. MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Études offertes à Pierre Bellet, Litec*, 1991, p. 395.

¹³⁸⁴ CIRDI, *Aguas Argentinas c. Argentine*, aff. n°ARB/03/19, Décision sur responsabilité, 30 juillet 2010.

¹³⁸⁵ *Supra* § 172 et s.

œuvre afin de saisir si ce mécanisme est susceptible de contribuer à la protection de la sécurité alimentaire dans le cadre des investissements internationaux¹³⁸⁶.

1°) L'identification de l'état de nécessité alimentaire dans le droit international des investissements

594. L'état de nécessité révèle « *la confrontation du droit de l'investisseur aux droits de l'homme*¹³⁸⁷ ». Il fait partie des six circonstances excluant l'illicéité prévue par la Commission du droit international¹³⁸⁸ (CDI) à l'article 25 au côté du consentement (article 20), de la légitime défense (article 21), des contre-mesures (article 22), de la force majeure (article 23), et de la détresse (article 24). Ces exceptions ne sont pas spécifiques au droit international des investissements. En revanche la nécessité a soulevé des questions épineuses ces dernières années et impose une étude en regard de sa capacité à pouvoir renouveler les investissements internationaux. Elle s'est forgée une véritable place dans ce système et a été invoquée à plusieurs reprises lorsque les Etats n'étaient plus en mesure de respecter leurs obligations internationales contenues dans les traités bilatéraux d'investissements¹³⁸⁹. Cette notion est particulièrement intéressante puisqu'elle permet à l'Etat de s'exonérer de sa responsabilité internationale s'il parvient à prouver que son inexécution était nécessaire pour protéger un intérêt essentiel. Dès lors, la sécurité alimentaire pourrait primer les droits de l'investisseur sur le fondement de l'article 25 de la CDI lorsque l'Etat réunit l'ensemble des conditions exigées.

595. Tout d'abord, la place de l'état de nécessité en droit international ne s'est pas établie sous le prisme de l'évidence. Roberto Ago déclarait déjà en 1939 ce que devait être l'état de nécessité, à savoir, une circonstance excluant l'illicéité « *rigoureusement limité aux hypothèses où il existe*

¹³⁸⁶ Pour des études sur la question de l'état de nécessité dans le droit international des investissements, voy. p. ex : Ch. LEBEN, « L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement », *Les Cahiers de l'arbitrage*, n°2005/3, p.47-52 ; A. REINISCH, « Necessity in Investment Arbitration » in I. DEKKER, E. HEY (eds), *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 41, 2010, pp. 137-158 ; A. REINISCH, « Necessity in International Investment Arbitration, An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases ? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol 8, Iss. 2, 2007, pp. vii- 214, A.-K. BJORKLUND, « Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment : The State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness », in P.-T. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Ch. 12, 2008, 459 ; J.-E. VINALES, « State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law », *Law and Business Review of the Americas*, Vol 14, 2008, p. 79.

¹³⁸⁷ J. CAZALA, « Le respect des droits de l'homme comme justification de la violation d'un traité d'investissements », in W. BEN HAMIDA et F. COULÉE, *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'Homme : Une approche contentieuse*, Pedone, 2017, p. 321.

¹³⁸⁸ Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, Cinquante-sixième session, A/RES/56/83, 28 janvier 2002.

¹³⁸⁹ CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, aff. n°ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, aff. n°ARB/01/8, 2005 ; CIRDI, *LG&E Energie Corporation et consorts c. Argentine*, aff. n°ARB/02/01, 3 octobre 2006 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n°ARB/02/16, 2007 ; CIRDI, *Aguas Argentinas c. Argentine*, aff. n°ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010.

vraiment un danger grave et imminent pour l'existence même de l'Etat, non causé par cet Etat lui-même, et qui ne peut être évité par nul autre moyen¹³⁹⁰ ». Quarante années plus tard, il parvenait à convaincre de l'importance d'une intégration de cette notion lors des travaux de codification de la Commission du droit international¹³⁹¹ malgré des réticences¹³⁹². L'état de nécessité est susceptible d'être invoqué sous différentes formes : économiques et financière¹³⁹³, militaires¹³⁹⁴, écologiques¹³⁹⁵ ou alimentaires. Dans le cadre des investissements internationaux, la nécessité alimentaire n'est pas nommée. Pourtant, comme il existe un Accord sur l'Agriculture et des Accords sur les marchandises et les services au sein de l'OMC, le domaine alimentaire n'est pas un secteur comme les autres et doit répondre à des règles particulières. La nécessité de s'alimenter correspond à « un intérêt vital » pour les populations. Si une hiérarchie s'établissait entre « les intérêts essentiels » d'un Etat, il reste difficile de nier que « l'intérêt vital » des populations devrait être au sommet de la pyramide et correspond au degré le plus élevé de la nécessité pour l'Homme. Plus que la survie de l'Etat, c'est la survie des populations qui est visée lors de l'appréciation de la nécessité alimentaire.

Rappelons que l'état de nécessité en droit international des investissements est fondé sur l'article 25 de la CDI qui énonce que :

« 1. L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et
 b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou
 b) Si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation ».

¹³⁹⁰ R. AGO, « Les circonstances excluant l'illicéité », *RCADI*, t. 68, 1939, p. 545.

¹³⁹¹ Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats par Robert Ago, A/CN.4/318/Add.5-7(1980), *Annuaire de la C.D.I.*, 1980, vol. 2, A/CN.4/SER.A/1980/Add.1(partie.1), p. 50.

¹³⁹² Voy. Par ex. S. GLASER, « Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, n°6, 1952, p. 599 et s ; Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public* 4^e ed., Paris, Pedone, 1970, p. 314 et s ; M. SIBERT, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, t. I, pp. 236-237 cité dans *Annuaire de la Commission du droit international, Documents de la trente-deuxième session (non compris dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), 1980, Vol II, Voy. aussi. J. SALMON, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? » in J. MAKARCZYK (dir.), *Etudes de droit international en l'honneur du juge M. Lachs*, Nijhoff, Leiden/Boston, 1984, pp. 235-270.*

¹³⁹³ Voy. Atelier III. sur « La nécessité économique et financière » in *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble, SFDI, Pedone, Paris, 2007, pp. 349-375, spec. B. STERN, présentation, pp. 350-355; O. OSUNA, « L'apport de la jurisprudence internationale en matière de nécessité économique et financière avant 1945 », pp. 357-366; A. GESLIN, « Le Fond Monétaire International et la nécessité économique et financière : un système auto-référentiel », pp. 367-375.*

¹³⁹⁴ Ch. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *RGDIP*, t. XXIV, 1917, p. 74 ; C. Greenwood, « Historical development and legal basis », *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, textes rassemblés par D. Fleck, Oxford University Press, 1995, pp.30-33; Voy. Atelier II. sur « L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux », in *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble, SFDI, Pedone, Paris, 2007, pp. 307-348. Spec. H. ASCENSIO, présentation pp. 307-309; K. BANNELIER, « L'argument de la nécessité dans les procès suivi de la Seconde Guerre mondiale », pp. 311-323, R. MAISON, « 'purification éthique', état de nécessité », pp. 325-336, M. AILINCA, « La justification, devant le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de nécessité militaire pp. 337-348.*

¹³⁹⁵ Voy. P.-M. DUPUY, « L'invocation de l'état de nécessité écologique, Les enseignements tirés d'une étude de cas », in *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble, SFDI, Pedone, Paris, 2007, pp. 223-235.*

597. La condition de la protection d'un intérêt essentiel. La nécessité désigne « *l'existence d'un conflit insoluble, entre un intérêt essentiel, d'une part, et une obligation, d'autre part, de l'État invoquant l'état de nécessité*¹³⁹⁶ ». L'intérêt alimentaire correspond naturellement à un intérêt essentiel de l'Etat et plus spécifiquement à « *la survie alimentaire de sa population*¹³⁹⁷ ». Le caractère alimentaire et vital de l'intérêt essentiel ne suffit pas pour constituer un état de nécessité. Partant, si l'état de nécessité a été reconnu dans une affaire relevant du gaz¹³⁹⁸, il a été rejeté dans le domaine de la sécurité alimentaire¹³⁹⁹. S'agissant de la définition de l'intérêt essentiel, il n'en existe aucune. L'analyse de la jurisprudence internationale renseigne sur les intérêts jugés essentiels par les Etats : « *la survie économique, la survie alimentaire de la population, la sauvegarde de l'ordre écologique*¹⁴⁰⁰ ». L'évaluation du caractère essentiel dépend des circonstances dans lesquelles l'Etat invoque la nécessité, « *il doit donc être évalué par rapport au cas d'espèce dans lequel ledit intérêt entre en considération, et non pas déterminé au préalable dans l'abstrait*¹⁴⁰¹ ». Le choix de ne pas apporter de définition à l'intérêt essentiel permet une flexibilité dans son appréciation. En revanche, il est vecteur d'une multiplicité d'interprétation susceptible de conduire à des contradictions de décisions selon la qualification de ce qu'un intérêt essentiel doit être par les arbitres ou les juges.

598. La condition du péril grave et imminent. L'invocation de l'état de nécessité n'est recevable que si l'Etat justifie la violation de son obligation par la protection d'un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent. Toute la difficulté réside dans l'appréciation de la gravité de ce péril. La Commission du droit international a précisé que « *le péril doit être objectivement établi, la seule appréhension d'un péril possible ne pouvant à cet égard suffire. Outre qu'il doit être grave, le péril doit être imminent, c'est-à-dire présenter un caractère de proximité*¹⁴⁰² ». En revanche, si

¹³⁹⁶ Commentaire de l'article 25 des Articles adoptés par la Commission du droit international, paragraphe 2, *Annuaire de la Commission du droit international*, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Vol II, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001, p. 85.

¹³⁹⁷ La survie alimentaire est considérée comme un intérêt essentiel de l'Etat. Voy. Roberto Ago, Commentaire de l'article 25 in *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats*, *Annuaire de la Commission du droit international*, Documents de la trente-deuxième session (non compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), 1980, Vol II, p. 19.

¹³⁹⁸ *LG&E Energie Corporation et consorts c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI no ARB/02/01, 3 octobre 2006.

¹³⁹⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on liability, 30 juillet 2010.

¹⁴⁰⁰ Ces intérêts essentiels sont relevés par Roberto Ago, après avoir analysé les décisions judiciaires, arbitrales et les pratiques des Etats. Commentaire de l'article 25 in *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats*, *Annuaire de la Commission du droit international*, Documents de la trente-deuxième session (non compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), 1980, Vol II, p. 19.

¹⁴⁰¹ Commentaire de l'article 25 par R. AGO in *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats*, *Annuaire de la Commission du droit international*, Documents de la trente-deuxième session (non compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), 1980, Vol II, p. 19.

¹⁴⁰² Commentaire de l'article 25, *Annuaire de la Commission du droit international*, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001, Vol II, p. 88.

l'éventualité du péril est écartée, l'incertitude des données dans certains domaines fait relativiser l'exigence d'un péril imminent. C'est notamment le cas en matière environnementale¹⁴⁰³.

599. La condition du moyen unique. La condition du moyen unique signifie que la violation par l'Etat de son obligation doit être « le seul moyen » de protéger son intérêt essentiel contre le péril grave et imminent. Dans ce sens, « *l'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes*¹⁴⁰⁴ ». Sur ce point, les avis divergent et l'appréciation par le tribunal arbitral de la façon dont l'Etat entend mener sa politique alimentaire dépassent ses compétences¹⁴⁰⁵. Pourtant, cette appréciation est nécessaire pour déterminer si la voie empruntée par l'Etat était la seule disponible ou si au contraire, celui-ci pouvait entreprendre des mesures plus performantes qui auraient permis de sauvegarder ses intérêts. Dans cette hypothèse, le risque demeure que l'appréciation des mesures de sécurité publique menée par l'Etat revienne en fait à déterminer par une voie subjective si celui-ci a pris « les bonnes décisions ».

600. La condition de l'absence d'atteinte grave aux intérêts essentiels d'autres Etats. A l'origine, ce droit avait été élaboré pour s'appliquer aux relations interétatiques, et non aux relations entre un Etat et des personnes privées étrangères¹⁴⁰⁶. R. Ago avait précisé qu'un « *Etat fait valoir l'existence d'un intérêt dont l'importance est pour lui essentielle au point de devoir faire fléchir l'obligation qu'il aurait de respecter un droit subjectif déterminé d'un autre Etat, ce respect étant, en l'occurrence, incompatible avec la sauvegarde dudit intérêt*¹⁴⁰⁷ ». On observe la distinction opérée entre le droit et l'intérêt d'un Etat. En effet, l'auteur a indiqué que l'état de nécessité ne désigne pas « *deux droits qui entrent en conflit mais d'un côté un « droit » et de l'autre côté un simple « intérêt »*,

¹⁴⁰³ Commentaire de l'article 25, *op. cit.*, p. 89 : « *Il ne suffit pas, pour les besoins de l'alinéa a du paragraphe 1, que le péril soit simplement appréhendé ou qu'il ait un caractère éventuel. Mais force est d'admettre que sur les questions ayant trait, par exemple, à la conservation et à l'environnement ou à la sécurité de grands ouvrages, il existe souvent des incertitudes scientifiques, les spécialistes compétents pouvant avoir des avis divergents sur le point de savoir s'il y a péril ou dans quelle mesure le péril est grave ou imminent et si les moyens envisagés sont les seuls disponibles dans les circonstances* ».

¹⁴⁰⁴ Commentaire de l'article 25, *op. cit.*, p. 88.

¹⁴⁰⁵ Dans l'affaire CMS, le tribunal a d'ailleurs rappelé que « *The views of the parties and distinguished economists are wide apart on this matter, ranging from the support of those measures to the discussion of a variety of alternatives, including dollarization of the economy, granting of direct subsidies to the affected population or industries and many others. Which of these policy alternatives would have been better is a decision beyond the scope of the Tribunal's task, which is to establish whether there was only one way or various ways and thus whether the requirements for the preclusion of wrongfulness have or have not been met* », in CMS, *Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Sentence du 12 mai 2005, § 323..

¹⁴⁰⁶ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 13^e ed, pp. 796-798 ; Voy. aussi. F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », pp. 415-461 in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et droit de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.

¹⁴⁰⁷ Commentaire de l'article 25 par R. AGO in *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats, Annuaire de la Commission du droit international*, Documents de la trente-deuxième session (non compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), 1980, Vol II, p. 18.

*aussi vital soit-il*¹⁴⁰⁸ ». Dans l'hypothèse du droit international des investissements, l'application de l'article 25 de la CDI aux relations entre un Etat et une personne privée étrangère laisse sous-entendre que ce critère ne doit pas porter atteinte aux intérêts essentiels de l'investisseur¹⁴⁰⁹. Cette transposition n'a pas été reconnue dans l'ensemble de la jurisprudence arbitrale. A ce titre, dans l'affaire *Aguas argentinas*¹⁴¹⁰, le tribunal a estimé que l'Argentine n'avait pas porté une atteinte aux intérêts essentiels de la France, l'Espagne, le Royaume- Uni et la communauté internationale¹⁴¹¹ :

The second condition for the defense of necessity: Non-impairment of other States' essential interests. In failing to accord the Claimants' investments fair and equitable treatment, Argentina may have injured the Claimants' interests, but it is difficult to see how Argentina's actions impaired an essential interest of France, Spain, the United Kingdom, or the international community. The Tribunal therefore finds that Argentina has satisfied the second condition for the defense of necessity.

601. Dans l'affaire CMS, le tribunal a considéré que cette condition s'appréciait en regard des autres Etats et de la communauté internationale¹⁴¹² :

(...) For the purpose of this case, and looking at the Treaty just in the context of its States parties, the Tribunal concludes that it does not appear that an essential interest of the State to which the obligation exists has been impaired, nor have those of the international community as a whole. Accordingly, the plea of necessity would not be precluded on this count¹⁴¹³.

Dans l'affaire LG&E, les arbitres ont également apprécié cette condition en regard des autres Etats :

(...) It cannot be said that any other State's rights were seriously impaired by the measures taken by Argentina during the crisis (...) ¹⁴¹⁴.

Les arbitres appliquent la condition en regard des Etats concernés ainsi que de la communauté internationale et non des investisseurs. En revanche, dans les affaires *Sempra* et *Enron*, si les arbitres ont considéré qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à l'intérêt de la communauté internationale. Il ont souligné que l'intérêt essentiel des investisseurs serait compromis par la mise en oeuvre de l'état de nécessité¹⁴¹⁵ :

Be that as it may, in the context of investment treaties there is still the need to take into consideration the interests of the private entities who are the ultimate beneficiaries of those obligations, as was explained by the English court in the OPEC case noted above. The essential interest of the Claimant would certainly be seriously impaired by the operation of Article XI or a state of necessity in this case.

¹⁴⁰⁸ Commentaire de l'article 25 par R. AGO, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁰⁹ F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international de l'investissement de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 454.

¹⁴¹⁰ CIRDI, *Aguas Argentinas, c. Argentine*, aff. n° ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 261.

¹⁴¹¹ *Aguas Argentinas, c. Argentine*, § 26, cité dans F. LATTY, *op. cit.*, p. 454.

¹⁴¹² CIRDI, *CMS c. Argentine*, aff. n° ARB/01/8, Sentence du 12 mai 2005, § 325.

¹⁴¹³ *Ibid.*, § 358.

¹⁴¹⁴ CIRDI, *LG&E Energie Corporation et consorts c. Argentine*, affaire CIRDI no ARB/02/01, 3 octobre 2006, §257.

¹⁴¹⁵ CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, aff n°ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007 § 342; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff n°. ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, § 391.

Le tribunal a réadapté la condition de l'article 25 destiné à une application interétatique et l'a transposée à la relation Etat/investisseur. Cette approche a conduit à écarter l'argumentation de l'Argentine et a rejeté cette condition nécessaire à l'application de l'état de nécessité. Quel est l'intérêt essentiel d'un investisseur ? Est-ce le respect de son droit de propriété ? On peut y voir une absence d'atteinte à ses intérêts fondamentaux comme le fait de ne pas faire l'objet d'une discrimination raciale¹⁴¹⁶. Il faut opérer une distinction entre les intérêts et les droits. En effet, les droits des investisseurs seront toujours altérés lors de l'application de l'état de nécessité. Dans les affaires étudiées, les investisseurs ont d'ailleurs revendiqué une atteinte sur le fondement de leur droit de propriété. Dans son commentaire de l'article 25, Roberto Ago a confirmé l'analyse d'Alfred Verdross qui précisait que :

« l'état de nécessité [...] est caractérisé par le fait qu'un Etat, se trouvant en conflit entre la protection de ses intérêts vitaux d'une part, et le respect du droit d'autrui, d'autre part, viole le droit d'un Etat innocent pour se sauver¹⁴¹⁷ ». Dès lors, si l'on transpose cette citation à la relation Etat/investisseur, l'état de nécessité est caractérisé par le fait qu'un Etat, se trouvant en conflit entre la protection de ses intérêts vitaux d'une part, et le respect du droit d'autrui, d'autre part, viole le droit d'un investisseur innocent pour se sauver.

602. La condition de l'absence d'exclusion de l'état de nécessité par l'obligation internationale. La mise en œuvre de l'état de nécessité implique que l'obligation en question n'exclut pas la possibilité d'invoquer l'état de nécessité. Cette disposition vise surtout les domaines du droit humanitaire et des droits de l'Homme, certainement moins le droit économique ou le droit international des investissements¹⁴¹⁸.

603. La condition de l'absence de contribution à la survenance de la situation. La mise en œuvre de l'état de nécessité exige que l'Etat ne contribue pas à la survenance de la situation de nécessité. La CDI a considéré que « *cette contribution doit être «suffisamment substantielle et non seulement accessoire ou périphérique¹⁴¹⁹»* ». L'interprétation restrictive de cette condition conduira toujours à l'exclusion de l'état de nécessité lors de l'appréciation de la contribution d'un Etat à une

¹⁴¹⁶ Voy. *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, aff n° ARB/10/15, Décision sur la responsabilité, 28 juillet 2015. Dans cette affaire, des investisseurs blancs avaient été expropriés en raison de leur couleur de peau et de leur appartenance à la descendance des « colons blancs ».

¹⁴¹⁷ A. VERDROSS, « Règles générales du droit international de la paix », *RCADI*, 1929-V, Paris, Hachette, 1931, t.30, pp. 488-489 in Commentaire de l'article 25 par R. AGO in *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats, Annuaire de la Commission du droit international*, Documents de la trente-deuxième session (non compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), 1980, Vol II, p. 15 (note n°7) et p. 18 (note n° 19).

¹⁴¹⁸ Par exemple, « certaines conventions humanitaires applicables aux conflits armés excluent expressément la possibilité d'invoquer une nécessité militaire ». Voy. Commentaire de l'article 25, *Annuaire de la Commission du droit international, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001, Vol II, p. 89.

¹⁴¹⁹ Commentaire de l'article 25, *Annuaire de la Commission du droit international, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001, Vol II, p. 89.

situation de crise. Comment mesurer le degré de contribution d'un Etat à une crise économique ? Il n'en existe aucun. Dès lors, la considération de la contribution d'un Etat à la situation relève de la subjectivité. Cette disposition dépend de l'appréciation des tribunaux arbitraux et constitue l'une des causes principales des contradictions de décision dans ce domaine.

2°) L'analyse critique de l'appréciation de l'état de nécessité alimentaire dans le droit international des investissements

604. Le Professeur Chaïm Perelman a dit « *Que le cas qu'il doit trancher soit perplexe ou douteux, que le juge se trouve en présence d'une antinomie - quand le système en vigueur semble prescrire deux solutions incompatibles - ou en présence d'une lacune - quand le système ne semble justifier aucune solution déterminée - le juge doit néanmoins se comporter comme si le droit (...) était cohérent et complet, sans antinomies ni lacunes, et permettait, dans chaque cas, de trouver une solution, et une seule, qui soit conforme au droit*¹⁴²⁰ ».

605. Nous avons observé dans l'étude que l'interprétation variable de certains instruments conduit à des contrariétés de décision. L'état de nécessité illustre cette faille du droit international des investissements. Il constitue un instrument potentiel de protection de la sécurité alimentaire et des valeurs extra-économiques. Pourtant, son application repose sur des incertitudes. Sans démettre cette notion de sa flexibilité que nous pensons essentielle, serait-il envisageable de saisir les conditions précises de la survenance d'un Etat à la situation ayant entraîné l'invocation de l'état de nécessité ? En d'autres termes, si l'état de nécessité alimentaire est invoqué dans le cadre d'une crise économique, quels sont les critères pour justifier de la gravité de la crise et de la contribution de l'Etat à celle-ci ? La difficulté réside dans l'équilibre entre le respect de la sécurité alimentaire et le piège tendu par les Etats tentés d'instrumentaliser la notion de nécessité comme un passe-droit pour se dérober à leurs obligations internationales prévues dans les traités d'investissements¹⁴²¹.

606. L'interprétation de l'intérêt essentiel. Une distinction peut être opérée entre *des secteurs stratégiques* et *des infrastructures essentielles* en vue de caractériser l'intérêt essentiel d'un Etat. La première notion englobe l'ensemble des secteurs qu'un Etat considère essentiel pour son développement économique. La seconde notion désigne les secteurs infrastructurels, c'est-à-dire,

¹⁴²⁰ Ch. PERELMAN, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 395.

¹⁴²¹ Dans l'affaire CMS c. Argentine, le tribunal arbitral a rappelé que si la nécessité constitue une circonstance excluant l'illicéité qui n'est plus contestée en droit international, en revanche, « *il y a également consensus sur le fait que ce motif est exceptionnel et doit être abordé de manière prudente pour éviter les abus* ». in *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Sentence du 12 mai 2005, § 317.

essentiels d'une part pour son économie et d'autre part, pour « *le bien-être de la société (par exemple pour l'accès à l'eau et à l'assainissement)*¹⁴²² ». Une approche sectorielle dans le but de caractériser l'intérêt essentiel est établie par certains Etats. Par exemple, le Canada considère que les dix domaines suivants relèvent des infrastructures essentielles¹⁴²³ : 1) Énergie et services publics; 2) Finances; 3) Alimentation; 4) Transport; 5) Gouvernement; 6) Technologies de l'information et de la communication; 7) Santé; 8) Eau; 9) Sécurité; 10) Secteur manufacturier. Par infrastructures essentielles, le Canada désigne « *l'ensemble des processus, des systèmes, des installations, des technologies, des réseaux, des biens et des services nécessaires pour assurer la santé, la sûreté, la sécurité ou le bien-être économique des Canadiens et des Canadiennes ainsi que l'efficacité du gouvernement*¹⁴²⁴ ». Lorsqu'un tribunal arbitral se prononce sur l'état de nécessité, il est amené à préciser si les secteurs affectés par la crise économique relèvent d'un intérêt essentiel de l'Etat. Ensuite, il apprécie les mesures prises par l'Etat pour protéger l'intérêt essentiel contre le péril grave et imminent. Si une infrastructure considérée essentielle par un Etat est en danger, cet élément ne suffit pas à caractériser l'état de nécessité. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal s'est dit convaincu de la gravité de la crise, sans toutefois retenir l'exclusion de l'illicéité¹⁴²⁵. Dans les affaires *Sempra et Enron c. Argentine*, le tribunal a également relevé la gravité de la crise sans que celle-ci ne compromette la survie de l'Etat ni son indépendance¹⁴²⁶. Au contraire, dans l'affaire LG&E, le tribunal a considéré que les intérêts essentiels de l'Argentine étaient menacés :

« The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001. It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace (...)»¹⁴²⁷.

607. Concernant l'intérêt essentiel¹⁴²⁸ dans l'affaire *Continental Casualty*¹⁴²⁹, le tribunal a insisté sur l'exercice par les Etats de leur souveraineté dans l'intérêt de leur population et a reconnu que la sécurité en droit international désignait la sécurité politique et militaire mais aussi la sécurité économique des Etats et des populations¹⁴³⁰. Dès lors, considérant qu'un quart de la population

¹⁴²² Voy. CNUCED, « La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (aii) », Note de bas de page, Nations Unies, 2009, p. xxii.

¹⁴²³ Rapport Canada, « Les stratégies nationales sur les infrastructures essentielles », 2009, p. 4, disponible en ligne sur le site du Ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada : <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/srtg-crtcl-nfrstrctr/index-fr.aspx>, le 03 septembre 2017.

¹⁴²⁴ Rapport Canada, *op. cit.*

¹⁴²⁵ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 320.

¹⁴²⁶ CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007 § 306 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, § 348.

¹⁴²⁷ CIRDI, *LG&E Energie Corporation et consorts c. Argentine*, aff. n° ARB/02/01, 3 octobre 2006, § 257.

¹⁴²⁸ L'expression utilisée par le tribunal arbitral est « essential security interests ». Voy. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Affaire CIRDI n° ARB/03/9, Sentence du 05 septembre 2008 § 175.

¹⁴²⁹ CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/9, sentence du 05 septembre 2008.

¹⁴³⁰ *Continental Casualty Company c. Argentine*, *op. cit.*, § 175.

n'avait pas accès à une alimentation suffisante dans les affaires relatives à la crise en Argentine¹⁴³¹ et que l'intérêt préservé par l'Etat doit être supérieur à l'intérêt sacrifié pour mettre en œuvre l'état de nécessité, nous observons que le droit de la sécurité alimentaire n'est pas nécessairement considéré comme un intérêt supérieur aux droits de propriété des investisseurs dans le droit international des investissements.

608. L'interprétation du péril grave et imminent. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*¹⁴³², les investisseurs ont reconnu le caractère sévère de la crise, en ajoutant toutefois qu'elle ne comportait pas de péril grave ou imminent¹⁴³³. Le tribunal a confirmé la gravité de la crise sans considérer que pour autant l'état de nécessité était caractérisé¹⁴³⁴. Dans les affaires *Sempra et Enron c. Argentine*, le tribunal a considéré qu'il n'existait « aucune preuve convaincante que les événements étaient effectivement hors de contrôle ou devenus ingérables¹⁴³⁵ ». Dans l'affaire *LG&E*¹⁴³⁶, le tribunal a considéré que la crise avait menacé la survie de l'Etat argentin¹⁴³⁷. Les arbitres ont présenté une série d'événements pour justifier leur décision. En outre, il est indiqué que :

- Le chômage avait atteint un taux de 25%, et la moitié de la population de l'Argentine vivait sous le seuil de pauvreté. Dans le même temps, l'Etat a été contraint de baisser de 74% ses dépenses dans le système social¹⁴³⁸.
- Le système de santé allait s'effondrer, l'accès au soin était devenu impossible pour les personnes à faible revenu et une pénurie des produits de base avait frappé les hôpitaux. Cela a conduit à une multiplication des maladies et poussé l'Etat à déclarer l'état d'urgence sanitaire¹⁴³⁹.
- Durant cette période, et comme nous l'avons précédemment soulevé, un quart de la population n'avait pas accès à une alimentation suffisante pour assurer sa subsistance¹⁴⁴⁰.

609. Cet ensemble de faits est relevé par le tribunal pour justifier de la gravité de la crise. En revanche, dans l'affaire *CMS*, le tribunal a constaté que l'état de nécessité était inapplicable sans justifier par des éléments précis ce qui lui avait permis de caractériser l'insuffisance de la gravité de la crise. Sans motiver leur décision, les arbitres ont seulement précisé que « *as is many times the case in international affairs and international law, situations of this kind are not given in black and white*

¹⁴³¹ Voy. *LG&E*, op. cit., §233.

¹⁴³² Pour une étude détaillée de l'état de nécessité dans l'affaire *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, Voy. Ch. LEBEN, « L'état de nécessité dans le droit international des investissements », *Gazette du palais, Cahiers de l'arbitrage*, n°2005/3, pp.47-52.

¹⁴³³ *CMS c. Argentine*, op. cit., § 314.

¹⁴³⁴ *CMS* § 320 et § 355.

¹⁴³⁵ *Enron c. Argentine*, aff. n° ARB/01/3, Sentence du 22 mai 2007 § 307 ; *Sempra c. Argentine*, op. cit., § 349.

¹⁴³⁶ *LG&E c. Argentine*, aff n° ARB/02/01, 3 octobre 2006.

¹⁴³⁷ *LG&E*, § 231.

¹⁴³⁸ *LG&E*, § 233.

¹⁴³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

*but in many shades of grey*¹⁴⁴¹ ». Ainsi, la décision du tribunal ne repose pas sur une qualification juridique précise des faits mais bien sur « *une certaine interprétation économique ou politique des événements*¹⁴⁴² ». Cet ensemble d'éléments constitue « *des faits juridiques évaluatifs*¹⁴⁴³ » de sorte que, l'appréciation factuelle écarte la qualification juridique. L'auteure Saïda El Boudouhi a analysé ce processus et nous dit que « *le droit saisit tellement peu le fait lorsqu'il intègre des faits juridiques évaluatifs que la qualification juridique se confond en réalité avec une appréciation purement factuelle, une appréciation de faits qui ne sont ni décrits ni même nommés dans le droit*¹⁴⁴⁴ ». C'est la raison pour laquelle il est préférable que le tribunal motive ardemment sa décision lorsqu'il se prononce sur l'état de nécessité, d'autant plus lorsque la sécurité alimentaire de la population est en jeu.

610. L'interprétation du moyen unique. Dans les affaires *Enron et Sempra*, les arbitres ont procédé à une comparaison des Etats sujets à de graves crises économiques à l'échelle mondiale. Ils ont conclu que de nombreuses approches étaient à la disposition de l'Argentine pour résoudre la crise économique¹⁴⁴⁵. Dans les deux contentieux, le tribunal a ajouté qu'il ne lui appartenait pas de « *substituer son point de vue au choix du gouvernement concernant les options économiques*¹⁴⁴⁶ », et précisé que son rôle était de déterminer « *si le choix était le seul disponible, ce qui ne semble pas avoir été le cas*¹⁴⁴⁷ ». Au contraire, les arbitres de l'affaire *LG&E* ont estimé qu'au cours de l'année 2001, le risque économique de l'Argentine était le plus élevé dans le monde, « *rendant l'Argentine incapable d'emprunter sur les marchés internationaux et reflétant la gravité de la crise économique*¹⁴⁴⁸ ». Dans l'affaire *LG&E*¹⁴⁴⁹, les arbitres ont rejeté l'argumentation selon laquelle d'autres moyens étaient à disposition pour l'Argentine. Les mesures constituaient « *un moyen légitime de protéger son système social et économique* »¹⁴⁵⁰ selon le tribunal arbitral. Dans cette hypothèse, c'est encore une interprétation économique ou politique des circonstances factuelles qui détermine l'application de la condition juridique.

¹⁴⁴¹ *CMS c. Argentine, op. cit.*, § 320.

¹⁴⁴² Voy. S. EL BOUDOUHI, *L'élément factuel dans le contentieux international*, thèse Paris 1, Bruylant, 2013, p. 251.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 255.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁴⁵ *Sempra*, sentence du 28 septembre 2007, § 349.

¹⁴⁴⁶ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/3, Sentence du 22 mai 2007 § 309 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, § 351.

¹⁴⁴⁷ *Enron* § 309 ; *Sempra*, § 351.

¹⁴⁴⁸ *LG&E*, §232.

¹⁴⁴⁹ *Supra* § 186.

¹⁴⁵⁰ *LG&E*, § 239.

611. L'analyse des multiples affaires dans lesquelles l'état de nécessité fut invoqué révèle que dans chaque hypothèse, l'Etat est susceptible de détenir d'autres moyens pour lutter contre le péril grave et imminent¹⁴⁵¹. Ainsi, la mise en œuvre de l'état de nécessité est « un choix¹⁴⁵² » c'est-à-dire le choix d'une « hiérarchie entre les obligations internationales¹⁴⁵³ ». Dans toutes les hypothèses, ce choix hiérarchique est guidé par les avantages que les Etats pourront retirer de l'application de l'état de nécessité, ce qui renforce la méfiance légitime lors de l'utilisation de ce procédé. Il n'en reste pas moins, que le droit international des investissements permet de neutraliser le choix hiérarchique opéré par l'Etat en utilisant la condition « *du moyen unique* ». Cette remise en cause est délicate lorsque l'Etat choisit d'employer l'état de nécessité afin de faire primer la sécurité alimentaire sur l'investissement.

612. L'interprétation de la contribution de l'Etat à la survenance de la situation. « *L'interprétation variable*¹⁴⁵⁴ » par les arbitres de la contribution de l'Argentine dans la crise économique soulève des questions. Certainement parce que dans la majorité des cas, l'Etat aura contribué à la survenance de la situation¹⁴⁵⁵. Le comportement passif ou actif de l'Etat dans sa manière de lutter contre la crise est un indicateur. L'Etat a-t-il pris des mesures pour faire face à la crise ? A-t-il fait tout ce qui était en son pouvoir pour l'éviter ? Est-ce qu'un autre Etat dans cette situation aurait agi de manière similaire ? Si l'Etat a contribué à la situation de crise, ne faudrait-il pas rapporter la preuve des mauvais agissements ? D'une faute ? Il vient alors les difficultés autour de la charge de la preuve. L'Etat pourrait prouver qu'il n'a commis aucune faute dans la gestion de la crise afin de s'exonérer de sa responsabilité ou au contraire, les investisseurs souhaitant neutraliser l'état de nécessité pourraient rassembler les preuves de l'ensemble des fautes commises par l'Etat dans la survenance de celle-ci.

613. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal a rappelé qu'il ne se statuait pas sur les mesures entreprises par l'Etat. Sa mission était de déterminer si l'inexécution des obligations internationales par l'Argentine était « *dépourvue de conséquences juridiques par l'exclusion de l'illicéité*¹⁴⁵⁶ ». Lorsque le tribunal a cherché un moyen de déterminer si l'Argentine avait contribué

¹⁴⁵¹ Voy. T. CHRISTAKIS, « Les circonstances excluant l'illicéité : une illusion d'optique ? », in *Mélanges offerts à Jean SALMON, Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Bruylant, 2007, p. 259.

¹⁴⁵² *Ibid.*

¹⁴⁵³ *Ibid.*

¹⁴⁵⁴ Cette expression est utilisée par le professeur Franck LATTY dans son article intitulé « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international de l'investissement de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 455.

¹⁴⁵⁵ S. CASSELLA, *La nécessité en droit international, De l'état de nécessité aux situations de nécessité, Etude de droit international*, thèse Paris 1, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011, p. 165.

¹⁴⁵⁶ *CMS*, § 318.

à la crise, il a puisé dans les racines de la crise économique. Le tribunal débute son argumentation en précisant « qu'il a observé » que « les politiques gouvernementales et leurs lacunes ont contribué de manière significative à la crise et à l'urgence¹⁴⁵⁷ ». Plus qu'une observation, c'est le commencement de la qualification de la responsabilité de l'Argentine dans la survenance de la crise. Dès lors, le tribunal a tranché. La principale difficulté de cette argumentation est que si l'on se réfère au passé politique et économique de l'Argentine pour déterminer l'état de nécessité, on sous-entend dans le même temps que ce dernier ne pourra jamais être invoqué postérieurement par des gouvernements simplement par la faute de leurs prédécesseurs qui n'auraient pas réussi à mettre en oeuvre des politiques de qualité. D'autant plus que dans cette affaire, le tribunal a reconnu que des facteurs exogènes à la crise économique avaient entraîné des difficultés supplémentaires¹⁴⁵⁸. Si l'on concède que des facteurs extérieurs ont contribué à la crise, on admet alors que la contribution de l'Etat dans la survenance de la crise n'est que partielle. Pourtant, l'exclusion de l'état de nécessité est totale. Finalement, le tribunal a conclu que « *des éléments de nécessité* » étaient « partiellement présents », en revanche, l'examen de l'ensemble des éléments ne permettait pas de caractériser l'état de nécessité¹⁴⁵⁹.

614. Dans l'affaire *Sempra c. Argentine*, les arbitres ont estimé que l'obligation pour l'Etat de ne pas avoir contribué à la situation était « *l'expression d'un principe général de droit conçu pour empêcher un parti de prendre un avantage juridique de sa propre faute*¹⁴⁶⁰ ». Dès lors, on considère la notion de faute dans l'état de nécessité sans en préciser la teneur. Le tribunal a retenu « *une contribution substantielle de l'État à la situation qui a donné lieu à l'état de nécessité*¹⁴⁶¹ ». Ainsi, il ne pouvait pas prétendre que la crise économique était uniquement l'oeuvre de facteurs exogènes. Dans l'affaire *Enron*, les arbitres ont repris la même augmentation dans des termes similaires¹⁴⁶². En revanche, dans l'affaire *LG&E*, le tribunal a estimé que les requérants n'avaient pas trouvé que l'Argentine avait contribué à la crise, et que les mesures entreprises ne visaient qu'à lutter contre la crise¹⁴⁶³. Cette pente relative à l'appréciation subjective de l'état de nécessité est susceptible d'être dangereuse.

¹⁴⁵⁷ *CMS*, § 329.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

¹⁴⁵⁹ *CMS*, § 331.

¹⁴⁶⁰ *Sempra*, § 353.

¹⁴⁶¹ *Sempra*, § 354.

¹⁴⁶² *Enron*, § 312 ;

¹⁴⁶³ *LG&E*, § 256.

615. L'établissement nécessaire de critères juridiques de la gravité. La difficulté principale puise son origine dans l'élaboration par la C.D.I du mécanisme de l'état de nécessité. C'est une logique qui impose au juge international « *le dilemme inévitable du tout ou rien*¹⁴⁶⁴ ». Soit l'on reconnaît d'un côté l'état de nécessité ce qui conduit dans la majorité des circonstances à léser les droits des investisseurs de manière tout à fait injuste, soit l'on refuse l'état de nécessité, et l'on permet que les droits de l'investisseur puissent dominer la sécurité alimentaire d'une population à l'encontre du choix opéré par l'Etat. Dans les deux hypothèses, les voies ne sont ni souhaitables, ni satisfaisantes. Dès lors, il ne reste au juge international qu'à « *bricoler*¹⁴⁶⁵ » une solution de compromis. Cette voie entreprise risque de faire surgir des contradictions de décisions selon le degré d'exigence que l'on entend attribuer aux conditions de l'état de nécessité. Ainsi, comme le disait le Professeur Theodore Christakis, la difficulté tient certainement à la mise en œuvre de circonstances « *excluant l'illicéité* » en vertu des travaux de la C.D.I alors que le traitement de l'état de nécessité aurait pu s'opérer dans de nombreuses affaires sous le prime d'une circonstance « *atténuant la responsabilité*¹⁴⁶⁶ ». L'absence de conditions strictes non pas de l'état de nécessité mais du degré de gravité de la crise économique nécessaire pour l'enclencher renforce les incertitudes de son application. Le caractère abstrait et général de l'état de nécessité comme norme est tel qu'au lieu de bénéficier des vertus de la flexibilité, son application reste le fruit d'une interprétation subjective qui conduit à « *une application sélective* »¹⁴⁶⁷ rappelant que l'un des objectifs des tribunaux reste de « *camoufler la part de subjectivité ou de pré-interprétation*¹⁴⁶⁸ ».

616. Aucune certitude, aucune prévisibilité n'apparaissent envisageables, ni pour les investisseurs, ni pour l'avenir de la sécurité alimentaire tant qu'une interprétation sans contradiction de l'état de nécessité se sera établie. Partant, sans nier la part de subjectivité portant sur l'interprétation restrictive ou extensive, il n'en reste pas moins que l'élaboration de critères juridiques permettant d'identifier le degré de gravité d'une crise et donc l'enclenchement de l'état de nécessité offrirait une grille de lecture. C'est donc une caractérisation juridique stricte de la condition et du degré de gravité auquel il faudrait parvenir afin de poser un curseur et des lignes directrices dans la jurisprudence arbitrale. Bien sûr, dans le même temps, il convient de garder à l'esprit le fait « *(qu') on ne peut qualifier de critère de l'interprétation ce qui ne peut être que le résultat du travail interprétatif lui-*

¹⁴⁶⁴ T. CHRISTAKIS, *op. cit.*, p. 262.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 270.

¹⁴⁶⁷ V. P. FAUTEUX, Protection de l'environnement en période de conflit armé : vers un renforcement du droit, *Revue québécoise de droit international*, vol 7, n°2, 1991-1992 p. 162. A propos des faiblesses du droit existant en matière environnementale dans le cadre des conflits armés : « *De telles normes sont formulées en termes généraux et abstraits et se prêtent donc trop facilement à une interprétation subjective et à une application sélective* ».

¹⁴⁶⁸ F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*. 2011-2, p. 471.

*même*¹⁴⁶⁹ ». L'état de nécessité pourrait constituer un véritable levier de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements, en revanche, l'interprétation à double sens de certains de ces critères cristallise sa mise en œuvre dans l'incertitude. Sous le prisme de la sécurité alimentaire, nous proposons de relier les critères de la sécurité alimentaire (répartition équitable, accessibilité, critère culturel, et durabilité) en vue d'aider à la détermination de la gravité de la crise. Par exemple, une opération d'investissement portant atteinte simultanément au quatre critères de la sécurité alimentaire pourraient indiquer une situation d'insécurité alimentaire grave justifiant la mise en œuvre de l'état de nécessité. Aussi, il n'est pas inenvisageable que les États fixent certains seuils permettant de justifier l'usage ensuite de l'état de nécessité. Dans cette perspective, une opération d'investissement portant atteinte au droit d'accès à l'eau ou à l'alimentation de x milliers de personnes (à déterminer en amont par l'État) pourraient justifier l'usage de l'état de nécessité en raison d'une atteinte aux intérêts essentiels de l'État. Cela permettrait aussi aux investisseurs étrangers de s'assurer contre le risque alimentaire et d'actionner une assurance dans les hypothèses d'insécurité alimentaire les plus graves.

617. Jusqu'alors, les instruments juridiques dédiés à la sécurité alimentaire apparaissent faibles. Il apparaît donc intéressant de se pencher sur de nouvelles qualifications juridiques susceptibles de saisir la norme alimentaire en regard des réalités factuelles.

§2.-L'intégration d'instruments de protection alimentaire dissuasifs dans le droit international des investissements

618. Des instruments non reconnus dans le système juridique international sont susceptibles d'apporter des réponses à certains vides juridiques que connaît la sécurité alimentaire et dont les risques sont amplifiés par le droit international des investissements. Deux concepts seront étudiés : l'écocide (A) et l'ethnocide (B). Le choix de ces instruments est justifié par leur potentiel à pouvoir donner effet à la sécurité alimentaire dans des circonstances qui jusqu'alors apparaissent échapper au droit et dans lesquelles le droit international des investissements est susceptible d'être soutenu au détriment de la protection alimentaire.

¹⁴⁶⁹ C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, 1963, p. 50.

A.- La qualification juridique de l'écocide et de l'écocrime

619. La sécurité alimentaire demeure directement mise en cause dans l'hypothèse d'un écocide, il s'agit bien de la privation des moyens de subsistance¹⁴⁷⁰ sous leur forme la plus grave. Dès lors, il convient d'identifier l'écocide, ainsi que les atteintes environnementales d'un degré de gravité inférieur.

1°) L'identification de l'écocide et de l'écocrime

620. « *L'époque de la mondialisation, de l'interconnexion des marchés économiques et de la compétition des systèmes juridiques favorise l'émergence d'une criminalité d'argent mondialisée*¹⁴⁷¹ ».

621. Contexte. La criminalité environnementale suit de près le podium malheureux de la criminalité économique. Elle se place quatrième derrière le trafic de drogue, la contrefaçon et le trafic d'être humain des activités illégales les plus rentables. La pêche illicite, le trafic de produits dangereux, la déforestation constituent des exemples de la multiplicité des formes de la criminalité environnementale. Ces activités ont toutes des répercussions négatives sur l'état de la sécurité alimentaire et sont susceptibles d'être dynamisées par le défaut de contrôle des investissements internationaux. Le pôle économique dans lequel les investissements internationaux sont englobés est relié au pôle environnemental et alimentaire. En effet, le développement d'une économie respectueuse des ressources naturelles constitue une condition *sine qua non* à la réalisation de la sécurité alimentaire des populations. Partant, le lien entre le pôle économique, environnemental et alimentaire est indivisible. Les conséquences de la criminalité environnementale sur la sécurité alimentaire demeurent particulièrement graves, d'autant plus lorsque cette criminalité n'est pas saisie par le droit. L'insuffisance de coopération interétatique concernant la criminalité environnementale et alimentaire conduit à l'inefficacité du droit. En vertu de leur souveraineté, chaque Etat dispose de mécanismes propres en vue d'une appréhension de cette criminalité qui repose sur nouvelle nature. Les pays qui détiennent la capacité d'encadrer les atteintes environnementales et alimentaires du fait de législations plus avancées sur la question seront mieux armés à l'avenir que les pays en développement, dépourvus de moyens, pourtant nécessaires en vue de faire face aux nouvelles exigences de cette criminalité.

¹⁴⁷⁰ S. GRUNVALD, « La notion de subsistance au plan collectif et individuel : un éclairage pénaliste », in G. PARENT et F. COLLART DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, pp. 109-116.

¹⁴⁷¹ G. Royer, Chronique de droit pénal international des affaires, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 80, no. 3, 2009, p. 593.

622. Approche multisectorielle. Ces dernières années, des réflexions autour de l'intégration du droit pénal dans la sphère environnementale ont émergé¹⁴⁷². La pénalité environnementale désigne « l'ensemble de règles conçu comme système juridique et éthique, qui punit et répare ce qui rompt l'équilibre écologique nécessaire à la cohésion sociale¹⁴⁷³ ». La multiplication des conflits environnementaux a révélé le besoin d'une amélioration et d'une efficacité des lois afin d'encadrer des infractions d'une nouvelle nature. Les atteintes à l'environnement se traduisent sous différentes formes : la pollution des eaux, des sols et de l'air, la construction de barrage, le trafic de déchets, le déversement de produits dangereux ... Le lien avec la sécurité alimentaire est une évidence. Sans une préservation et une protection substantielle de l'environnement, la réalisation de la sécurité alimentaire sera vaine. Dès lors, l'exigence d'un niveau de protection alimentaire élevé est reliée à la mise en œuvre d'une protection environnementale harmonieuse à l'échelle internationale. Les difficultés de mise en œuvre du droit face à l'internationalisation des litiges environnementaux, la multiplicité des acteurs privés comme publics, les répercussions sur la santé humaine et le droit à l'alimentation font de la criminalité environnementale une discipline en plein essor relevant de différentes branches du droit. A cela s'ajoute une justiciabilité aléatoire pour les victimes, et un sentiment d'impuissance du droit qui peine à s'adapter à de nouveaux crimes dans la société mondialisée. Cela est susceptible d'exacerber le sentiment d'impunité en matière de criminalité économique, écologique et alimentaire, notamment d'entreprises qui, à certains égards, ne semblent pas réellement inquiétées par les conséquences de leurs activités sur l'environnement et la sécurité alimentaire.

¹⁴⁷² Voy p. ex. M. PRABHU, *Rapport général, Les atteintes à l'environnement, Problème de droit pénal général, Revue internationale de droit pénal*, (version française), Vol n°65, 1994, spec. pp. 663-698; M.-A. GRAY, *The International Crime of Ecocide, California Western International Law Journal*, Vol. 26 : No. 2 , Article 3, 1996 ; P. MISTRETTA, *La responsabilité pénale du délinquant écologique*, Septentrion, 2001; M.-G. FAURE, « Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2005, Vol, 9 n°1, pp. 3-19 ; H.-E ZEITLER, « Environmental Criminal Law », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 77, no.1, 2006, pp. 255-261 ; D. ROETS, « Naissance du droit pénal européen de l'environnement », *RED env*, 2009, n°3, p. 271-283; C. COURTAIGNE-DESLANDES, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, thèse, Paris II, 2010 ; H. ASCENSIO, « Les infractions en matière de pollutions », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, pp. 391-400 ; Rapport de l'UNODC (Office des Nations Unies contre la drogue et le crime) : « Compilation d'outils pour l'analyse de la criminalité liée aux espèces sauvages et aux forêts », New York, 2012 ; E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 2è ed, Lexis Nexis, 2014, spec. 84-87 ; L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015; « XV^e Congrès international de droit pénal (Rio de Janeiro, 4 – 10 septembre 1994) », Section I : Infractions contre l'environnement : application du Droit pénal général, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 86, no. 1, 2015, spec. pp. 147-152 ; R.M. PEREIRA, *Environmental Criminal Liability and Enforcement in European and International Law*, Brill - Nijhoff, 2015; T. FOSSIER, D. GUIHAL, J.-H. ROBERT (dir.), *Droit répressif de l'environnement, Economica*, 4è ed, 2016.

¹⁴⁷³ E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 2è ed, Lexis Nexis, 2014, p. 85.

623. Définitions de l'écocide. De nouveaux instruments juridiques ont vu le jour dans la lutte contre les nouvelles formes de criminalité, en particulier le concept d'écocide. Cette notion désigne « *des actes illicites incriminés commis intentionnellement dans le cadre d'une action généralisée ou systématique et qui porte atteinte à la sûreté de la planète*¹⁴⁷⁴ ». En d'autres termes, il s'agit de crimes d'une extrême gravité qui portent atteinte à l'environnement. Si ce crime n'est pas reconnu en droit international, de nombreux Etats l'ont intégré dans leurs législations¹⁴⁷⁵ tels que la Russie, le Vietnam ou encore la l'Ukraine¹⁴⁷⁶. L'article 358 du Code pénal de la Fédération de Russie dispose que « *la destruction massive des règnes animal ou végétal, la contamination de l'atmosphère ou des ressources en eau, et aussi la commission d'autres actes de nature à causer une catastrophe écologique* » correspond à un écocide et constitue un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁴⁷⁷. L'article 278 du Code pénal du Vietnam définit l'écocide comme « *la destruction de l'environnement naturel*¹⁴⁷⁸ », et considère « *qu'il soit commis en temps de paix ou de guerre* », que l'écocide relève des crimes contre l'humanité. Dans le même sens, l'article 441 du Code pénal d'Ukraine prévoit que « *la destruction massive de la flore et de la faune, l'empoisonnement de l'air ou des ressources en eau ainsi que toute autre action pouvant causer un désastre environnemental,*

¹⁴⁷⁴ Article 1er du projet de Convention écocide. Voy. tableau comparatif des infractions environnementales in L. NEYRET (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, p. 452.

Le Professeur Laurent Neyret avait également proposé de s'appuyer sur l'article 7 du Statut de Rome pour élaborer la définition de l'écocide, voy. « *Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète* », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Frison-Roche, 2013, p. 428 et l'article 7 - Crimes contre l'humanité, Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF. 183/9, entré en vigueur le 1er juillet 2002 :

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : a) Meurtre ; b) Extermination ; c) Réduction en esclavage ; d) Déportation ou transfert forcé de population ; e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; f) Torture ; g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; i) Disparitions forcées de personnes ; j) Crime d'apartheid ; k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale (...).

¹⁴⁷⁵ L'intégralité des Etats ayant intégré l'écocide dans leur législation est disponible en ligne sur le site : « *Ecocide crimes in domestic legislation* », consultation le 10 octobre 2017 ; Voy. aussi, L. NEYRET, « *Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète* », in *Mélanges en l'honneur de G. J. MARTIN*, Paris, Frison-Roche, 2013, p. 416.

¹⁴⁷⁶ Pour une liste des Etats ayant intégré l'écocide dans leur législation Voy. « *Ecocide crimes in domestic legislation* », disponible en ligne sur le site internet : <http://eradicatingecocide.com>, le 10 octobre 2017.

¹⁴⁷⁷ Voy. A.-T LEMASSON, P. TRUCHE, P. BOURETZ, « *Justice internationale pénale (Crimes)* », *Dalloz*, Février 2016, §52; Voy. « *Ecocide crimes in domestic legislation* », disponible en ligne sur le site internet : <http://eradicatingecocide.com>, le 10 octobre 2017.

¹⁴⁷⁸ Voy. « *Ecocide crimes in domestic legislation* », disponible en ligne sur le site internet : <http://eradicatingecocide.com>, le 10 octobre 2017.

seront passibles d'une peine d'emprisonnement de huit à quinze ans¹⁴⁷⁹ » et relève de la qualification d'écocide.

624. Bien que l'écocide ne soit pas directement reconnu à l'échelle internationale, un consensus existe quant à la nécessité de prendre en considération la gravité des atteintes environnementales et leurs conséquences. A titre d'exemple, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a considéré que : « *La tendance persistante à la contamination de l'eau, à l'épuisement des ressources en eau et à leur répartition inégale exacerbe la pauvreté*¹⁴⁸⁰ ». Aussi, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de justice a reconnu la nécessité d'une conciliation entre « *le développement économique et la protection de l'environnement*¹⁴⁸¹ ». Dans cette direction, certains Etats sont allés plus loin encore en reconnaissant la qualité de personne juridique à des éléments naturels tels qu'un fleuve. Le 15 mars 2017, le Parlement de Nouvelle-Zélande a adopté un projet de loi dotant le fleuve Whanganui d'une personnalité juridique¹⁴⁸². Quelques jours plus tard, la Haute Cour de l'État himalayen de l'Uttarakhand a déclaré le Gange et le Yamuna, deux fleuves du nord de l'Inde, comme étant à leur tour des entités vivantes dotées de la personnalité juridique¹⁴⁸³. En France, malgré l'intégration du préjudice écologique dans le Code civil en 2016, l'ensemble des difficultés factuelles n'a pas été pris en considération. En effet, ce préjudice n'inclut pas la violation d'un préjudice humain, étroitement lié en ce qui concerne la sécurité

¹⁴⁷⁹ Voy. « Ecocide crimes in domestic legislation », disponible en ligne sur le site internet : <http://eradicatingecocide.com>, le 10 octobre 2017.

¹⁴⁸⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°15 sur le droit à l'eau, E/C.12/2002/11, §1, adoptée le 20 janvier 2003.

¹⁴⁸¹ Affaire du projet *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, CIJ, 25 septembre 1997, rec. CIJ, § 140 : « *Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité – qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures –, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement* ».

¹⁴⁸² *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*, Public Act 2017 No 7, Date of assent March 20, 2017, clause 14 : « *Te Awa Tupua (Whanganui river) declared to be legal person : (1) Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person ; (2) The rights, powers, and duties of Te Awa Tupua must be exercised or performed, and responsibility for its liabilities must be taken, by Te Pou Tupua on behalf of, and in the name of, Te Awa Tupua, in the manner provided for in this Part and in Ruruku Whakatupua—Te Mana o Te Awa Tupua* ».

¹⁴⁸³ *Mohd. Salim v. State of Uttarakhand and Others (Writ Petition (PIL) No. 126 of 2014*, March 20, 2017, § 19 : « *Accordingly, while exercising the parens patrie jurisdiction, the Rivers Ganga and Yamuna, all their tributaries, streams, every natural water flowing with flow continuously or intermittently of these rivers, are declared as juristic/legal persons/living entities having the status of a legal person with all corresponding rights, duties and liabilities of a living person in order to preserve and conserve river Ganga and Yamuna. The Director NAMAMI Gange, the Chief Secretary of the State of Uttarakhand and the Advocate General of the State of Uttarakhand are hereby declared persons in loco parentis as the human face to protect, conserve and preserve Rivers Ganga and Yamuna and their tributaries. These Officers are bound to uphold the status of Rivers Ganges and Yamuna and also to promote the health and well being of these rivers* ».

alimentaire à la dégradation des ressources naturelles, la pollution, et les conséquences sur la santé des populations. Ensuite, le préjudice écologique n'a vocation qu'à réparer par le biais d'amendes les dommages causés. Si cette voie juridique est un premier pas susceptible de contribuer à neutraliser les opérations néfastes des entreprises, la fonction répressive apparaît certainement plus dissuasive. Une société avec un chiffre d'affaires à hauteur de 100 milliards de dollars qui serait condamnée à verser 15 millions d'euros en vertu du préjudice écologique est-elle réellement dissuadée et repoussée par la criminalité environnementale¹⁴⁸⁴ ? Le 11 juillet 2010, la société Monsanto, spécialisée dans les biotechnologies agricoles, fut condamnée au versement de 2,5 millions de dollars concernant la vente non autorisée de coton OGM alors qu'en 2016, son chiffre d'affaires s'élevait à près de 15 milliards de dollars.

625. Les conventions sur l'environnement se sont démultipliées ces dernières années marquant une volonté de maîtriser le risque environnemental¹⁴⁸⁵. Par exemple, le ministère français de l'Europe et des Affaires étrangères indique qu'il existe plus de 500 traités et autres accords internationaux relatifs à l'environnement¹⁴⁸⁶. Certains textes prohibent et sanctionnent les atteintes graves à l'environnement mais ils ne restent que très rares. Il peut être cité comme illustration du propos la Convention de Londres pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973¹⁴⁸⁷ ou la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), signée à Washington, le 3 mars 1973¹⁴⁸⁸. Dans le cadre spécifique

¹⁴⁸⁴ Sur l'insuffisance de dissuasion des sanctions à l'encontre des auteurs de crime d'écocide, V. L. NEYRET, « Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète » *op. cit.*, p. 414.

¹⁴⁸⁵ Pour une étude détaillée des conventions relatives à la protection de l'environnement : V. p.ex. M. BETTATI, *Le droit international de l'environnement*, Odile Jacob, 2012, spec. pp. 50-109 ; P.-M. DUPUY, J.-E. VIÑUALES, *Introduction au droit international de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2015 ; E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2^e éd, 2014 ; M. PRIEUR (dir.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^e éd., 2016.

¹⁴⁸⁶ Liste des accords multilatéraux dans le domaine de l'environnement, mis en ligne par le ministère français de l'Europe et des Affaires étrangères, Janvier 2005.

¹⁴⁸⁷ Convention de Londres pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973 mis en oeuvre en droit français, les articles L 218 et s du Code de l'environnement prévoient des peines susceptibles de s'élever jusqu'à dix ans d'emprisonnement et 15 millions d'euros d'amende.

¹⁴⁸⁸ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), signée à Washington, le 3 mars 1973. Article VIII. 1) , Mesures à prendre par les Parties : « 1. Les Parties prennent les mesures appropriées en vue de la mise en application des dispositions de la présente Convention ainsi que pour interdire le commerce de spécimens en violation de ses dispositions. Ces mesures comprennent: a) des sanctions pénales frappant soit le commerce, soit la détention de tels spécimens, ou les deux ; b) la confiscation ou le renvoi à l'Etat d'exportation de tels spécimens » (...).

des conflits armés¹⁴⁸⁹ et en réaction à l'usage de l'agent orange lors de la guerre du Vietnam¹⁴⁹⁰, le droit international humanitaire a interdit les techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou autres fins hostiles¹⁴⁹¹. Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, (Protocole I), a complété la législation¹⁴⁹². A cela doit s'ajouter le Statut de Rome. Son article 8, 2, b, IV) considère comme crime de guerre :

« Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ».

626. A côté des formes les plus graves d'atteinte à l'environnement, la notion « d'écocrime¹⁴⁹³ » a émergé, désignant des crimes d'une importante gravité mais moindre que les hypothèses d'écocide.

627. Définition de l'écocrime. L'ensemble des atteintes à l'environnement ne sont pas toutes susceptibles d'être qualifiées d'écocide. Partant, un système qui repose sur des critères de gravité est souhaitable afin qu'une mise en danger de l'environnement ou de la santé de l'Homme puisse tomber sous le coup d'une qualification d'écocrime et non d'écocide¹⁴⁹⁴. L'écocrime est susceptible de s'entrevoir sous deux aspects : l'atteinte à l'environnement et l'atteinte à la personne¹⁴⁹⁵. Dans le

¹⁴⁸⁹ L. NEYRET, « Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète », *op. cit.*, p. 415. ; Voy aussi les différentes études relatives aux conflits armés et à l'environnement qui font l'objet d'une littérature abondante : A titre d'exemple, V. P. FAUTEUX, « Protection de l'environnement en période de conflit armé : vers un renforcement du droit », *Revue québécoise de droit international*, vol 7, n°2, 1991-1992 pp. 160-168 ; D. FLECK, « The Protection of the Environment in Armed Conflict: Legal Obligations in the Absence of Specific Rules », *Nordic Journal of International Law*, Vol 82 issue 7, pp. 7-20 ; K. MOLLARD-BANNELIER, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001 ; M.-N. SCHMITT, « Green War : an assessment of the environmental law of international armed conflict », *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, n°1, 1997 ; PNUE, *Protecting the Environment During Armed Conflict, an Inventory and Analysis of International Law*, 2009.

¹⁴⁹⁰ Sur la question V p.ex. J. MAÎTRE, *Vietnam central. Renaissance de la vallée d'A Luoi après les bombes américaines et l'agent orange*, L'harmattan, 2013.

¹⁴⁹¹ Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (ENMOD), adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1976 (A/Res./31/72).

¹⁴⁹² Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, portant l'un sur les conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977. V. spec. Article 35. 3. « Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ; Article 55 — protection de l'environnement naturel ». Article 55. « 1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population. 2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites ».

¹⁴⁹³ L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015.

¹⁴⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, Préface, in L. NEYRET (dir.), *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁹⁵ L. NEYRET (dir.), *op. cit.*, p. 452. Voy. Le tableau comparatif des infractions environnementales.

cadre d'une atteinte à l'environnement, l'infraction désigne « *des actes illicites incriminés commis intentionnellement ou par négligence au moins grave qui créent un risque de dégradation substantielle des éco-systèmes dans leur composition, leur structure ou leur fonctionnement*¹⁴⁹⁶ ». Dans l'hypothèse d'une atteinte à la personne, l'infraction s'entend comme « *la mise en danger d'autrui consécutive à une atteinte à l'environnement*¹⁴⁹⁷ ». Il s'agit « *des actes illicites incriminés commis intentionnellement ou par négligence au moins grave qui créent un risque de causer la mort ou de graves lésions à des personnes*¹⁴⁹⁸ ». Ainsi, l'écocrime permet d'appréhender des actions ne relevant pas forcément d'une gravité exceptionnelle comme dans le cas de l'écocide.

628. Les tribunaux arbitraux d'investissement et la protection de l'environnement. Les tribunaux arbitraux n'ont pas pour fonction la protection de l'environnement¹⁴⁹⁹. En revanche, les normes environnementales sont susceptibles d'être prises en considération par les arbitres, notamment comme « *fait déclenchant la norme sur laquelle sera fondée la solution du litige*¹⁵⁰⁰ ». La littérature sur les interactions entre les investissements internationaux et l'environnement a fleuri ces dernières années¹⁵⁰¹. Rappelons d'une part, que les opérations d'investissement sont susceptibles de conduire à des effets négatifs sur l'environnement et d'autre part, qu'une politique publique environnementale peut porter atteinte aux droits des investisseurs¹⁵⁰². Dès lors, l'investisseur demeure pourvu de la faculté de contester une mesure étatique environnementale qui viendrait le déposséder en tout ou en partie de son investissement devant les tribunaux arbitraux d'investissement. Sur le fondement des accords d'investissement, l'investisseur invoquera souvent l'expropriation indirecte

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*

¹⁴⁹⁸ L. NEYRET (dir.), *Ibid.*

¹⁴⁹⁹ É. LOQUIN, « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Pour un droit économique de l'environnement*, in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Éd Frison-Roche, Paris, 2013, p. 300.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ Voy. p. ex. L. DELABIE, « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, Bruylant, 2017, pp. 135-169 ; S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, thèse, 2010 ; T. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Gaz. Pal.* 2003, n° 148, p. 10 ; A. ROMSON, *Environmental Policy Space and International Investment Law*, Acta Universitatis Stockholmiensis, Stockholm, 2012 ; P.-M. DUPUY et J.-E. VINUALES (eds) *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection, Incentives and Safeguards*, CUP, 2013 ; S.-F. PUVIMANASINGHE, *Foreign Investment, Human Rights and the Environment: A Perspective from South Asia on the role of public international law for development*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007 ; J.-E. VINUALES, « Conflits normatifs en droit international : Normes environnementales vs. Protection des investissements », in *SFDI, Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 407 ; J.-E. VINUALES, « Foreign Investment and the Environmental in International Law : An ambitious Relationship », 80 *British Yearbook of International Law*, 2009/2010, pp. 244-332 ; M.-M. MBENGUE et D. RAJU, « Energy, Environment and Foreign Investment », in E. DE BRABANDERE et T. GAZZINI (Ed.), *Foreign Investment in the Energy Sector, Balancing Private et Public Interests*, Brill/Nijhoff Leiden Boston, 2014, pp. 171-191.

¹⁵⁰² *Supra* § 371 et s.

de son investissement ou encore l'atteinte au traitement juste et équitable¹⁵⁰³. Cela conduit à une tension fréquente entre les investisseurs et l'État hôte. D'un côté, l'État entreprend une mesure de réglementation environnementale, de l'autre l'investisseur invoque la violation de son investissement, spécialement dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, et est susceptible d'obtenir une indemnité si l'expropriation indirecte et/ou l'absence de traitement juste et équitable sont caractérisées par les arbitres. Cette hypothèse conforte l'idée selon laquelle les investissements internationaux et l'environnement auraient « *des finalités contradictoires*¹⁵⁰⁴ » et que la mise en œuvre des droits de l'investisseur conduit à la négation des droits de l'environnement ou inversement que l'affirmation de ces derniers emporte la négation des droits des investisseurs. En principe, l'arbitre « *reste le juge du contrat et non pas celui du droit de l'environnement*¹⁵⁰⁵ ». Toutefois, la jurisprudence arbitrale révèle l'affrontement des droits de l'investisseur et de l'intérêt public dévoilant alors l'hypothèse selon laquelle « *l'arbitre n'est pas seulement le juge du contrat*¹⁵⁰⁶ ».

629. Mise en oeuvre de l'écocrime et de l'écocide. En identifiant et proposant un mode d'incrimination de l'écocide sous le prisme pénal, un collectif de chercheurs (le collectif) a établi ce que pourrait contenir l'écocide. Commençons par l'identification des actes incriminés appréhendés dans les termes suivants par le collectif¹⁵⁰⁷ :

- (a) Le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'air ou l'atmosphère, les sols, les eaux ou les milieux aquatiques ;
- (b) la collecte, le transport, la valorisation ou l'élimination de déchets, y compris la surveillance de ces opérations ainsi que l'entretien subséquent des sites de décharge et notamment les actions menées en tant que négociant ou courtier dans toute activité liée à la gestion des déchets ;
- (c) l'exploitation d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée ou des substances ou préparations dangereuses sont stockées ou utilisées ;
- (d) la production, le traitement, la manipulation, l'utilisation, la détention, le stockage, le transport, l'importation, l'exportation ou l'élimination de matières nucléaires ou d'autres substances radioactives dangereuses ;
- (e) la mise à mort, la destruction, la possession ou la capture de spécimens d'espèces de faunes et de flores sauvages protégées ou non ;
- (f) les autres actes de caractère analogue commis intentionnellement et qui portent atteinte à la sûreté de la planète .

¹⁵⁰³ Voy. P. ex. CNUDCI, *S.D. Myers c. Canada*, sentence partielle, 13 novembre 2000 ; CNUDCI, *Methanex Corporation c. Etats-Unis*, sentence finale, 5 août 2005 ; CNUDCI, *Saluka Investments B. V. c. République Tchèque*, sentence partielle, 17 mars 2006 ; CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, aff. n°ARB/09/12, sentence finale, 14 octobre 2016.

¹⁵⁰⁴ M.-M. MBENGUE et D. RAJU, « Energy, Environnement and Foreign Investment », in E. DE BRABANDERE et T. GAZZINI (Ed.), *Foreign Investment in the Energy Sector, Balancing Private et Public Interests*, Brill/Nijhoff Leiden Boston, 2014, pp. 176.

¹⁵⁰⁵ J.-B. RACINE, « Les manifestations de l'ordre public dans l'arbitrage », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 31.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

¹⁵⁰⁷ L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement, op. cit.*, p. 452.

Un double critère de gravité est envisagé¹⁵⁰⁸ :

- un critère intrinsèque : l'écocide porterait atteinte à une valeur universelle (la sûreté de la planète);
- un critère extrinsèque : l'écocide impliquerait un dommage exceptionnel :
 - a) une dégradation étendue durable et grave de l'air ou de l'atmosphère, des sols, des eaux, des milieux aquatiques, de la faune ou de la flore, ou de leurs fonction écologiques ; ou
 - b) la mort, des infirmités permanentes ou des maladies incurables graves à une population ou la dépossession durable d'une population de ses terres, territoires ou ressources.

L'hypothèse des actes incriminés dans le cadre de l'écocrime reprend les quatre premières considérations d'actes incriminés de l'écocrime (a, b, c,d), le collectif y ajoutant¹⁵⁰⁹ :

e) la production, l'importation, l'exportation, la mise sur le marché ou l'utilisation de substances appauvrissant la couche d'ozone ;

f) la mise à mort, la destruction, la possession ou la capture de spécimen d'espèces de faune ou de flores sauvages sauf dans les cas où les actes portent sur une quantité négligeable de ces spécimens et ont un impact négligeable sur l'état de conservation de l'espèce ;

g) le commerce de spécimens d'espèces de faune ou de flore sauvages ou de parties ou produits de ceux-ci sauf dans les cas où les actes portent sur une quantité négligeable de ces spécimens et ont impact négligeable sur l'état de conservation de l'espèce ;

h) tout autre acte illicite de caractère analogue susceptible de mettre en danger l'environnement.

630. Remarques. Le critère de gravité se pose en curseur et permet de caractériser la situation en fonction de la qualification adéquate, l'écocide étant au sommet de la hiérarchie de la criminalité environnementale. La Commission de droit international (CDI) a appréhendé la notion de gravité comme reposant « sur trois éléments qui se superposent : « *l'étendue ou intensité des dommages, leur persistance dans le temps et l'importance de l'aire géographique qu'ils affectent* ¹⁵¹⁰ ». Cette définition s'inscrit dans le sens de l'instauration d'une incrimination en matière de dommages environnementaux graves proposée en 1991. Par exemple, la définition sur la notion de gravité avait été précisée dans le cadre des travaux portant sur le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dont l'article 26 intitulé « Dommages délibérés et graves à l'environnement » énonçait que : « *Tout individu qui cause délibérément ou ordonne que soient causés des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel sera, une fois reconnu coupable de cet acte,*

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*

¹⁵¹⁰ A7CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-troisième session, Annuaire de la Commission du droit international, 1991, Vol II, deuxième partie, p. 102.

condamné [à...]¹⁵¹¹ ». Par la suite, cet article fut supprimé mais dévoile les initiatives sur la question des dommages environnementaux qui ont fleuri sans conduire pour autant à une consécration.

Par ailleurs, dans le cadre de l'écocide pensé par le collectif, la faute est susceptible de revêtir un caractère intentionnel qui ne se retrouve pas nécessairement dans l'écocrime, la faute pouvant aussi être non-intentionnelle, l'intentionnalité de l'écocide dans ce sens suppose une « *intention de détruire*¹⁵¹² ». Cette distinction, essentielle, permet d'appréhender des actes moins graves qui ne pourraient pas être enfermés dans la qualification d'écocide. En effet, l'investisseur responsable d'une violation du critère de durabilité de la sécurité alimentaire ne désire pas forcément porter atteinte à l'environnement ou aux droits des populations locales. Toutefois l'intention de l'investisseur reste difficile à déterminer dans certaines circonstances et devrait être précisée, certainement en regard des circonstances et du degré de connaissance dans la violation, ce qui ne sera pas aisé à prouver dans certaines situations. L'autre difficulté réside dans l'effet de l'atteinte à l'environnement. L'auteur du dommage environnemental est susceptible de causer des dommages massifs sans que l'intentionnalité puisse être relevée¹⁵¹³. Pour l'heure, malgré le foisonnement d'un dispositif conventionnel subséquent, la protection alimentaire par le biais de la sécurité environnementale reste insuffisante et les tentatives pour une reconnaissance de l'écocide ne font pas l'objet d'une consécration légale internationale.

2°) L'apport de l'écocide

631. L'appel au droit pénal. Il s'agit de puiser dans le droit pénal pour mettre en œuvre une protection environnementale efficace¹⁵¹⁴. Puisque ce qui est bénéfique pour le droit de l'environnement est propice à la mise en œuvre de la sécurité alimentaire, quels sont les apports du droit pénal pour la sécurité alimentaire ? L'extension des fonctions du droit pénal à la sécurité alimentaire est susceptible de contribuer à une neutralisation des investissements qui causent des dommages graves au domaine environnemental et alimentaire. La fonction répressive du droit pénal concourt à punir les individus coupables d'une atteinte à l'ordre à public par la commission d'une infraction. La fonction expressive désigne le reflet de la société par l'interdiction d'une atteinte grave

¹⁵¹¹ A7CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), op. cit., p. 112.

¹⁵¹² P. MILON et C. PERRUSO, « L'homme et la nature au regard de l'écocide : quelle équité ? », in *L'Observateur des Nations Unies*, « La nature », 2013-1, Vol 34, pp. 228-230.

¹⁵¹³ Cette difficulté avait été soulevé dans le cadre du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Certains membre de la Commission ont estimé que « Si la violation intentionnelle de certains règlements relatifs à la protection de l'environnement, par exemple par appât du gain, conduisait à des dommages étendus, durables et graves, cela constituerait un crime contre l'humanité, que le but recherché ait été ou non de causer un dommage à l'environnement », A7CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-troisième session, Annuaire de la Commission du droit international, 1991, Vol II, deuxième partie, p. 112.

¹⁵¹⁴ L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015.

à ses valeurs. La fonction protectrice constitue une arme de lutte contre l'arbitraire des juges, du législateur et des gouvernements. Les infractions imposent une définition dans des termes clairs et précis, identifier les hypothèses d'injustices et de violations des droits afin d'offrir une protection substantielle aux justiciables.

632. L'adaptation des fonctions du droit pénal à la sécurité alimentaire. L'utilisation du droit pénal et l'adaptation de ses valeurs à la sécurité alimentaire demeurent souhaitable et envisageable. L'emploi de la fonction répressive dans le cadre du droit de la sécurité alimentaire et du droit de l'environnement permettrait la condamnation du fait d'atteinte à l'ordre public par des violations environnementales et alimentaires. L'emploi de la fonction expressive servirait à interdire tout acte causant un dommage grave à la sécurité environnementale et alimentaire. La sauvegarde de l'environnement et de l'espace alimentaire constitue une valeur universelle. La fonction protectrice invite à la création d'infractions environnementales et alimentaires qui correspondent aux faits et qui assurent une protection environnementale et alimentaire réelle aux justiciables. La synergie des fonctions du droit pénal, propre à cette discipline, pourrait s'adapter aisément à la sphère alimentaire. Finalement, la répression, la protection, l'expression des valeurs de la société internationale se révèlent nécessaires à la combinaison des investissements internationaux et de la sécurité alimentaire. A propos du droit pénal de l'environnement, le Professeur Eric Naim-Gesbert a dit que « *les traits de ce droit sont encore flous, mais la brume commence à se dissiper*¹⁵¹⁵ ». Pour autant, des cas d'affaires portant atteinte à l'environnement, la santé et à la sécurité alimentaire du fait d'opération d'investissements ont conduit dans certaines hypothèses à une impunité des investisseurs ces dernières années. Prenons l'exemple de l'affaire Chevron.

633. Exemple de l'affaire Chevron. La cas Chevron demeure célèbre en raison d'atteintes graves à l'environnement, à la santé et à la sécurité alimentaire. Il a contribué à mettre en lumière les insuffisances de la responsabilité des opérateurs à l'origine d'écocrimes et d'écocides. L'affaire portait sur l'exploration et l'exploitation du pétrole de la province de Sucumbios, en Amazonie équatorienne par les sociétés Texaco Petroleum (TexPet) et Gulf Oil, la première étant la filiale équatorienne de la société américaine Texaco Inc., la seconde a procédé à une fusion avec la société Standard Oil of California qui a conduit à la création de la société Chevron, à leur tour, Texaco Inc. et Chevron ont fusionné pour donner naissance en 2007 à la société Chevron Texaco Group¹⁵¹⁶. Par la suite, l'Equateur a participé à l'activité pétrolière par la création de la société Corporation Estatal

¹⁵¹⁵ E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 2^e ed, Lexis Nexis, 2014, p. 87.

¹⁵¹⁶ J. CORTI-VARELA, « Les instruments d'exécution des décisions de justice dans les affaires environnementales sont-ils efficaces ? Réflexions à partir de l'affaire Chevron », *L'Observateur des Nations Unies*, La Nature, 2013-1, Vol. 34, pp.193-194.

Petrolera Ecuatoriana « CEPE », qui deviendra « PetroEcuador ». A partir des années 1990, la société Texaco a arrêté ses activités dans le pays et transféra la gestion à la société PetroEcuador. Les effets de l'opération d'investissement sur l'environnement et les populations locales demeurent d'une particulière gravité¹⁵¹⁷. Lors des activités de forage des puits de pétrole, une quantité massive de déchets toxiques polluants ont été produits (boues de forage), et non traités par la société. Le stockage des produits toxiques dans des piscines mal isolées sans traitement adapté a conduit à des fuites et à la contamination des sols et des eaux de la région. Par ailleurs, la société aurait également déversé directement ces produits dans les eaux environnantes ou brûlé les déchets sans considération des effets graves sur les populations et l'environnement. Des centaines de milliers d'hectares de terres auraient été pollués sur l'un des territoires les plus riches en diversité. Il en résulta une pollution massive engendrant les problèmes connus sur les populations paysannes et indigènes de la Province équatorienne, tels que l'affectation de la qualité de l'eau, la disparition de certains peuples autochtones pourtant présents sur des terres ancestrales, des déplacements de population, l'explosion du taux de mortalité dans la région, un foisonnement de maladies. C'est donc une série d'atteintes à la sécurité alimentaire et à l'environnement qui sont mis en lumière. Les dommages relatifs à la sécurité alimentaire, à l'environnement, à la santé ont conduit à la mise en œuvre d'une multiplicité de procédures devant les juridictions nationales et internationales¹⁵¹⁸ qui apparaissent inadaptées aux enjeux de l'intérêt public alimentaire et des droits des populations. C'est la raison pour laquelle la mise en œuvre de nouvelles qualifications comme l'écocide pourrait constituer un levier tant sur le plan de la responsabilité des investisseurs que sur le plan des droits des victimes d'atteintes alimentaires et environnementales.

634. Chevron I - Incompétence du juge américain. Tout d'abord, le point de départ du contentieux se situe en 1993, date à laquelle une première *class action* est introduite à l'encontre de Texaco Inc. (*Aguinda v. Texaco*) devant un tribunal américain. Le juge a opéré sur le fondement du

¹⁵¹⁷ La gestion de l'eau par Chevron ne répondait aux pas techniques généralisée aux États-Unis, notamment celles du traitement chimique ou de la réinjection de l'eau de production dans les puits. Si dans les États d'Amérique latine les pratiques de gestion de l'eau n'étaient pas encore démocratisées à cette période. En revanche, la société américaine Chevron avait une parfaite connaissance de ces techniques, spécialement en raison de l'interdiction de déversement de l'eau de production dans l'environnement sur le sol américain, territoire sur lequel elle opérait, et aussi par sa participation à l'élaboration des bonnes pratiques pour le traitement de l'eau de production aux États-Unis. Voy. sur la question : J. CORTI-VARELA, *op. cit.* 193-194.

¹⁵¹⁸ Voy. H. MUIR WATT, « Chevron, l'enchevêtrement des fors, un combat sans issues ? », *Rev. crit. DIP* 2011. 339.

*forum non conveniens*¹⁵¹⁹ et déclaré son incompétence¹⁵²⁰ en raison d'une insuffisance de rattachement à la juridiction américaine. L'année suivante, l'Équateur, PetroEcuador et TexPet ont reconnu leur responsabilité dans un accord¹⁵²¹ en échange d'une absence de poursuites.

635. Chevron II - Condamnation par les juridictions équatoriennes. En 2003, l'affaire s'est poursuivie devant les juridictions nationales équatoriennes et une plainte fut déposée à l'encontre de Chevron¹⁵²². Parallèlement, Chevron invoquait l'indépendance de la filiale Texpet, la coresponsabilité de PetroEcuador, et la réparation des dommages effectuée selon un accord de 1998 où sa filiale TexPer avait procédé à une remise en état des sites pollués¹⁵²³. Par ailleurs, l'impartialité du juge¹⁵²⁴ et le fait que Chevron n'avait jamais opérée en Équateur ont été mis en lumière par cette dernière. Dans son arrêt du 11 février 2011¹⁵²⁵, la Cour a condamné Chevron à verser la somme de 9, 5 milliards de dollars aux demanderessees et aux fins de remise en état des sites pollués. Le 3 février 2012, la Cour d'appel a suivi le raisonnement des juges de première instance en supprimant la condamnation portant sur la réparation morale¹⁵²⁶. Chevron n'a pas reconnu la décision de justice équatorienne en invoquant notamment l'absence de base scientifique et le défaut de prise en compte des fraudes accablantes lors de la procédure¹⁵²⁷.

636. Chevron III - Répliques de l'investisseur. Dans le même temps, Chevron a introduit en février 2011 une action pénale aux États-Unis sur le fondement de la loi américaine de prévention et de répression du racket et de la corruption (RICO) portant sur le crime organisé en mettant directement en cause l'avocat américain des victimes. En 2014, le tribunal fédéral de première instance (U.S. District Court) a rendu une décision favorable à Chevron en mettant en lumière le caractère frauduleux du procès en Équateur et en confirmant que la condamnation équatorienne ne

¹⁵¹⁹ « Dans la Common Law, la théorie du Forum non conveniens a pour but d'éviter qu'une juridiction soit obligée de juger une affaire qui lui est soumise dans les hypothèses où cette affaire ne présente pas de rattachement suffisant à son ordre juridique, mais peut en revanche être rattachée de manière plus directe à un ordre juridique dont les juridictions pourraient se déclarer compétentes ». Définition proposée par Olivier DUBOS in « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ? », *JDI* n° 4, Octobre 2012, var. 4, § 7. Voy. aussi sur la question : E.-L. BARRE Jr., « Doctrine of Forum Non Conveniens », *35 Cal. L. Rev.* 380, 1947.

¹⁵²⁰ *Aguinda v. Texaco Inc.*, *945 Federal Supplement*, p. 625. (SDNY 1996).

¹⁵²¹ TexPet aurait versé 2 millions dollars pour des projets en faveur des populations, dont un million acquitté aux fédérations indigènes Kichwa, tandis que pour des raisons brumeuses d'autres peuples indigènes comme les Huaorani ou les Secoua n'auraient reçu aucune somme. Dans le même temps, 4,6 millions de dollars ont été versés à la préfecture de Sucumbios et à certaines municipalités en contrepartie du renoncement à toute procédure à l'encontre de la société. Voy. J. CORTI-VARELA, *op. cit.*, pp. 193-194.

¹⁵²² *Aguinda v. ChevronTexaco Corp. (affaire Lago Agrio)*, *Corte Suprema de Justicia de Nueva Loja (Lago Agrio)*, affaire 002/2003.

¹⁵²³ J. CORTI-VARELA, *op. cit.*, p. 200.

¹⁵²⁴ Le Président de la Cour a été filmé alors qu'il recevait d'une somme d'argent de la part du gouvernement pour qu'il rende un jugement en faveur des victimes. En réponse, ce dernier fut destitué.

¹⁵²⁵ *Cour provinciale de Sucumbios, Arrêt Lago Agrio*, 1ère instance, affaire 2003-2004, 14 février 2011.

¹⁵²⁶ *Cour provinciale de Sucumbios, Arrêt Lago Agrio*, appel, affaire 2011-0106, 3 février 2012.

¹⁵²⁷ Position de la société Chevron, Mars 2014, disponible en ligne sur le site www.chevron.com, le 15 avril 2018.

pouvait être exécutée aux États-Unis¹⁵²⁸. En 2016, la Cour d'appel a confirmé la décision en réaffirmant que la décision équatorienne était empreinte de corruption.¹⁵²⁹ Chevron a également saisi la Cour permanente d'arbitrage de la Haye (CPA) en invoquant l'inapplicabilité de la décision équatorienne, l'absence de sa responsabilité dans la réalisation des dommages environnementaux et l'accord négocié en 1998 par lequel sa filiale avait reconnu sa responsabilité et procédé au paiement nécessaire à la remise en l'état. La CPA a confirmé la violation du Traité bilatéral d'investissement entre l'Équateur et les États-Unis et condamné l'Équateur à verser la somme de 96 millions de dollars à Chevron¹⁵³⁰. Ainsi, la mise en place d'incrimination telles que l'écocide et l'écocrime pourrait permettre d'offrir une voie juridictionnelle adaptée pour les victimes des agissements de sociétés à l'image de l'affaire Chevron.

637. En parallèle à l'écocide et à l'écocrime, il serait envisageable de créer une incrimination alimentaire spéciale.

638. **La proposition d'une incrimination alimentaire spéciale.** Sur le modèle de l'écocide développé par un collectif de chercheurs¹⁵³¹, le crime alimentaire désignerait *des actes illicites commis intentionnellement dans le cadre d'une action généralisée ou systématique et qui porte atteinte à la sécurité alimentaire*. Il s'agirait des atteintes alimentaires les plus graves. Ce type d'atteintes est susceptible d'être catégorisé en quatre violations caractérisant dans cette étude le risque alimentaire¹⁵³²: la violation à la répartition équitable des ressources, la violation à l'accessibilité, la violation à la durabilité, et la violation au critère culturel. Il faudrait aussi prévoir une échelle de gravité. Le crime alimentaire serait au sommet. Pour des infractions moins graves, il pourrait être imaginé sur le modèle de l'écocrime l'hypothèse d'une atteinte alimentaire à la personne¹⁵³³. Dès lors, cette infraction correspondrait à une mise en danger d'autrui consécutive à une atteinte alimentaire. Il s'agirait comme sur le modèle de l'écocrime « *des actes illicites incriminés commis intentionnellement ou par négligence au moins grave qui créent un risque de causer la mort ou de graves lésions à des personnes*¹⁵³⁴ » en raison d'une atteinte alimentaire grave. Par exemple, le cas de l'Holodomor correspond à une situation qui pourrait être caractérisée par cette incrimination

¹⁵²⁸ *United States District Court, Southern district of New York, Chevron corp. c. Dozinger et al*, March 4, 2014, Case 1 : 11-cv-00691-LAK-JCF.

¹⁵²⁹ *Chevron Corp. v. Donziger*, Nos. 14-0826(L), 14-0832(C), 2016, WL 4173988, Aug. 8, 2016.

¹⁵³⁰ *District Court of The Hague, The Republic of Ecuador v. Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company*, C/09/477457 / HA ZA 14-1291, 20 January 2016.

¹⁵³¹ *Supra* § 623. Voy. L. NEYRET (dir.), *op. cit.*, p. 452. L'écocide désigne « *des actes illicites commis intentionnellement dans le cadre d'une action généralisée ou systématique et qui porte atteinte à la sûreté de la planète* ».

¹⁵³² *Supra* § 270 et s.

¹⁵³³ *Supra* § 627.

¹⁵³⁴ L. NEYRET (dir.), *op. cit.*, p. 452.

alimentaire spéciale. Ce terme désigne la grande famine en Ukraine et au Kouban entre 1932 et 1933. A la différence d'autres famines ayant frappé l'URSS à cette époque, elle n'est pas le résultat de sécheresses ou d'inondations mais le fruit de la politique soviétique exercée en Ukraine¹⁵³⁵. En effet, la collectivisation forcée des campagnes qui débute à partir de 1930 s'est opérée notamment par des prélèvements extrêmement importants réalisés sur les récoltes des paysans. L'objectif du régime était l'industrialisation du pays. Cette situation a été l'un des facteurs de résistance de la paysannerie. C'est par la faim que Staline aurait souhaité mettre fin aux révoltes dans la région conduisant à des millions de morts. Les correspondances de Staline, les témoignages de la communauté ukrainienne émigrée, les rapports de police ou encore les lettres des paysans affamés retrouvés ont permis de comprendre et de reconstituer ce drame¹⁵³⁶. Dès lors, l'hypothèse de « la famine meurtrière¹⁵³⁷ » a été confirmée.

Une telle infraction pourrait être invoquée devant la Cour pénale internationale ou par la mise en place d'un tribunal spécial compétent pour juger des affaires les plus graves portant sur la sécurité alimentaire.

639. Remarques. Le *Projet de Conventions Ecocide et Ecocrime*¹⁵³⁸ et la proposition d'une incrimination alimentaire spéciale permettent d'envisager une responsabilisation de l'investisseur ainsi qu'une réponse aux crimes environnementaux et alimentaires à l'heure où règne de sévères lacunes juridiques. A ce titre, nous ne pouvons qu'adhérer à la mise en place d'un Procureur international de l'environnement¹⁵³⁹. Cette proposition apparaît particulièrement adaptée, comme certains auteurs l'ont déjà précisé. Elle aurait eu le mérite dans l'affaire Chevron d'éviter les revendications portant sur la coopération de la justice équatorienne et l'impartialité des juges, principal élément sur lequel Chevron s'est appuyé pour rejeter la décision de justice à son encontre¹⁵⁴⁰. Si l'investisseur n'a eu de cesse de rappeler le caractère frauduleux de la décision équatorienne prise à son encontre, ces activités dommageables à l'encontre de l'environnement et de la sécurité alimentaire des populations n'en sont pas pour autant supprimées. A ce titre, l'Equateur a déclaré que les effets néfastes de la société Chevron demeuraient pour l'heure toujours visibles et continuel renseignant sur le besoin urgent d'une législation internationale à la hauteur des enjeux environnementaux et alimentaires. A côté du Procureur international de l'environnement, un

¹⁵³⁵ Voy. p. ex. sur ce J. MACE, *Communism and the Dilemmas of National Liberation : national Communism in Soviet Ukraine, 1918-1933*, CUP, 1983.

¹⁵³⁶ N. WERTH, « Retour sur la grande famine ukrainienne de 1932-1933 », *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 121, Janvier-mars 2014, p. 78.

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ L. NEYRET (dir.), *op. cit.*, p. 452.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ Sur la question. Voy. K. MARTIN-CHENUT et C. PERRUSO, « L'affaire Chevron-Texaco et l'apport de conventions Ecocrime et Ecocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales » in L. NEYRET (dir.), *op. cit.* p. 85.

Procureur international de l'alimentation serait aussi une voie admissible pour traiter des atteintes alimentaires.

640. Si la proposition d'un encadrement juridique international sur le fondement de l'écocide, de l'écocrime et d'une incrimination alimentaire spéciale apparaît être l'une des meilleures voies de lutte contre les crimes alimentaires et environnementaux les plus graves, la qualification d'ethnocide, non reconnu en droit international mets à son tour à nu les difficultés de parvenir à un droit « miroir » des situations factuelles.

B.- Ethnocide et investissement international

641. L'opération d'investissement est-elle susceptible de conduire à une qualification d'ethnocide ? Il convient de s'intéresser à son identification et à sa mise en oeuvre en vue de saisir les situations par lesquelles les opérations d'investissements conduisent à un ethnocide.

1°) L'identification de l'ethnocide

642. Montesquieu a écrit que « *Dans ces conquêtes, il ne suffit pas de laisser à la nation vaincue ses lois ; il est peut-être plus nécessaire de lui laisser ses moeurs, parce qu'un peuple connaît, aime et défend toujours plus ses moeurs que ses lois*¹⁵⁴¹ ».

643. Les investissements internationaux sont susceptibles de conduire à la destruction culturelle d'un peuple. Il ne fait nul doute que cette destruction ne constitue pas une finalité pour l'investisseur, elle n'est qu'un effet de l'investissement. L'anéantissement de l'alimentation culturelle révèle des situations par lesquelles un processus de destruction est impulsé par le système économique, soutenu par les Etats et achevé par les investisseurs. Dans certaines circonstances, l'alimentation culturelle, droit humain, s'oppose à des opérations d'investissements et s'éteint au nom de l'intérêt général. A ce titre, la dépossession des terres des communautés autochtones en vue de la réalisation de projets d'investissements infrastructurels a lieu en vertu de l'intérêt général. La mise en place de tels projets n'a d'autres buts que de servir le plus grand nombre, contribuer au développement et garantir la pérennité de l'économie. En revanche, des effets négatifs d'une extrême gravité sont susceptibles d'apparaître pour les minorités autochtones.

644. D'abord, la privation des terres ancestrales indissociables de la culture des communautés constitue la première étape. De manière générale, cette dépossession des terres est légale et encadrée par les Etats sur le fondement de l'expropriation. Ensuite, le déroulement de la procédure de

¹⁵⁴¹ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, liv. V, chap. XI, cité in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS, J. POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, p. 361.

dépossession est souvent le même dans chaque Etat et devrait être orchestré sur la base d'un modèle consensuel et participatif à la lumière du droit international. Si des procédés compensatoires (indemnisation, relocalisation etc.) sont mis en œuvre, ils ne permettent pas nécessairement d'éviter les conflits sociaux et juridiques susceptibles d'émerger ni la neutralisation temporaire des investissements. Enfin, la destruction culturelle peut s'accompagner d'une destruction environnementale. Sous l'angle de la sécurité alimentaire, le cocktail d'atteintes culturelles et environnementales attaché à un investissement suffit à révéler l'ampleur de sa négativité.

645. Ethnocide et génocide culturel. A l'origine, Raphaël Lemkin, père de la notion de génocide, considérait que l'ethnocide et le génocide exprimaient la même idée¹⁵⁴². Les termes de génocide et ethnocide ont pour origine le grec ancien, *genos* (*race, tribu*) et *ethnos* (*nation*). La racine cide vient du latin et désigne l'acte de tuer¹⁵⁴³. L'auteur estime que le génocide est constitué de deux phases : « *one, destruction of the national pattern of the oppresser group; the other, the imposition of the national pattern of the oppressor*¹⁵⁴⁴ ». Dans son ouvrage, il considère que le génocide peut se dérouler dans différents domaines¹⁵⁴⁵ : politique, social, culturel, économique, biologique, physique et moral. Cette vision extensive du génocide n'a pas été retenue en droit international.

646. L'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu le génocide en 1946 et consacré ce crime dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. Sa définition reste étroite contrairement aux travaux préparatoires. L'article 2 de cette Convention expose les éléments matériels sur lesquels repose le génocide¹⁵⁴⁶ : a) Meurtre de membres du groupe; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Pour être constitué, le génocide suppose aussi « une intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux¹⁵⁴⁷ ». L'élément intentionnel est cardinal pour parvenir à la qualification de génocide et n'est pas sans poser de difficultés, notamment en matière de preuves. Cette liste limitative des hypothèses de génocide ne s'étend pas au génocide

¹⁵⁴² Voy la note de bas de page n°1 in R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe : Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, Washington, D.C, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79.

¹⁵⁴³ R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe : Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, Washington, D.C, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, pp. 82-90.

¹⁵⁴⁶ Article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, approuvée et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948, entrée en vigueur : le 12 janvier 1951, conformément aux dispositions de l'article XIII.

¹⁵⁴⁷ Article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *op. cit.*

culturel. La reconnaissance de ce crime a été rejetée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁵⁴⁸ et la Commission de droit international (CDI) a clairement précisé que seuls les génocides physiques et biologiques devaient être pris en considération. Il faut donc retenir :

« La destruction matérielle d'un groupe déterminé par des moyens soit physiques, soit biologiques, et non pas la destruction de l'identité nationale, linguistique, religieuse, culturelle ou autre de ce groupe. L'élément national ou religieux n'est pas pris en considération dans la définition du mot « destruction », non plus que l'élément racial ou ethnique. La destruction doit s'entendre seulement dans son sens matériel, son sens physique ou biologique¹⁵⁴⁹ ».

Dans les pas de la CDI, la jurisprudence internationale a considéré que :

« (...) Le droit international coutumier limite la définition du génocide aux actes visant à la destruction physique ou biologique de tout ou partie du groupe. N'entrerait donc pas dans le cadre de la définition du génocide une entreprise qui s'en prendrait exclusivement, en vue de les annihiler, aux traits culturels et sociologiques d'un groupe humain, fondements de son identité. La Chambre de première instance fait toutefois remarquer que la destruction physique ou biologique s'accompagne souvent d'atteintes aux biens et symboles culturels et religieux du groupe pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement (...)»¹⁵⁵⁰.

647. Ethnocide. L'ethnocide désigne la destruction culturelle d'un peuple ou d'une ethnie sans procéder à sa destruction physique. Pour certains, lorsque le génocide et l'ethnocide agissent de concert, « *les hommes sont détruits dans leur existence physique, mais aussi dans leurs productions culturelles*¹⁵⁵¹ ». Or, il apparaît nécessaire de distinguer le génocide de l'ethnocide. Sur le modèle de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948¹⁵⁵², l'ethnocide pourrait s'entendre de l'un quelconque des actes ci-après : a) Atteinte grave à l'intégrité culturelle des membres d'un groupe ; b) Soumission intentionnelle ou non intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction culturelle totale ou partielle. Cette définition sur le modèle du génocide révèle la liaison entre les deux notions notamment sur l'aspect intentionnel. A notre sens, le génocide culturel comprend la dimension de la destruction physique et de la destruction culturelle, alors que l'ethnocide ne comprend que le volet de la destruction culturelle, la destruction physique est absente. Toutefois, l'effet peut être le même. Ces deux voies (génocide

¹⁵⁴⁸ La notion de génocide culturel a été refusée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale, par 25 voix contre 6, avec 4 abstentions et 13 délégations absentes in TPIY *Le procureur c/ Radislav Krsti*, affaire n° IT-98-33T, Jugement, 2 août 2011, p. 239, Note de bas de page 1284.

¹⁵⁴⁹ CDI, Rapport sur les travaux de la quarante-huitième session, *Annuaire de la CDI*, TPIY, jugement, 1996, Vol. II, p. 48 § 12.

¹⁵⁵⁰ TPIY *Le procureur c/ Radislav Krsti*, affaire n° IT-98-33T, Jugement, 2 août 2011, p. 239, § 580.

¹⁵⁵¹ N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS, J. POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, P.U.F, 1996, p. 354.

¹⁵⁵² Article II. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948 : « Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) Meurtre de membres du groupe; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe ».

culturel et ethnocide) sont susceptibles de conduire à la disparition d'un peuple. Alors que le génocide repose sur une intention de détruire, l'ethnocide suppose aussi une intention d'assimilation. Dans les deux hypothèses, l'idée de destruction reste omniprésente.

648. Ethnocide et assimilation forcée. Si l'ethnocide n'est pas consacré en droit international, le terme d'assimilation forcée est employé par les Nations Unies. L'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2007 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones¹⁵⁵³ est un premier pas encourageant. L'article 8 de cette Convention reconnaît, d'une part le droit pour les autochtones, peuples et individus de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture, et d'autre part, invite les Etats à prendre des mesures préventives et mettre en place si nécessaire des réparations efficaces pour : a) Tout acte ayant pour but ou pour effet de priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles ou leur identité ethnique ; b) Tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources ; c) Toute forme de transfert forcé de population ayant pour but ou pour effet de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits ; d) Toute forme d'assimilation ou d'intégration forcée ; e) Toute forme de propagande dirigée contre eux dans le but d'encourager la discrimination raciale ou ethnique ou d'y inciter. Cette Déclaration révèle la volonté de prendre en considération les droits des peuples autochtones. Il est établi dans son préambule les injustices historiques subies par les peuples autochtones tels que la dépossession des terres, territoires, et ressources qui ont neutralisé leur droit au développement¹⁵⁵⁴. Ces injustices sont qualifiées d'historiques mais se caractérisent par leur permanence. Pour finir sur ce point, l'absence de caractère contraignant de la Déclaration témoigne de sa portée limitée et n'offre pas une voie convaincante pour la réalisation du droit à l'alimentation culturelle.

2°) Mise en oeuvre : Ethnocide et « ethnocrime »

649. Intention et ethnocide. Les investissements internationaux peuvent contribuer à la perte d'identité culturelle d'un peuple à laquelle reste étroitement liée la destruction de l'alimentation culturelle. Il faut noter que même dans la forme la plus extrême, l'opération d'investissement ne répond pas forcément à la condition de l'intentionnalité. Ainsi, l'ethnocide désigne une situation par laquelle « *on dénie aux membres d'un groupe ethnique, collectivement ou individuellement, le droit*

¹⁵⁵³Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 61/295, 107e séance plénière, 3 septembre 2007.

¹⁵⁵⁴ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, *op. cit.*

*d'utiliser, de développer et de transmettre leur langue et leur culture propres*¹⁵⁵⁵ ». Par exemple, le génocide amérindien comprend une dimension destructrice culturelle et une dimension destructrice physique¹⁵⁵⁶. Il s'agit à notre sens d'un génocide culturel (conditions cumulatives : destruction physique+destruction culturelle). L'alimentation et la destruction culturelle sont consubstantielles dans les cultures autochtones. A ce titre, l'extermination du mode d'alimentation ancestral conduit à la destruction culturelle du peuple et donc à terme à sa disparition. Bien qu'un opérateur économique par la mise en oeuvre de son investissement puisse ne pas reconnaître à un groupe ethnique le droit d'utiliser leurs terres et de s'alimenter à la lumière des méthodes ancestrales d'alimentation de son peuple, l'intention de destruction n'existe pas forcément contrairement au génocide. Dès lors, l'ethnocide dans sa forme la plus grave suppose une intentionalité mais est susceptible de conduire à la destruction d'un peuple sans que le caractère intentionnel soit relevé. Le degré de gravité se détermine aussi par rapport à l'intentionnalité.

650. Éthnocrime. En l'absence de destruction culturelle mais d'atteintes culturelles, l'ethnocide est inopérant. Pour autant, certaines opérations d'investissements sont susceptibles d'altérer l'alimentation culturelle d'un peuple. C'est donc vers une autre qualification qu'il convient de se tourner en vue de puiser dans le parallèle écocide/écocrime. Dès lors, sur le modèle de l'écocrime, l'ethnocrime permet d'envisager des situations où le degré de gravité apparaît moindre que l'ethnocide tout en restant grave et permet d'englober les opérations d'investissements conduisant à des atteintes culturelles intentionnelles ou non intentionnelles d'un peuple. Par exemple, la pollution d'un fleuve par négligence est susceptible de répondre à la qualification d'écocrime, mais si la contamination des eaux se situe sur le territoire de communautés autochtones, la qualification ethnocrime, pourrait intervenir comme une sorte de « circonstance aggravante ». Elle aurait pour effet de renseigner sur le double péril d'atteinte à l'environnement et d'atteinte à l'alimentation culturelle des communautés autochtones. Il ne s'agit pas seulement d'une atteinte à la personne mais d'une atteinte à un groupe et à sa dimension culturelle alimentaire. Cela pourrait induire une double réparation, l'une sur le fondement de l'atteinte à l'environnement et l'autre sur le fondement de l'atteinte à l'alimentation culturelle du groupe. Par l'ethnocrime, le droit se saisit du particularisme des atteintes à l'encontre des communautés autochtones et de la nécessité de protéger les peuples autochtones comme un ensemble, un collectif réunis autour d'une culture ancestrale commune, susceptible d'être détruite par la généralisation des opérations d'investissements sur les terres des peuples autochtones.

¹⁵⁵⁵ L'Unesco et la lutte contre l'ethnocide, Déclaration de San José, 1981.

¹⁵⁵⁶ Voy. p.ex. B. MADLEY, « An American genocide : the United States and the California Indian catastrophe, 1846-1873 », *New Haven : Yale University Press*, 2016.

651. L'approche par le droit substantiel révèle donc l'inadaptabilité du droit à se saisir des risques et des crimes alimentaires lorsqu'une opération d'investissement affecte les droits alimentaires des populations. Le juge de l'investissement reste loin de recevoir et de relever les qualifications juridiques envisagées (ecocide, ethnocide, ecocrime ...) alors qu'il constitue un témoin privilégié de ce type d'atteintes et que de nombreuses situations alimentaires demeurent affectées par des opérations d'investissements négatives. Il appartiendra donc certainement à un autre juge - peut-être par le biais d'un tribunal alimentaire spécial ou de la Cour pénale internationale- de se prononcer un jour sur ces situations environnementales et alimentaires les plus graves susceptibles d'être générées par une opération d'investissement, malgré les possibilités d'adaptation et d'évolution de la mission de l'arbitre d'investissement. Dès lors, il faudra bien saisir la position du juge de l'investissement en regard des futures juridictions qui seraient amenées à se prononcer sur ces hypothèses au croisement de l'investissement et de la sécurité alimentaire. Ces développements éclairent donc sur l'insuffisance des normes alimentaires, des qualifications juridiques alimentaires et l'urgence nécessaire d'identifier les risques alimentaires dans le droit international des investissements. La mise en œuvre de la qualification dans le sens d'un renouvellement du droit apparaît une voie intéressante. Sous cet angle, l'approche procédurale renseigne aussi sur les mutations et la considération alimentaire sous l'impulsion de la société civile agissant en qualité *d'amicus curiae*.

Section 2.- L'adaptation par le droit procédural

652. L'intervention de tierce partie dans la procédure d'arbitrage est révélatrice d'un phénomène global qui dans l'arbitrage d'investissement témoigne de la dimension d'intérêt public des affaires (I). Dans le même temps, le tribunal arbitral est dépositaire d'un pouvoir discrétionnaire par lequel il détient la faculté tantôt d'exclure les organisations agissant en qualité d'*amicus curiae*, tantôt de les admettre (II).

§ 1.- La participation de *l'amicus curiae* aux différends

653. La place des amici dans la procédure arbitrale n'a cessé de croître (A), pour autant, leur portée soulève des questions et demeure encore limitée (B).

A.- Le développement de *l'amicus curiae* dans la procédure arbitrale

654. *L'amicus curiae* désigne « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge ». En d'autres

termes, il s'agit d'un acteur de la société civile autorisé à intervenir dans une procédure¹⁵⁵⁷. Les investissements internationaux n'ont pas échappé à l'influence, certes limitée mais réelle, de *l'amicus curiae*¹⁵⁵⁸. Le rôle et la nature de *l'amicus curiae* ne sont pas précisément définis dans la jurisprudence arbitrale du CIRDI. Toutefois, les amis de la Cour sont reconnus dans d'autres systèmes juridiques. Le mouvement d'intégration des organisations non gouvernementales (ONG) dans la procédure de règlement des différends s'est manifesté en droit du commerce international au sein de l'OMC. Une controverse s'est dessinée afin de savoir si les groupes spéciaux et l'Organe d'appel étaient susceptibles d'accepter les communications adressées par les ONG. Ces dernières ne sont ni parties ni tierces parties au litige. La difficulté était que le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends à l'OMC n'apportait pas de réponse explicite. Il en était de même concernant les Procédures de travail pour l'examen en appel. Il faut toutefois relever que l'article 13 du Mémoire relatif au droit de demander des renseignements dispose que :

1. Chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques. Toutefois, avant de demander de tels renseignements ou avis à toute personne ou à tout organisme relevant de la juridiction d'un Membre, il en informera les autorités de ce Membre. Les Membres devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un groupe spécial qui jugerait ces renseignements nécessaires et appropriés. Les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis.
2. Les groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. A propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts. Les règles régissant l'établissement d'un tel groupe et les procédures de celui-ci sont énoncées dans l'Appendice 4.

En dépit de vives controverses et de l'avis contraire de certains Membres, l'Organe d'appel a accepté la possibilité d'une participation *des amici*. D'après certains membres, les différends soumis à l'ORD ne concernent que les Membres et devraient pas être étendus aux ONG, non parties. Ainsi, les groupes spéciaux peuvent user de leur pouvoir discrétionnaire et prendre en considération les mémoires des *amici curiae*. En revanche, on constate que malgré cet accord de participation, *les amici curiae* ne sont que peu autorisés à participer en pratique.

¹⁵⁵⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018.

¹⁵⁵⁸ Sur la question, voy.p.ex : B. STERN « L'entrée de la société civile dans le règlement des différends entre Etat et investisseur », *Rev. arb.*, 2002, pp. 329-345 ; S. MENÉTREY, La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires, *JDI n° 4*, Octobre 2010, doctr. 13 ; E. DE BRABANDERE, NGOs and the « Public Interest » : The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes : *Chicago Journal of International Law* 2011-2012, vol. 12 :1, p. 85 ; F. GRISEL et J.-E. VINUALES, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review*, 2007, vol. 23, p. 380. J.-E. VINUALES, « Amicus Intervention in Investor-State Arbitration » in *Dispute Resolution Journal*, November 2006 - January 2007, pp. 72-81. Pour une thèse : S. MENÉTREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Thèse Paris 1 et Laval, Dalloz, 2010.

655. A l'image du droit de l'OMC, les *amici curiae* se sont développés dans le cadre des investissements internationaux. C'est dans l'affaire *Methanex*¹⁵⁵⁹ que s'est manifestée la première demande des *amici curiae*. Malgré l'opposition des parties, la société Methanex et le Mexique, le tribunal arbitral a répondu favorablement à la demande dans cette affaire fondée sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En justification de cette demande, les *amici curiae* ont soulevé que :

« The issues in this case are matters of public interest distinct from the commercial issues that arbitration processes normally handle. It is because of this vital public interest dimension that the IISD wishes to submit an amicus brief in this case ¹⁵⁶⁰ ».

Dès lors, c'est bien la dimension d'intérêt public qui justifie la participation des *amici curiae* et qui constitue une condition stricte et nécessaire à leur acceptation dans la procédure d'arbitrage. L'affaire Methanex constitue la première de nombreuses autres affaires dans lesquelles les *amici curiae* ont souhaité prendre partie. Dans cette affaire, les amici ont demandé 1) l'autorisation d'une présentation des communications écrites 2) l'accès aux documents nécessaires 3) l'accès aux audiences publiques 4) l'autorisation d'une présentation d'arguments à l'oral. Le tribunal a répondu favorablement à l'ensemble des demandes, excepté la dernière.

656. Du côté du CIRDI, l'article 44 de la Convention de Washington prévoit que :

« Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal ».

Le tribunal dispose désormais d'un pouvoir d'appréciation à l'image de l'OMC pour apprécier et considérer la participation des *amici curiae* au différend. La participation de ces derniers à la procédure d'arbitrage constitue « *un gage de transparence et de légitimité*¹⁵⁶¹ » non négligeable d'une part pour l'image des sociétés multinationales et d'autre part pour asseoir la légitimité des tribunaux arbitraux.

L'article 37(2) du règlement d'arbitrage CIRDI dispose que :

2) Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

¹⁵⁵⁹ *Methanex c. Etats-Unis*, UNCITRAL, IISD's Application for Amicus Standing, Petition to the arbitral tribunal in the Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, 25 août 2000.

¹⁵⁶⁰ *Methanex*, *op. cit.* § 3.3.

¹⁵⁶¹ S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, thèse, 2010, p. 79.

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante.

657. Il est clair que l'on assiste à une « généralisation¹⁵⁶² » des *amici curiae* dans l'ensemble des procédures arbitrales internationales. A ce titre, l'article 17(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, révisé en 2013, dispose que :

Sous réserve des dispositions du présent Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure chacune d'elles ait une possibilité adéquate de faire valoir ses droits et proposer ses moyens. Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties.

C'est ainsi que l'influence des *amici curiae* perce le droit international des investissements et permet au juge d'obtenir un angle de vue global offert par ces informateurs avertis sur l'intérêt public de l'affaire.

B. La portée

658. La portée de l'intervention de la société civile dans la procédure d'arbitrage reste positive¹⁵⁶³ mais limitée¹⁵⁶⁴. Si des doutes sur l'utilité et l'influence des amici se posent, leur acceptation dans la procédure est une voie encourageante¹⁵⁶⁵. Par le biais de mécanismes procéduraux, une nouvelle vision de l'intégration des droits fondamentaux pour concilier le champ économique et social a été préconisée. A la suite du constat d'un manque d'instruments à disposition de l'arbitre afin de pleinement consacrer des principes reposant sur des valeurs non économiques comme le droit fondamental d'accès à l'eau, l'idée d'un principe d'accompagnement social et environnemental dans le contentieux international lié à l'investissement a commencé à fleurir.¹⁵⁶⁶ La pratique de l'*amicus curiae* s'est accrue et certains traités bilatéraux d'investissement font directement référence à cette technique procédurale. A titre d'exemple, l'article 28 §3 du TBI modèle des États-

¹⁵⁶² S. MENÉTREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Thèse, Dalloz, 2010.

¹⁵⁶³ P. MAYER, « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », in *L'eau en droit international*, SFDI, Paris, Pedone 2011, p. 183.

¹⁵⁶⁴ P. MAYER, *op. cit.*, ; M. CUQ, « Le droit des investissements étrangers et l'accès à une alimentation adéquate » in F. COLLART DUTILLEUL, *Penser une démocratie alimentaire (vol. I)*, Inida 2013, p.123.

¹⁵⁶⁵ T. BACCOUCHE, « L'affaire Aguas Argentinas et al./V/ República Argentina : l'apport processuel », in F. COLLART DUTILLEUL, *Pensée une démocratie alimentaire (vol 2)*, Inida, 2014, p. 300.

¹⁵⁶⁶ S. MENÉTREY, « L'expression juridique d'un principe d'accompagnement social et environnemental de l'économie dans le contentieux international lié à l'investissement », Communication colloque INEADEC Bruxelles, novembre 2009.

Unis de 2004 souligne que « *(t)he tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entité that is not a disputant party* ».

659. Le support des amici curiae offre aux arbitres une vue d'ensemble sur le litige, il l'oblige à voir grand. Le Professeur Jean-Baptiste Racine a soulevé que « *la confrontation d'options divergentes, par le biais de cette technique procédurale, facilite le travail de construction d'une forme d'ordre public transnational*¹⁵⁶⁷ ». Dès lors, cet ordre bénéficie de l'influence de « *ces consultants extraordinaires*¹⁵⁶⁸ » et contribue à son émergence. Ainsi, certains ont souligné que l'admission de l'*amicus curiae* semble « *d'avantage subie que voulue*¹⁵⁶⁹ ». C'est bien la pression de la société civile qui impose au tribunal arbitral de s'ouvrir.

§ 2.- Le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral

660. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral et sa faculté d'appréciation déterminent l'intervention d'un *amicus curiae* qu'il peut autoriser à participer (A) ou rejeter (B).

A. - Le cas de refus d'une intervention de la société civile dans la procédure d'arbitrage

661. A l'origine, les tribunaux arbitraux d'investissement étaient réticents à l'idée qu'un tiers puissent intervenir dans la procédure. Au fil du temps, l'*amicus curiae* a réussi à s'imposer¹⁵⁷⁰. La dimension d'intérêts publics qui a transpercé l'arbitrage d'investissement rend légitime la participation des tiers en qualité d'*amicus curiae*, certains auteurs n'hésitant pas à qualifier l'arbitrage international d'investissement de « *Global Administrative Law*¹⁵⁷¹ ». Toutefois, si les amici curiae ont su démontrer leur influence, il n'en reste pas moins tributaire du pouvoir discrétionnaire du juge. La condition de l'intérêt significatif n'aide pas à saisir les circonstances par lesquelles *les amici curiae* seraient déclarés admissible¹⁵⁷². Ces acteurs de la société civile demeurent bel et bien un moyen d'intégrer et de considérer des valeurs extra-économiques dans un différend¹⁵⁷³. Pour autant, le tribunal arbitral ne se sent pas toujours tenu d'écouter ni de prendre en compte les éclairages de ces

¹⁵⁶⁷ J.-B. RACINE, « Les manifestations de l'ordre public dans l'arbitrage », in E. LOQUIN et S. MANCEAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 13.

¹⁵⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2018.

¹⁵⁶⁹ S. MENÉTREY, *op. cit.*, p. 179.

¹⁵⁷⁰ Voy. p. ex : UNCITRAL, *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1 ; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 ; CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 ; CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12.

¹⁵⁷¹ G. VAN HARTEN and M. LOUGHLIN, « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *17 EUR. J. INT'L L.* 121, 2006, p. 121. L'expression est reprise dans l'article suivant : E. LEVINE, « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *29 Berkeley J. Int'l Law*, 2011, p. 205.

¹⁵⁷² S. MENÉTREY, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵⁷³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 7^e ed.

consultants. Par exemple, dans l'affaire *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe*¹⁵⁷⁴, le tribunal arbitral a refusé l'intervention de la société civile. Le 26 juin 2012, le European Centre for Constitution and Human Rights ("ECCHR") et quatre communautés autochtones du Zimbabwe ont déposé une requête en qualité *d'amicus curiae* dans le cadre de l'affaire *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe*. Les *amici* ont fait plusieurs demandes : l'autorisation de déposer une communication écrite, l'accès aux documents de l'affaire, la permission d'assister aux audiences et la possibilité de pouvoir répondre à des questions spécifiques du Tribunal sur les observations écrites¹⁵⁷⁵. Tandis que les demanderesses se sont opposées aux demandes des *amici*, le Zimbabwe n'a opposé aucune objection à la requête à la condition que les dispositions soient en accord avec l'article 37(2) de la convention CIRDI et que les *amici* ne portent pas atteinte à « *la souveraineté et l'intégrité territoriale du Zimbabwe*¹⁵⁷⁶ ». Le tribunal a rejeté l'ensemble des demandes des *amici*. D'une part, les arbitres ont estimé qu'ils avaient le pouvoir discrétionnaire d'accepter l'intervention d'une tierce partie en vertu de l'ancien article 37(2) de la Convention CIRDI. D'autres part, les conditions pour déclarer recevable la requête n'étaient pas remplies selon le tribunal. Enfin, les circonstances ont conduit à laisser planer des doutes légitimes quant à l'indépendance et la neutralité des *amici*¹⁵⁷⁷.

B.- Le cas de l'admission de la requête en qualité d'amicus curiae

662. Le traitement d'admissibilité par les tribunaux arbitraux n'apparaît pas similaire. D'une part, le tribunal est susceptible d'accepter ou exclure la demande d'intervention des *amici*, et d'autre part, il peut autoriser certaines demandes et en rejeter d'autres. Par exemple, dans l'affaire *Aguas Argentinas*, le tribunal n'a pas répondu favorablement à l'ensemble des demandes. Le 28 janvier 2005, cinq organisations non gouvernementales¹⁵⁷⁸ ont présenté une requête en qualité *d'amicus curiae* dans l'affaire *Aguas Argentinas*¹⁵⁷⁹. Les cinq organisations ont appuyé la position de l'Argentine qui n'avait fait que prendre des mesures pour garantir le droit d'accès à l'eau pour la population. Considérant que l'affaire revêtait des enjeux d'intérêt public et concernait les droits les plus fondamentaux des habitants de la ville affectée par le conflit, les *amici curiae* ont fait plusieurs demandes au tribunal arbitral: l'autorisation de participation, l'accès aux audiences, l'autorisation de

¹⁵⁷⁴ CIRDI, *Bernhard von et autres c. Zimbabwe*, aff. n° ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015 § 36 .

¹⁵⁷⁵ *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe*, *op. cit.*, § 36

¹⁵⁷⁶ *Bernhard von Pezold*, §37.

¹⁵⁷⁷ *Bernhard von Pezold* § 38.

¹⁵⁷⁸ Les cinq organisations non gouvernementales étaient : Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Centro de Estudios Legales y Sociales, Center for International Environmental Law, Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, et Unión de Usuarios y Consumidores.

¹⁵⁷⁹ CIRDI, *Aguas Argentinas c. Argentine*, aff. n°. ARB/03/19, Order in response to a petition for transparency and participation as amicus curiae, 19 mai 2005.

présentation d'arguments oraux, et l'accès à l'ensemble des documents de l'affaire. Si le tribunal a accueilli favorablement la demande d'intervention, il a néanmoins exclu certaines des demandes.

663. L'intervention en qualité d'*amicus curiae*. Le tribunal s'est fondé sur l'article 44 de la convention CIRDI pour se déclarer compétent sur la recevabilité de l'intervention d'un tiers dans la procédure d'arbitrage. L'article 44 de la Convention CIRDI prévoit que :

Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.

Malgré les réticences des demanderessees, les arbitres ont considéré qu'ils étaient compétents pour se prononcer sur la recevabilité des *amici curiae*¹⁵⁸⁰ et ont énoncé trois critères d'admission¹⁵⁸¹ :

- i) la matière sur laquelle porte l'affaire. L'intérêt public justifie l'admission des *amici curiae* selon le tribunal, notamment lorsque l'issue de la décision a des répercussions sur la population et les acteurs du secteur de l'eau.
- ii) l'aptitude d'un tiers non partie à l'affaire à pouvoir agir. Les caractéristiques des *amici curiae* sont posés par les arbitres qui attendent une expertise, une expérience et une indépendance particulières¹⁵⁸².
- iii) la procédure à suivre pour la soumission de mémoires d'*amicus curiae*. Si le tribunal autorise la soumission de mémoires par les *amici*, il déterminera la procédure la plus appropriée pour protéger les droits procéduraux des parties et les droits fondamentaux¹⁵⁸³.

664. Accès aux documents de l'affaire. Les *amici curie* ont demandé à avoir l'accès à l'ensemble des documents de l'affaire¹⁵⁸⁴. Le tribunal n'a pas considéré comme nécessaire l'accès aux documents par les tiers non parties au litige à ce stade de la procédure¹⁵⁸⁵.

665. Accès et participation aux audiences. Les *amici* ont demandé l'accès aux audiences et l'ouverture au public comme dans les affaires *Methanex c. Etats-Unis et UPS c. Canada* où cette demande avait été acceptée. En plus du droit d'accès aux audiences, les *amici* ont souhaité pouvoir participer et donner un avis dans une affaire qui concernait l'intérêt public alimentaire. Le

¹⁵⁸⁰ *Aguas Argentinas*, §16.

¹⁵⁸¹ *Aguas Argentinas*, §17.

¹⁵⁸² *Aguas Argentinas*, §24.

¹⁵⁸³ *Aguas Argentinas*, §29.

¹⁵⁸⁴ *Aguas Argentinas*, § 30.

¹⁵⁸⁵ *Aguas Argentinas*, § 31.

consentement des parties est nécessaire pour activer la participation des *amici* en regard de l'article 32 de la convention CIRDI. Or, les demanderesses ont clairement refusé l'accès des audiences aux *amici* et demandé aux arbitres de rejeter l'ensemble des requêtes présentées. Le tribunal n'a pas la capacité de s'opposer à l'article 32 de la convention CIRDI. Le tribunal arbitral a refusé l'accès, la participation des *amici* aux audiences ainsi que leur demande de présentations orales. La transparence, l'accès et la participation de la société civile aux audiences ne pourraient-elles pas être exemptées d'autorisation des parties sous le contrôle de l'arbitre lorsque les affaires affectent directement un intérêt public essentiel ? Si la réponse est négative, il nous apparaît souhaitable qu'une évolution ait lieu afin d'obtenir une influence substantielle des amici dans la procédure arbitrale. Malgré des mesures prises en faveur de la transparence, celle-ci demeure encore « limitée¹⁵⁸⁶ » dans la procédure arbitrale. Ainsi, il n'y a pas de modélisation procédurale, un tribunal peut parfaitement satisfaire l'ensemble des demandes des *amici* ou autoriser la demande de participation mais rejeter l'accès à l'audience. En revanche, il ne fait aucun doute que les *amici* représentent une entrée procédurale en faveur et à disposition de la sécurité alimentaire dans les sphères du droit international des investissements.

Conclusion du chapitre 2

666. En définitive, les mécanismes de protections alimentaires dans le droit international des investissements s'avèrent d'une efficacité particulièrement limitée en vue de la concrétisation de la sécurité alimentaire. Vagues ou incertaines, la technique des exceptions comme celle de l'état de nécessité requièrent un renforcement davantage adapté aux circonstances spécifiques de la sécurité alimentaire et mériteraient de contenir une plus grande prévisibilité dans la détermination de leurs conditions d'application. A ce titre, la mise en œuvre d'une exception alimentaire permettrait certainement une meilleure prise en compte des considérations alimentaires dans le droit international des investissements tandis que l'état de nécessité devrait être saisi par certains éléments objectifs, notamment quant aux conditions de gravité d'une crise économique.

667. Dans le même temps, ces mécanismes constituent aussi des techniques à la disposition des arbitres lorsqu'ils souhaitent résoudre un conflit entre la norme alimentaire et la norme de protection d'investissement. Les développements précédents révèlent que sans une refonte, l'emploi de ces techniques restera inopérant. En effet, l'insuffisance de contenu de la norme alimentaire biaise sa réelle prise en compte et sa force normative face aux règles de protections substantielles des

¹⁵⁸⁶ OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États*, Éditions OCDE, juin 2005, p. 4.

investisseurs. Dès lors, la technique de la mise en balance des intérêts qui nous apparaît la voie la plus intéressante, impose une remise à niveau de la norme alimentaire afin que celle-ci bénéficie d'une protection comparable à la norme de protection des investissements. Partant, dans certaines circonstances les plus graves, la norme alimentaire devrait intégrer à terme des instruments plus efficaces tels que l'écocide ou encore une incrimination alimentaire spéciale demeurant des réponses appropriées aux crimes alimentaires dans le droit international des investissements. Pour autant, le juge de l'investissement reste très loin de recevoir et d'admettre de telles qualifications juridiques. Il n'est pas juge pénal. A moins que sa mission ne puisse s'adapter ou évoluer. Sinon, d'autres juges pourraient s'emparer de ces situations par le biais d'un tribunal spécial alimentaire ou de la Cour pénale internationale. Quoiqu'il en soit, le juge de l'investissement demeure un témoin précieux susceptible d'intervenir lors des rencontres entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux négatifs, encore faut-il lui en donner sans ambiguïté les moyens. Jusqu'alors, certaines situations alimentaires les plus graves affectées par une opération d'investissement ne bénéficient pas d'une appréhension et d'une réponse satisfaisante du droit. Enfin, l'intervention de tierces parties dans la procédure d'arbitrage encourage la réalisation de la sécurité alimentaire et renseigne sur la dimension d'intérêt public alimentaire des affaires dans le droit international des investissements. La participation des organisations en qualité *d'amicus curiae* appuie les considérations alimentaires et s'inscrit dans le sens d'une architecture nouvelle des investissements internationaux, mieux préparée, adaptée et sensibilisée aux enjeux alimentaires.

Conclusion du Titre I.

668. Si la bascule normative entre les normes de protection de l'investissement international et les normes alimentaires demeure envisageable, il n'en reste pas moins qu'elle impose d'élever et d'adapter cette dernière dans le droit international des investissements. Dès lors, avant de faire usage du principe de proportionnalité comme technique de résolution des conflits, il apparaît nécessaire que le balancier procure un bon dosage de l'une et l'autre norme. En l'absence de contenance de la norme alimentaire, de toute évidence, la pesée des intérêts est vaine. Partant, sans une capacité d'identification des risques alimentaires et une refonte de la norme alimentaire, la mise en balance de l'intérêt public alimentaire et de l'intérêt privé de l'investissement étranger dans le contentieux restera faussée rendant le principe de proportionnalité inopérant.

669. L'appréhension de la norme alimentaire dans le droit international des investissements a fait ressortir la nécessité d'un rééquilibrage entre cette dernière et la norme liée à l'investissement.

Pour autant, sans une responsabilité alimentaire adéquate, le rééquilibrage n'apparaît pas complet. En effet, l'atteinte à une norme alimentaire nécessite ensuite la mise en œuvre d'une responsabilité alimentaire (Titre 2).

Titre 2.- La responsabilité alimentaire dans le droit international des investissements : le balancier des responsabilités

670. La responsabilité alimentaire dans le droit international des investissements vise à régir les opérations d'investissements effectuées par un investisseur étranger sur le territoire d'un État hôte susceptible d'affecter la sécurité alimentaire des populations. Jusqu'alors, l'état des lieux entre les interactions du droit de l'alimentation et du droit international des investissements a fait ressortir l'insuffisance de la responsabilité alimentaire des États et la nécessité d'envisager une responsabilisation alimentaire des opérateurs privés si l'on entend obtenir un balancier des responsabilités. Ce dernier désigne un équilibre minimum des responsabilités sans lequel le rééquilibrage de l'intérêt public alimentaire et de l'intérêt privé de l'investisseur étranger ne pourra se réaliser. Dès lors, l'asymétrie des responsabilités, parfois leurs insuffisances, ne permet pas d'obtenir un bon dosage dans la pesée des intérêts. Il s'agira donc de se pencher sur de nouvelles voies de responsabilité alimentaires des opérateurs publics (Chapitre 1), puis d'étudier les voies d'admission d'une responsabilité alimentaire des opérateurs privés distincte dans sa nature de celle des États (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les voies d'amélioration de la responsabilité alimentaire des opérateurs publics

671. La responsabilité alimentaire des États ne bénéficie pas du même support juridictionnel que la responsabilité étatique liée aux investissements internationaux. Un renouvellement apparaît nécessaire notamment en l'absence de protection alimentaire suffisante dans le droit international des investissements (Section 1). En revanche, cette responsabilité devra s'accompagner d'un effort de coordination juridictionnelle sans lequel une responsabilité alimentaire étatique unifiée ne pourra voir le jour (Section 2).

Section 1.- Le renouvellement nécessaire de la responsabilité alimentaire des États

672. L'Etat peut tantôt être un protecteur de la sécurité alimentaire face aux investissements internationaux, tantôt un obstacle à sa réalisation. Ce dernier a la responsabilité de ne pas porter atteinte à la sécurité alimentaire et la responsabilité de prendre des mesures assurant cette protection. Il y a donc « *une logique de confrontation qui s'impose*¹⁵⁸⁷ ». Les obligations alimentaires des États apparaissent insuffisantes pour relever les défis générés par les affrontements. Il apparaît donc utile d'analyser l'approche classique des obligations étatiques en droit international des investissements puis de mettre en lumière les insuffisances avant d'affirmer que l'Etat pourrait garantir, et parfois renforcer, ses obligations alimentaires par une intégration plus accrue du développement durable dans le droit international des investissements (§2).

§1.- Les obligations alimentaires étatiques dans le droit international des investissements

673. L'approche de la responsabilité alimentaire des États impose de s'intéresser à deux hypothèses. D'une part, la responsabilité des États du fait d'une atteinte aux investissements internationaux en vertu de la sécurité alimentaire (A) puis, d'autre part à la responsabilité étatique du fait de l'absence de protection alimentaire suffisante dans le droit international des investissements (B). Le contraste est saisissant.

A.- La responsabilité des États du fait d'une atteinte aux investissements internationaux en vertu de la sécurité alimentaire

674. Dans ce développement, il conviendra d'identifier les conditions d'engagement de la responsabilité internationale des États (1°) puis de se pencher sur l'indemnisation (2°).

¹⁵⁸⁷ S. CLAVEL, « Interaction du droit des investissements et des droits de l'Homme » in W. BEN HAMIDA et F. COULÉE, *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'Homme : Une approche contentieuse*, Pedone, 2017, p. 276.

1°) Les conditions d'engagement de la responsabilité internationale des États dans le droit international des investissements

675. Dans la majorité des affaires relatives au droit international des investissements, le contentieux sera fondé sur un accord international d'investissement et la clause CIRDI permettra lors d'une violation de ses obligations par l'Etat d'accueil à l'investisseur étranger d'enclencher une procédure devant le tribunal arbitral d'investissement¹⁵⁸⁸. Dans cette perspective, c'est souvent le droit international de la responsabilité qui aura vocation à s'appliquer¹⁵⁸⁹, sans toutefois exclure le droit interne. Rappelons que l'article 42 de la Convention CIRDI énonce que :

- (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière.
- (2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.
- (3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Notons qu'en présence d'un contrat d'investissement conclu entre l'Etat et l'investisseur étranger¹⁵⁹⁰, des clauses peuvent prévoir les conditions d'engagement de la responsabilité, qui souvent dans ce cas de figure sera puisée dans le droit interne. Rien n'empêche que les règles de responsabilités internes se superposent avec le droit international. Sous l'angle du droit applicable, dans de nombreuses sentences, c'est le droit international de la responsabilité des Etat qui est appliqué. L'article 1er des articles de la CDI portant sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite¹⁵⁹¹ énonce que « *tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale*¹⁵⁹² » tandis que l'article prévoit que ce fait est caractérisé « *lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission a) Est attribuable à l'Etat en vertu du droit international; et b) Constitue une violation*

¹⁵⁸⁸ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 2018, p. 824 et s. sur le point ci-après : la responsabilité internationale publique et droit international des investissements.

¹⁵⁸⁹ Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, volume 50, 2004. pp. 683-714 ; M. SORNARAJAH, « State Responsibility and Bilateral Investment Treaties », *Journal of World Trade Law*, 1986, vol. 20/1, pp. 79-98 ; M. RAUX, *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, Thèse, Paris II, 2010.

¹⁵⁹⁰ Voy. p.ex sur ce point : J. HO, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, CUP, 2018.

¹⁵⁹¹ Voy. not. J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003 ; voy. aussi. J. CRAWFORD, A. PELLET et S. OLESSON, (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.

¹⁵⁹² Article 1er des articles de la CDI, Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite 2001, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session.

*d'une obligation internationale de l'Etat*¹⁵⁹³ ». C'est ainsi que trois conditions doivent être remplies en vue d'engager la responsabilité internationale d'un Etat : L'attribution du comportement à l'Etat, la caractérisation d'une violation du droit international et la vérification que le fait illicite ne soit pas excusé par une circonstance excluant l'illicéité¹⁵⁹⁴.

676. Si les articles de la CDI demeuraient à l'origine destinés aux relations interétatiques¹⁵⁹⁵, les tribunaux arbitraux ont transposé ces règles dans le droit international des investissements à la relation Etat-investisseur même si en raison de la configuration de l'arbitrage transnational et de la position systématique de l'Etat comme défendeur, seule la responsabilité de ce dernier pourra être recherchée sur le fondement des articles de la CDI. Dès lors, le régime de la responsabilité internationale de l'Etat dans le droit international des investissements sert avant tout les intérêts de l'investisseur étranger, l'Etat ne pourra se défendre qu'en démontrant qu'il répondait aux conditions d'une circonstance excluant l'illicéité ou éventuellement par l'engagement, encore rare, d'une demande reconventionnelle¹⁵⁹⁶.

2°) La garantie des obligations alimentaires et les droits des investisseurs : l'indemnisation

677. En grande partie, la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil d'investissement est soumise par les tribunaux arbitraux d'investissement aux règles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Les conséquences¹⁵⁹⁷ sont le maintien du devoir d'exécuter l'obligation (art.29 CDI), la cessation et la non répétition de la violation (art.30 CDI) et la réparation (art.31 CDI). L'article 36 des articles de la CDI portant sur l'indemnisation dispose que :

1. L'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

¹⁵⁹³ Article 2 des articles de la CDI, *op. cit.*

¹⁵⁹⁴ Pour une étude approfondie des conditions, voy. F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 415-461.

¹⁵⁹⁵ Certains auteurs dénoncent l'inadaptabilité de cet instrument juridique réservé aux relations entre Etats, voy. p.ex. P. MAYER, « Contract Claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, 2009, p. 84.

¹⁵⁹⁶ *Infra* § 805 et s.

¹⁵⁹⁷ Voy. de manière non exhaustive sur la question : S. RIPINSKY and K. WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008 ; M. RAUX, « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 463-499.

Si l'indemnisation apparaît tout à fait légitime lors de la caractérisation d'un préjudice, qu'en est-il lorsque la violation des droits des investisseurs a lieu en vertu de la sécurité alimentaire des populations ? Une atténuation de l'indemnisation est-elle envisageable ? L'article 39 de la CDI prévoit que la détermination de la réparation prendra en considération « *la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée* ». Dès lors, un partage de responsabilité entre les parties est tout à fait envisageable. Les tribunaux arbitraux d'investissement prennent aussi en compte la faute de l'investisseur, ce qui conduit à diminuer le montant de l'indemnisation¹⁵⁹⁸. L'évaluation du dommage reste difficile à déterminer d'autant plus, en présence d'une réglementation portant sur la sécurité alimentaire ayant conduit à la violation des droits de l'investisseur¹⁵⁹⁹. Des désaccords ont émergé dans des hypothèses complexes telles que l'état de nécessité. Dans l'affaire *LG&E c. Argentine*¹⁶⁰⁰, reconnaissant un état de nécessité, le tribunal a refusé le versement d'une indemnisation à l'investisseur lors de la période de l'état de nécessité en contradiction avec le tribunal arbitral d'investissement dans l'affaire *CMS c. Argentine*. Dans cette perspective, la méthode de calcul a fait l'objet d'oppositions. Dans l'affaire *CMS*, la méthode utilisée par le tribunal était celle du standard de la *fair market value* et la méthode *DCF discounted cash flow*¹⁶⁰¹. Elle correspond à la détermination de la valeur du marché. Dans l'affaire *LG&E*, les arbitres ont refusé d'appliquer cette méthode et pris en compte les dommages réel, *actual losses*¹⁶⁰². Dans ce sens, ils ont évalué les dividendes que l'investisseur aurait dû recevoir sans une violation de ses droits et ont effectué une soustraction du montant du préjudice correspondant à l'état de nécessité.

678. La violation des droits des investisseurs suppose légitimement une compensation de l'État. L'atténuation de la compensation en raison d'une mesure prise en vertu de la sécurité alimentaire reviendrait à faire supporter le poids des obligations alimentaires étatiques sur l'investisseur étranger ce qui est susceptible de conduire à une fuite des investissements internationaux. Cela ne constitue donc pas une voie adéquate. En revanche, le fait de verser une

¹⁵⁹⁸ CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, aff. n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, §§ 662 et s. *Cit. in* M. RAUX, *op.cit.*, p. 470.

¹⁵⁹⁹ Sur les difficultés du calcul d'une indemnisation voy. S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, thèse Paris 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 421- 477 sur « le calcul de l'indemnisation au confluent des enjeux soulevés par les mesures de réglementation environnementales » ; Voy. Aussi. A de NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *Paris 2, Pedone*, 2014, pp. 287-313 sur l'indemnisation d'une expropriation illicite ; I. SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux, *AFDI*, 1987, pp. 7-31.

¹⁶⁰⁰ *LG&E c. Argentine*, 3 octobre 2006, § 266.

¹⁶⁰¹ *CMS c. Argentine*, 12 mai 2005, § 411. Le Professeur De Nanteuil précise que cette méthode consiste à « ramener la valeur d'une entreprise à son taux annuel de rendement, et à opérer une projection dans l'avenir afin de tenir pleinement compte des perspectives de bénéfices futurs », *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2017, p. 383.

¹⁶⁰² *LG&E c. Argentine*, 25 juillet 2007, § 45-47 et § 59 et s.

compensation ou une indemnisation n'enlève pas l'idée que lorsque l'Etat souhaite entreprendre une mesure alimentaire susceptible d'affecter une opération d'investissement, il sera obligé de « payer » pour mettre en œuvre sa politique publique alimentaire. La principale difficulté reste qu'en l'absence de moyens financiers solides, l'Etat pourrait renoncer à sa politique publique par crainte de devoir indemniser les investisseurs étrangers. Par exemple, le versement d'une compensation imposé par le régime d'une expropriation licite laisse penser que l'équilibre est atteint¹⁶⁰³ entre la sécurité alimentaire et les droits des investisseurs. Or, cet équilibre ne permet pas de procéder à une prise en compte par le tribunal de l'intérêt public de l'atteinte aux droits des investisseurs dans la détermination de la compensation¹⁶⁰⁴. Partant, si l'indemnisation constitue certainement la voie la moins mauvaise, elle n'en reste pas pour autant pleinement satisfaisante en présence d'une mesure prise en vertu de la sécurité alimentaire. Sous cet angle, une troisième voie serait-elle envisageable ?

679. Il existe des mécanismes de garantie des investissements tels que le mécanisme des assurances à l'image de l'agence multilatérale de garantie des investissements, connue sous l'acronyme « MIGA » en anglais (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) qui appartient au groupe de la Banque Mondiale. Elle vise à assurer les investisseurs contre les risques économiques, notamment des expropriations ou encore de la rupture d'un contrat. C'est la raison pour laquelle se sont développées des clauses de subrogation dans les traités bilatéraux d'investissement en vue d'éviter des doubles indemnisations. Dès lors, un mécanisme assurantiel international qui permettrait à l'Etat connaissant de graves difficultés alimentaires et n'ayant pas les moyens financiers de tout de même indemniser les investisseurs pourrait-il être mis en place dans les situations alimentaires les plus graves ? A l'image de la MIGA sous l'égide de la Banque mondiale, une agence de garantie de l'alimentation pourrait-elle être pensée sous la coupe de la FAO ? Si pour l'heure cette voie apparaît difficile à mettre en œuvre, elle a tout de même le mérite d'assurer une application simultanée des obligations alimentaires des États et de leur obligation en vertu des accords d'investissements internationaux. De plus, les investisseurs s'assurent bien pour le risque environnemental. En conséquence, rien n'empêche qu'ils s'assurent aussi pour le risque alimentaire. Pour ce faire, il faut bien sûr connaître et déterminer les risques alimentaires potentiels développés dans cette étude : atteinte à l'accessibilité alimentaire, à la répartition équitable, à l'alimentation culturelle et à la durabilité.

¹⁶⁰³ R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, p. 609.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*

B.- La responsabilité étatique du fait de l'absence de protection alimentaire suffisante dans le droit international des investissements

680. Nous avons analysé le système fonctionnel, du moins pour les investisseurs étrangers, de la responsabilité des États lors d'une violation des obligations d'un accord d'investissement. Il n'existe pas de système aussi performant dans l'hypothèse d'une violation par l'Etat de ses obligations alimentaires. Ceci étant, cela ne signifie pas que l'Etat ne soit pas doté d'obligations. Toutefois, ces dernières devraient certainement être repensées autour de nouveaux concepts. Dès lors, il s'agira de mettre en lumière l'idée de plus en plus défendue de la souveraineté alimentaire et d'en déterminer la pertinence pour appuyer les obligations alimentaires des États.

1°) Le renforcement nécessaire des obligations alimentaires des États

681. Obligations alimentaires et politique publique alimentaire. Les obligations des États sont bien connues. L'obligation de respecter, l'obligation de protéger et l'obligation de donner effet constituent des instruments nécessaires à l'effectivité des droits de la sécurité alimentaire. L'article 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels impose aux États Parties de reconnaître le droit à un niveau suffisant de nourriture. Les États ont l'obligation de prendre *« des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie »*. L'article 11.2 du Pacte continue sur la lancée en prévoyant le droit fondamental d'être à l'abri de la faim, et exige des États des mesures de coopération, la mise en œuvre de programmes concrets et la nécessité de coopérer à l'échelle internationale. L'obligation première des États en matière de sécurité alimentaire demeure certainement d'instaurer une politique publique de l'alimentation. A ce titre, en France, l'article L. 230-1 alinéa 1er du Code rural et de la pêche maritime dispose que :

« La politique publique de l'alimentation vise à assurer à la population l'accès, dans des conditions économiquement acceptables par tous, à une alimentation sûre, diversifiée, en quantité suffisante, de bonne qualité gustative et nutritionnelle, produite dans des conditions durables. Elle vise à offrir à chacun les conditions du choix de son alimentation en fonction de ses souhaits, de ses contraintes et de ses besoins nutritionnels, pour son bien-être et sa santé ».

682. Dans cette perspective, trois critères de la sécurité alimentaire sont intégrés à la politique publique alimentaire française : l'accessibilité physique et économique, l'alimentation culturelle et l'alimentation durable. Pourtant, force est de constater que les États sont parfois empêchés de mettre en œuvre une politique publique en raison de confrontations avec une opération d'investissement. Il ne s'agit pas de constater le manque d'effectivité de la sécurité alimentaire et les difficultés de mise

en oeuvre de la justiciabilité¹⁶⁰⁵ aux fins d'une dénonciation de l'irresponsabilité alimentaire étatique. Dans l'hypothèse qui nous retient ici, il convient de déterminer les moyens de renforcement des obligations étatiques, parce qu'ils relèvent de la responsabilité alimentaire des États.

683. La position de l'Etat dans le droit international des investissements est particulière, « *il est tour à tour souverain et contractant*¹⁶⁰⁶ ». Dans certaines circonstances, l'Etat n'est pas directement à l'origine d'une violation de la sécurité alimentaire. En revanche, il peut en être bénéficiaire. Cela pourrait être le cas d'un État qui opérerait une expropriation licite dans le but que des investisseurs s'installent sur un site stratégique déterminé, une usine, qui aurait pour objet la création de nombreux emplois dans une zone en difficulté économique. Imaginons que les activités de cette usine s'avèrent extrêmement polluantes et conduisent à la pollution des eaux de la région. L'État n'est pas directement à l'origine de la violation de la sécurité alimentaire, mais il peut en être bénéficiaire par un fort rendement fiscal par exemple. La collusion reste délicate. D'un côté, il participe à l'aggravation de la sécurité alimentaire par son investissement, d'un autre, il demeure défaillant et ne respecte pas ses engagements alimentaires. Inversement, l'État peut souhaiter mettre en œuvre une politique publique alimentaire qui se confronte aux droits des investisseurs et voir sa liberté normative menacée. Partant, comment envisager et renforcer les obligations alimentaires ? Celles-ci restent connues et constituent une base commune étatique. Protéger, promouvoir, respecter la sécurité alimentaire demeure le cheval de bataille de tous les États. Dès lors, une stratégie commune dans le cadre des investissements internationaux s'avère être une voie nécessaire.

684. Nécessité de coopération étatique : « *L'intensification des interdépendances*¹⁶⁰⁷ » démontre la nécessité de coopération des États face à des phénomènes nouveaux dépassant les frontières. Dans le même temps, cette coopération est mise à mal par la conduite modélisée des États eux-mêmes, dans l'obligation de se conformer et d'agir systématiquement comme des acteurs en concurrence, attractifs, réceptifs, et parfois soumis « *aux besoins juridiques des investisseurs*¹⁶⁰⁸ ». Le renforcement des obligations étatiques et l'évitement du dumping alimentaire rendent la coopération étatique indispensable. Les réglementations isolées contribuent au dumping et révèlent le besoin d'une harmonisation urgente. Dans l'affaire *des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour internationale de justice a déclaré que c'était par la coopération que les États concernés pourraient parvenir à une gestion en commun des risques de dommages à

¹⁶⁰⁵ *Supra* § 248 et s.

¹⁶⁰⁶ J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^e éd., 2011, p. 151.

¹⁶⁰⁷ M. MOHAMED SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, P.U.F, 2002, p. 17.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

l'environnement¹⁶⁰⁹. La logique demeure similaire en matière de sécurité alimentaire. L'exigence d'un Etat actif dans la défense des intérêts publics et le contrôle des activités économiques sur son territoire s'impose. L'internationalisation de l'économie a considérablement réduit la marge de manœuvre des Etats, garant des droits de sa population, si bien qu'il est pertinent de se demander s'ils disposent toujours du pouvoir et des moyens adéquats afin d'assurer sa fonction protectrice. Dans ces conditions et dans un souci d'harmonisation, un traité multilatéral d'investissement apparaît constituer une réponse adaptée.

685. Accord multilatéral d'investissement¹⁶¹⁰. L'idée séduisante d'un Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)¹⁶¹¹ fut avortée en raison de l'échec des négociations interétatiques. Les négociations d'un AMI ont débuté lors de la réunion annuelle du Conseil de l'OCDE en mai 1995. Il s'agissait de réussir à faire émerger un cadre multilatéral plutôt que des mille feuilles de traités bilatéraux. L'Accord reposait sur des normes élevées de libéralisation des régimes de protection de l'investissement en mettant à disposition un instrument juridique homogène sur les procédures et le contenu. Les propositions développées dans le Préambule de l'AMI reposaient sur une logique de « *coopération économique plus étroite* », l'idée d'un régime « *d'investissement juste, transparent et prévisible* ». Certains ont mis en lumière la nécessité de parvenir à un accord à l'image de ce que l'OMC incarne, d'autres ont mis en avant l'exigence d'une articulation entre « *la croissance économique durable* » et les mesures environnementales. Pourtant, les négociations ont cessé en décembre 1998 laissant le régime des investissements évolué dans le cadre actuel que l'on connaît. Des critiques ont émergé, poussant certains auteurs à déclarer que « *le projet d'AMI se présentait donc comme une charte des droits de l'entreprise multinationale et des devoirs économiques de l'Etat*¹⁶¹² ». L'idée d'un AMI apparaît une voie intéressante afin d'homogénéiser les règles de certaines disciplines peu disposées à s'articuler et qui pourtant ne pourront s'harmoniser sans l'effort étatique collectif. C'est le cas en matière de sécurité alimentaire comme dans la sphère environnementale. Nul ne sert de parvenir à des traités bilatéraux d'investissement exigeant en matière environnementale si l'Etat voisin constitue un pollueur chronique ou autorise des opérations d'investissement comportant des exigences faibles dans ce domaine. Dès lors, la relance de négociations relative à un Accord multilatéral ou régional sur l'investissement aurait le mérite

¹⁶⁰⁹ CII, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, Argentine c. Uruguay*, 20 avril 2010, § 77.

¹⁶¹⁰ Pour une étude approfondie de l'Accord. Voy. J. KARL, « On the way to multilateral investment rules – some recent policy issues », *ICSID Rev. - FILJ*, 2002, vol. 17, pp. 293- 319 ; OCDE, *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, OCDE, 1996, p. 179 ; SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, p. 140

¹⁶¹¹ OCDE, *L'accord multilatéral sur l'investissement, projet de texte consolidé (AMI)*, DAF/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998.

¹⁶¹² C.-R. ZORILA, *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, thèse, Université d'Auvergne Clermont 1, 2007 p. 464.

d'harmoniser des disciplines qui ne peuvent se réaliser pleinement sans une conciliation de l'ensemble des États.

686. Si l'État peine à rendre effectives ses obligations alimentaires, ou ne bénéficie plus d'une liberté normative suffisante, des revendications qui ont déjà émergé s'accroîtront. Ainsi, des concepts porteurs de valeurs protectrices en matière alimentaire sont mis en lumière comme de nouvelles réponses à la suite de l'insuffisance des prérogatives des États considérés comme défaillants, sans parvenir jusqu'alors à une influence dissuasive. Pourtant, ces revendications ne peuvent être niées et gagneraient pour certaines à être intégrées dans la politique publique alimentaire des États dans une logique de renforcement de la sécurité alimentaire, mais aussi d'articulation avec les investissements étrangers. Ces forces qui viennent du bas cristallisent un ensemble de revendications et d'idées dénonçant généralement les carences des États dans la politique publique alimentaire et les effets négatifs des opérations d'investissement sur l'alimentation. C'est un affrontement conceptuel autour de la sécurité alimentaire, des investissements internationaux et de la sphère agricole tels qu'ils ont été pensés jusqu'alors, c'est-à-dire ancrés dans la logique de marché. Dès lors, le renouvellement des obligations étatiques de l'État passe par la prise en compte des besoins des usagers de la terre, parties prenantes à la concrétisation de la sécurité alimentaire et victimes de certaines opérations d'investissement.

2°) L'adaptabilité de la souveraineté alimentaire dans les investissements internationaux

688. *« Tout se passe comme s'il était nécessaire d'accommoder deux finalités antagonistes : l'ouverture des marchés ou la sécurité alimentaire, alors qu'idéalement la bonne démarche est de se demander dans quelle mesure l'expansion du commerce international peut offrir une réponse satisfaisante au besoin de sécurité alimentaire ou au contraire fragiliser la sécurité alimentaire¹⁶¹³ ».*

689. L'adaptation du concept de souveraineté alimentaire dans le droit de la sécurité alimentaire. Dans certaines hypothèses, le concept de souveraineté alimentaire est susceptible d'apporter des réponses au bénéfice de la réalisation de la sécurité alimentaire, dans d'autres, il amène vers des impasses. Dès lors, il faut distinguer les situations dans lesquelles l'État bénéficie de la violation de la sécurité alimentaire par des investisseurs des autres où l'État s'oppose à l'investissement au nom de l'intérêt général. Dans cette dernière hypothèse, le concept de

¹⁶¹³ C. JOURDAIN-FORTIER et É. LOQUIN, « Droit du commerce international et sécurité alimentaire », *RIDE*, vol. t. xxvi, no. 4, 2012, p. 25.

souveraineté alimentaire pourrait s'avérer intéressant. Qu'est-ce que la souveraineté alimentaire ? La FAO a défini la souveraineté alimentaire dans les termes suivants :

*Le droit des peuples, des communautés et des pays de définir, dans les domaines de l'agriculture, du travail, de la pêche, de l'alimentation et de la gestion forestière, des politiques écologiquement, socialement, économiquement et culturellement adaptées à leur situation unique. Elle comprend le droit à l'alimentation et à la production d'aliments, ce qui signifie que tous les peuples ont le droit à des aliments sûrs, nutritifs et culturellement appropriés et aux moyens de les produire et qu'ils doivent avoir la capacité de subvenir à leurs besoins et à ceux de leurs sociétés*¹⁶¹⁴.

A l'échelle internationale, deux visions s'affrontent dans le commerce international et rejaillissent sur les investissements internationaux. La première repose sur le libre-échange. L'idée centrale est « *la division internationale du travail entre les nations*¹⁶¹⁵ ». Chaque nation produit en fonction de son avantage comparatif et importe ce qu'elle n'a pas la capacité de produire suffisamment. L'idée est séduisante et n'atteindrait pas les effets positifs escomptés en raison de « l'inachèvement » du « programme de 'libéralisation' des marchés¹⁶¹⁶ ». En opposition à l'accord de Marrakech instituant l'OMC en 1994, un mouvement international de paysans¹⁶¹⁷ a défendu pour la première fois l'idée d'un droit à la souveraineté alimentaire lors du premier Sommet mondial de l'alimentation (SMA) en 1996. Sous cet angle, la souveraineté alimentaire désigne « le droit fondamental pour tous les peuples, nations et États de contrôler leurs propres systèmes et politiques alimentaires et agricoles¹⁶¹⁸ ». Les défenseurs de cette thèse présentent la souveraineté alimentaire comme une alternative au système de l'OMC. A ce stade, il s'agit de garantir la sécurité alimentaire et de s'opposer aux règles commerciales internationales mises en œuvre par l'OMC. Le concept de souveraineté alimentaire a évolué, et les revendications sont cristallisées dans la Déclaration de Nyéléni du 27 février 2007 qui prévoit que :

La souveraineté alimentaire est le droit des peuples à une alimentation saine, dans le respect des cultures, produite à l'aide de méthodes durables et respectueuses de l'environnement, ainsi que leur droit à définir leurs propres systèmes alimentaires et agricoles. Elle place les producteurs, distributeurs et consommateurs des aliments au cœur des systèmes et politiques alimentaires en lieu et place des exigences des marchés et des transnationales (...)

¹⁶¹⁴ Définition de la souveraineté alimentaire préconisée par la FAO, ce concept a été développé dans le cadre du mouvement social et paysan international "Via Campesina" lors du sommet de Rome sur l'alimentation, organisé par la FAO, 1996.

¹⁶¹⁵ O. DE SCHUTTER, Préface, in M. BUISSON, *Conquérir la souveraineté alimentaire*, l'Harmattan, 2013, p. 11. L'auteur expose les deux thèses qui s'affrontent en droit du commerce international.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ V. Via campesina, Mouvement international de paysans, Déclaration pour la souveraineté alimentaire, nov 1996, Rome.

¹⁶¹⁸ G. MASSIAH, Préface, in M. BUISSON, *Conquérir la souveraineté alimentaire*, l'Harmattan, 2013, p. 15.

690. C'est la favorisation du « *développement des cultures d'exportation rémunératrices, au détriment des agricultures familiales vivrières*¹⁶¹⁹ » qui est dénoncée. Par la suite, les revendications des thèses souverainistes ont pris en compte l'idée de politiques alimentaires sans dumping vis-à-vis des autres pays. Certains États revendiquent cette souveraineté alimentaire. Dès lors, on observe un phénomène « *d'appropriation par certains États d'un concept dégagé à l'initiative de mouvements paysans par lequel ces États considèrent qu'ils sont les mieux à même de définir et mettre en œuvre des politiques publiques agro-alimentaires efficaces, ces politiques visant, en particulier, à contourner les règles du marché mondial des produits agricoles établies dans le cadre de l'OMC en concluant des accords bilatéraux qui visent à leur assurer une sécurité alimentaire à moyen et long terme*¹⁶²⁰ ».

691. Souveraineté et communautés autochtones. La nourriture, la souveraineté alimentaire et l'accès aux ressources seraient indissociables pour les communautés autochtones¹⁶²¹. L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones a appréhendé les difficultés relatives à la souveraineté alimentaire et aux communautés autochtones. A ce titre, il est précisé que :

La nourriture, la manière de l'acquérir et de la consommer font souvent partie de la culture et de l'organisation sociale, économique et politique. Il s'agit d'un droit collectif qui comprend des activités existentielles comme la chasse, la pêche et la collecte, qui ne sont pas seulement essentielles pour le droit à la nourriture, mais qui sont à la base de leur culture, leur langue, leur vie sociale et leur identité¹⁶²².

Le principe de souveraineté est un outil pour la mise en place d'une souveraineté sur les ressources naturelles et les investissements fonciers internationaux. La titularité des droits est fondamentale dans les conflits concernant les peuples autochtones. Les textes internationaux prévoient une protection des ressources naturelles pour les peuples, mais c'est l'Etat qui détient et exerce librement sa souveraineté sur les ressources¹⁶²³.

¹⁶¹⁹ C. LAROCHE DUPRAZ, A. POSTOLLE, « La souveraineté alimentaire en Afrique est-elle compatible avec les négociations commerciales agricoles à l'OMC ? », *Politique africaine* 2010/3 (N° 119), p. 110.

¹⁶²⁰ D. ROSENBERG, « Le droit à la sécurité alimentaire: réponses et non réponses du droit international », in François Collart Dutilleul (dir.), *Penser une démocratie alimentaire (vol. I), Inida (Costa Rica)*, pp.399, 2013.

¹⁶²¹ Note d'information des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones à la souveraineté alimentaire, Onzième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones, 2012 .

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ A/RES/3281 (XXIX), Charte des droits économiques et devoirs des États du 12 décembre 1974.

692. Autonomie alimentaire. Le concept d'autonomie alimentaire désigne « *la proportion des aliments consommés sur le territoire d'où ils proviennent*¹⁶²⁴ ». Il s'agit de mettre en lumière un moyen de réalisation de la sécurité alimentaire en apparence opposée au commerce international. Il est vrai que l'autonomie alimentaire est souvent brandie comme une réponse à l'incapacité du libre-échange de résoudre les difficultés liées à l'insécurité alimentaire. Les procédés pour parvenir à l'autonomie alimentaire sont divers comme le commerce libre ou l'intervention sur les marchés¹⁶²⁵. Mais dans le même temps, il convient de relever que le commerce international n'est pas une menace réelle à l'autonomie. Il faut d'ailleurs souligner que « *le monde se nourrit principalement d'aliments provenant de son propre territoire*¹⁶²⁶ ». Sous l'angle des investissements internationaux, la menace réside bien plus dans le défaut de contrôle étatique des investissements agricoles à grande échelle susceptibles de renforcer l'insécurité alimentaire dans des zones fragiles. C'est donc l'inaction, le défaut de contrôle ou le manque de mesures étatiques adaptées en présence de déséquilibres alimentaires sur lesquels il faut insister. Le déséquilibre alimentaire détient plusieurs visages. Il peut s'agir d'une hausse significative des prix des matières premières agricoles sur les marchés internationaux, d'une répartition inéquitable de l'eau et des aliments ou encore des déséquilibres dans les moyens de production alimentaire. Par exemple, *la pioche d'un petit paysan face à des machines agricoles élaborées*¹⁶²⁷. Le commerce international prend insuffisamment en compte les déséquilibres alimentaires, et les investissements internationaux suivent le pas. A ce titre, l'autonomie alimentaire s'inscrit dans la logique de l'autosuffisance, c'est-à-dire l'idée selon laquelle avant de vouloir nourrir le monde, et d'ouvrir sa porte à des invités, il faut s'assurer que l'on ait les moyens d'allumer le feu chauffant la marmite et une substance alimentaire suffisante pour soi. En d'autres termes, il faut avant tout produire en vue de nourrir sa population. En revanche, il faut distinguer l'autosuffisance de l'autonomie alimentaire. L'autosuffisance consiste à se nourrir intégralement sur la base de produits territoriaux. Dès lors, il faut considérer que l'on peut revendiquer un degré d'autonomie alimentaire sans nécessairement renoncer au libre-échange pour une partie de produits alimentaires ciblée. L'autonomie alimentaire constitue un moyen à utiliser avec parcimonie afin d'atteindre une sécurité alimentaire susceptible de s'articuler avec les règles du marché.

693. Souveraineté alimentaire et droit individuel. La revendication d'un droit individuel à la souveraineté a fait l'objet de critiques. Pour certains, l'acceptation de cette idée reviendrait « à

¹⁶²⁴ F. PARÉ, « Autonomie alimentaire », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 47.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, p. 48.

¹⁶²⁶ *Ibid.*

¹⁶²⁷ *Ibid.*, p. 49.

revendiquer pour chaque personne le statut d'État »¹⁶²⁸. Dans le même sens, la revendication d'une souveraineté alimentaire comme droit individuel constituerait une atteinte à la souveraineté et au principe de son indivisibilité¹⁶²⁹. Dès lors, pour certains, le droit individuel à la souveraineté alimentaire est un non-sens et ne constitue pas un outil adéquat en vue d'une restriction des règles de libre-échange lorsqu'elles s'opposent à l'intérêt général¹⁶³⁰. En réalité, la souveraineté alimentaire exprime l'idée d'un État capable de protéger et d'affirmer des normes correspondant aux besoins alimentaires de sa population. Dans le même temps, la sécurité alimentaire des communautés autochtones rappelle la dichotomie entre la souveraineté alimentaire exercée par les États et la souveraineté alimentaire revendiquée par les peuples. Par exemple, l'article 3 al 1er de la Constitution française prévoit que « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». L'alinéa 2 du même article précise qu' « *Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Dès lors, si la souveraineté est détenue par le peuple, sa mise en œuvre n'est autorisée qu'entre les mains de l'État. La souveraineté appartient au peuple, mais elle demeure menottée par l'État. Ainsi, les peuples détiennent la souveraineté alimentaire, en revanche, elle ne peut être mise en œuvre que par l'État en leur nom. C'est la raison pour laquelle le concept de souveraineté alimentaire est inefficace dans la résolution des questions relatives à la sécurité alimentaire des peuples autochtones lorsque la violation du droit à l'alimentation est d'origine étatique. En revanche, le concept de souveraineté alimentaire suggère « *le droit, pour les États, de développer une politique agricole correspondant à l'intérêt propre de leur population* »¹⁶³¹. Dans ce sens, il ne s'agit pas de l'exercice d'une souveraineté alimentaire morcelée entre les mains de groupes de paysans ou de communautés autochtones, mais de garantir une sécurité alimentaire, notamment à destination des populations vulnérables. Cette protection alimentaire se situe entre les mains de l'État. Par exemple, lors du Forum Nyéléni, en 2007, le président malien Amani Toumani Touré a repris à son compte le concept de souveraineté alimentaire au nom de la défense de l'agriculture et des familles rurales¹⁶³². Dès lors, la souveraineté alimentaire s'inscrit non pas comme un droit à la souveraineté pour les peuples, mais suggère un droit à la sécurité alimentaire pour les populations qui devrait être porté par les politiques publiques des États. Dans ce sens, la souveraineté alimentaire est susceptible d'être compatible avec les règles commerciales de l'OMC.

¹⁶²⁸ C. MOIROUD, « Du concept de "souveraineté" » à « la souveraineté alimentaire » » in G. PARENT et F. COLLART DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 45.

¹⁶²⁹ *Ibid.*

¹⁶³⁰ *Ibid.*, p. 46.

¹⁶³¹ C. LAROCHE DUPRAZ, A. POSTOLLE, « La souveraineté alimentaire en Afrique est-elle compatible avec les négociations commerciales agricoles à l'OMC ? », *Politique africaine* 2010/3 (N° 119), p. 107.

¹⁶³² *Ibid.*, p. 114.

694. L'articulation de la souveraineté alimentaire et des investissements internationaux.

Pour certains, les règles du commerce international et des investissements internationaux favorisent les échanges des produits alimentaires et contribuent à diminuer l'insécurité alimentaire. Pour d'autres, au contraire ces règles accroissent l'insécurité alimentaire. Dans cette dernière optique, il s'agit d'affirmer qu'on peut brandir la nécessité étatique de garantir la sécurité alimentaire, en vain, sans l'exercice effectif de la souveraineté alimentaire, cet objectif ne restera qu'un souhait. Des aléas et des barrières sont susceptibles d'affecter la souveraineté alimentaire des États. Le principal obstacle de la souveraineté dans le domaine alimentaire reste la possibilité de justifier des restrictions au libre-échange dans le but de protéger les populations de l'insécurité alimentaire. Dans ce sens, la souveraineté est « *revendiquée afin de reconnaître aux États la capacité de fixer des règles plus protectrices en matière d'échanges*¹⁶³³ ». Qu'en est-il réellement ? La libre-circulation des produits alimentaires est-elle la seule voie pour garantir les besoins alimentaires des populations ? Est-il envisageable de continuer le processus de libéralisation en intégrant des concepts porteurs de protection alimentaire comme la souveraineté alimentaire sans porter atteinte à la souveraineté de l'État ? Le commerce constitue un outil de régulation, il offre un rééquilibrage de « *la diversité d'approvisionnement*¹⁶³⁴ » à des pays souffrant d'une culture faiblement diversifiée. Le concept de souveraineté alimentaire « *a contribué à remettre en selle l'idée d'une action régulatrice, voire protectrice, des États vis-à-vis des marchés agricoles*¹⁶³⁵ ». Il apparaît donc clairement que la souveraineté alimentaire constitue un instrument à disposition des États pour mettre en œuvre la sécurité alimentaire de ses nationaux. La souveraineté, par principe, demeure indivisible et ne peut se retrouver morcelée. En revanche, les revendications sont susceptibles d'être considérées et mises en œuvre par l'État au nom des peuples, c'est finalement la proposition d'une « *démocratie alimentaire* » qui prend son sens¹⁶³⁶. Par exemple, une meilleure écoute en amont par les États des besoins alimentaires de leur population pourrait éviter par la suite de vives revendications, parfois des révoltes, à l'encontre de certaines opérations d'investissement. Aussi, le véritable respect des consultations préalables lorsque des opérations d'investissement ont lieu sur des terres autochtones permettrait d'éviter certains conflits violents. A ce titre, il n'est pas inenvisageable que l'Etat procède à un contrôle approfondi de cette procédure et décide de ne pas accepter la venue d'une opération.

¹⁶³³ C. MOIROUD, « Du concept de "souveraineté" » à "la souveraineté alimentaire" » *op.cit.*, p. 31.

¹⁶³⁴ C. MOIROUD, « Discussion », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 59.

¹⁶³⁵ C. LAROCHE DUPRAZ, A. POSTOLLE, *op. cit.*, p. 126.

¹⁶³⁶ F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire*, Inida, Programme Lascaux, 2013 (Vol 1) et 2014 (Vol 2).

695. Si une refonte des obligations alimentaires étatiques s'impose par une approche renouvelée, la voie d'une garantie de la sécurité alimentaire par l'inclusion du développement durable dans les investissements internationaux demeure une piste pertinente à explorer, puisqu'elle pourrait contribuer à harmoniser la responsabilité alimentaire des États au sein du droit international des investissements.

§2.- La garantie étatique des obligations alimentaires par l'intégration du développement durable dans le droit international des investissements

696. Si les investissements internationaux constituent un tremplin et sont à même de propulser le développement durable, dans certaines circonstances, il n'en reste pas moins des obstacles aux politiques publiques des États. Dès lors, des conflits émergent et révèlent l'insuffisance des instruments juridiques à disposition. Pour autant, le développement durable reste une voie particulièrement intéressante si l'on souhaite concilier les objectifs publics de sécurité alimentaire et le développement des investissements internationaux, vecteur de croissance économique (A). Dès lors, l'évaluation des apports d'un tel principe apparaît nécessaire (B).

A.- L'intégration progressive du développement durable dans les traités bilatéraux d'investissements

697. Les investissements internationaux n'échappent pas au développement durable qui a su s'imposer dans un grand nombre de disciplines ces dernières années (1°). Dès lors, il apparaît intéressant de rendre compte de l'évolution du droit international des investissements à la lumière de ce nouvel objectif (2°).

1°) La mise en œuvre du développement durable dans les investissements internationaux

698. La mise en œuvre du développement durable demeure progressive. Les investissements internationaux constituent une voie royale dans la mise en œuvre du développement durable et donc de la sécurité alimentaire. Pourtant, l'inclusion du développement durable dans les accords d'investissement n'apparaît pas si évidente, certains traités n'y faisant clairement aucune référence. Dès lors, comment instaurer des « *investissements internationaux durables* » si les outils de protection et de promotion de ces derniers ne prennent pas en compte les objectifs de développement durable ? Le risque réside dans la possibilité pour l'investisseur de remettre en cause la politique publique alimentaire d'un État si cette dernière porte atteinte par des mesures d'intérêt public aux

droits des investisseurs. L'alliance entre la protection des droits de l'investisseur et la protection publique alimentaire est-elle envisageable en l'état actuel du droit ?

699. Pour l'heure, il apparaît nettement que sur le fondement des accords d'investissement, les investisseurs peuvent s'opposer et contrarier la mise en œuvre d'une politique publique. Des affaires récentes ont particulièrement retenu l'attention telles que les affaires *Philip Morris contre l'Uruguay et l'Australie*. La société Philip Morris a menacé le Canada d'un recours en arbitrage sur le fondement de l'ALENA, ce qui aurait aisément contribué à dissuader le gouvernement de procéder à une mesure en faveur de la santé, spécifiquement des mesures anti tabac. *Philip Morris* a estimé que la politique publique australienne concernant l'emballage simple des paquets correspondait à une expropriation indirecte de ses droits de propriété intellectuelle. Les exigences de Philip Morris ont conduit l'Australie à annoncer qu'elle renonçait à l'inclusion de clauses d'arbitrage Investisseur-État dans ses accords de libre-échange. Dans l'affaire *Philip Morris c. Uruguay*¹⁶³⁷, la société a porté le litige devant le CIRDI le 29 février 2010, en dénonçant la politique publique de santé menée par l'Etat s'agissant de la lutte anti-tabac sur le fondement du traité bilatéral d'investissement signé entre la Suisse et l'Uruguay. La demanderesse s'opposait aux restrictions imposées par les gouvernements sur la commercialisation des cigarettes qui avait eu pour effet de porter atteinte à ses droits. *Philip Morris* a invoqué son droit au traitement juste et équitable et son droit de ne pas être exproprié, à ce titre la société invoquait que l'exigence par le gouvernement de présentation unique constituait une expropriation de ses marques commerciales. Les mesures étatiques furent qualifiées par la demanderesse de déraisonnables et opposées aux attentes légitimes de l'investisseur. Le 8 juillet 2016, le tribunal arbitral a rendu une décision en faveur de l'Uruguay révélant que les politiques en faveur de la santé pouvaient être considérées par les tribunaux arbitraux d'investissement¹⁶³⁸. Dès lors, on assiste à une réception accrue des considérations sanitaires, mais aussi environnementales¹⁶³⁹ dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissements révélant en toile de fond la propagation du principe de développement durable.

2°) L'évolution des accords d'investissement et la réaffirmation de la liberté normative

700. Au fil du temps, certains États ont réaffirmé leur liberté normative ainsi que leur droit à la régulation. Partant, il est constaté la généralisation de certaines clauses qui à l'origine n'apparaissaient

¹⁶³⁷ CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, aff. n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, § 306.

¹⁶³⁸ *Supra*. § 210 et s.

¹⁶³⁹ Voy. p. ex. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, aff. n° ARB/08/5, Décision sur les demandes reconventionnelles du 07 février 2017.

pas si fréquentes. A titre illustratif, l'article 17 al. 2 de l'accord d'investissement entre le Canada et l'Égypte intitulé « Champ d'application et exceptions générales » prévoit que :

« Aucune disposition du présent Accord ne saurait être interprétée comme interdisant à une Partie Contractante d'adopter, de maintenir en existence ou d'appliquer une mesure, compatible avec le présent Accord, qu'elle considère comme appropriée pour s'assurer que l'activité due aux investissements faits sur son territoire est entreprise dans le respect des considérations environnementales ».

Dans la même lignée, le nouveau modèle canadien d'accord sur l'investissement intègre une clause d'exceptions générales sur le modèle des exceptions générales de l'article XX de l'Accord général sur le commerce des marchandises de l'OMC. Ainsi, l'article 18 al. 1 dispose que pour l'application de l'Accord :

« a) chacune des Parties peut adopter ou appliquer les mesures nécessaires, selon le cas :

i) à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou à la préservation des végétaux,

ii) pour assurer le respect de son droit interne qui n'est pas incompatible avec le présent accord,

iii) à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques ;

b) pourvu que les mesures visées au sous- paragraphe a) ne soient pas, selon le cas :

i) appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs,

ii) une restriction déguisée à l'investissement ou au commerce international ».

701. La mouvance générale des États tend à l'affirmation de valeurs extra économiques autrefois laissées au second plan dans les accords d'investissements. Le constat d'une multiplication d'atteintes à la liberté normative des États lors de différends devant les tribunaux arbitraux d'investissement a poussé certains d'entre eux à revisiter l'architecture juridique des investissements internationaux afin de les articuler avec les objectifs de développement durable. Différentes méthodes sont constatées, la réadaptation des accords d'investissement par une inclusion claire du développement durable apparaît obtenir la faveur de nombreux États.

702. Certains États comme le Brésil ont depuis fort longtemps rejeté les clauses d'arbitrage investisseur-État dénonçant les risques d'atteintes à la liberté normative des États notamment via l'expropriation indirecte. Le Brésil dans les différents Accord de coopération et de facilitation de l'investissement signé en 2015 a intégré le concept de développement durable. Cet État est toujours resté prudent en ne ratifiant aucun des traités bilatéraux d'investissement. Dans l'Accord de coopération et de facilitation de l'investissement signé entre le Brésil et le Mozambique en date du 30 mars 2015¹⁶⁴⁰, l'annexe 2 portant sur la responsabilité sociale dispose que les investisseurs devraient tout mettre en oeuvre pour respecter les principes et les normes en matière de conduite

¹⁶⁴⁰ ACFI Brésil-Mozambique, Acordo Brasil-Moçambique de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) - Maputo, 30 de março de 2015, disponible le 05 avril 2018 sur le site du Ministère des affaires étrangères brésilien : <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8511-acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015>.

responsable des affaires conformément aux lois adoptées par l'État d'accueil. Le premier point prévoit le soutien « *au progrès économique, social et environnemental afin de réaliser le développement durable*¹⁶⁴¹ ». Le deuxième point reste très intéressant puisqu'il est précisé la nécessité de respecter les droits de l'Homme des personnes concernées par les activités des entreprises, conformément aux obligations et engagements internationaux de la Partie¹⁶⁴².

B.- L'apport du concept de développement durable dans les investissements internationaux

703. S'il ne peut être nié l'apport positif du développement durable (1°), en revanche, il convient de porter une attention toute particulière à son instrumentalisation (2°).

1°) L'apport positif : le développement durable comme outil d'unification

704. Le développement durable constitue une porte d'unification du droit et un outil de renforcement des obligations alimentaires de l'Etat. L'idée de développement durable semble particulièrement adaptée à la sécurité alimentaire dont le contenu est susceptible d'être diffus. A ce titre, l'émergence du développement durable permet la réunion du droit fragmenté sous l'égide d'un seul et même principe. Par exemple, la multiplicité des attributs de l'eau éparpillés selon leur finalité dans le droit national ou international pourrait relier le tout grâce à la mise en œuvre du développement durable¹⁶⁴³ dans le droit international des investissements. Lorsque le développement durable est en jeu, comment l'État peut-il s'opposer à la mise en œuvre d'un investissement qui s'avère négatif pour sa population ? L'Etat a la faculté d'interdire certaines catégories d'investissement sur son territoire. Par exemple, il dispose de l'option d'interdire aux étrangers l'acquisition de terres agricoles. L'Etat a également la possibilité d'établir des conditions procédurales ou des demandes d'autorisation d'investir pour contrôler les opérations d'investissement sur son sol. Enfin, l'État peut aussi renforcer ses objectifs de politique publique en affirmant ses exigences élevées en matière de développement durable directement dans les traités bilatéraux

¹⁶⁴¹ ACFI Brésil-Mozambique, Acordo Brasil-Moçambique de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) - Maputo, 30 de março de 2015. ANEXO II. Responsabilidade social corporativa : « Os investidores e seus investimentos desenvolverão os seus melhores esforços para observar os seguintes princípios voluntários e padrões para uma conduta empresarial responsável e consistente com as leis adotadas pelo Estado Parte receptor do investimento:

i. Incentivar o progresso econômico, social e ambiental com o propósito de chegar ao desenvolvimento sustentável; » (...) ¹⁶⁴² ACFI Brésil-Mozambique, Acordo Brasil-Moçambique de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) - Maputo, 30 de março de 2015. ANEXO II. Responsabilidade social corporativa : ii. Respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades destas empresas, consistentes com as obrigações e os compromissos internacionais da Parte receptora; » (...)

¹⁶⁴³ V. sur la question un exemple canadien, P. HALLEY, « Le développement durable, une stratégie pour la sécurité alimentaire ? L'exemple des réformes du droit à l'eau au Québec », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, pp. 17-28.

d'investissements internationaux. Mais une approche intégrée¹⁶⁴⁴ du droit des investissements internationaux apparaît intéressante puisqu'elle permettrait de « *décloisonner les instruments de protection de ces investissements*¹⁶⁴⁵ ». De quoi s'agit-il ? La Professeure Sabrina Robert-Cuendet a eu l'occasion de rappeler que le régime des investissements internationaux n'était pas destiné à fonctionner dans un système clos. Au contraire les principes qui forgent la protection des investisseurs ont été envisagés dans le cadre d'accords relatifs au commerce international¹⁶⁴⁶. Dès lors, l'émergence de la négociation d'accords de libre-échange (ALE) permet une intégration et une visibilité des investissements dans le cadre d'une politique économique plus large par laquelle l'inclusion du développement durable dans un chapitre au même titre que le régime des investissements internationaux pourrait conduire à une conciliation des objectifs de développement durable et de protection des investisseurs. L'article 1. 1 du Chapitre I de l'ALE entre l'Union européenne et la Corée du Sud entré en vigueur en 2011, affiche clairement ces objectifs de conciliation :

f) contribuer au développement harmonieux et à l'expansion des échanges commerciaux mondiaux en supprimant les obstacles au commerce et en mettant en place un environnement propice à l'accroissement des flux d'investissement;

g) tout en reconnaissant que le développement durable constitue une finalité primordiale, s'engager en faveur du développement du commerce international d'une manière qui contribue à réaliser l'objectif de développement durable, en faisant en sorte que cet objectif soit pris en compte et trouve son expression à tous les niveaux des relations commerciales entre les parties;

h) promouvoir les investissements directs étrangers sans rendre moins strictes ou réduire les normes en matière d'environnement, de travail ou de santé et de sécurité au travail dans l'application et le respect du droit du travail et du droit de l'environnement des parties.

705. Dans la même perspective, le CETA entré en vigueur à titre provisoire en 2017 est influencé par le principe de développement durable. Le Chapitre 22 de cet Accord est révélateur de la nouvelle tendance et des faveurs de la part des États d'une approche intégrée du développement durable et du commerce. A ce titre, le Chapitre 22 s'intitule « Commerce et développement durable » et dispose dans son article 22.1 que :

(...) « Les Parties reconnaissent que le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement sont interdépendants et forment des composantes du développement durable qui se renforcent mutuellement, et elles réaffirment leur engagement à promouvoir le développement du commerce international d'une manière qui contribue à la réalisation de l'objectif de développement durable, pour le bien-être des générations présentes et futures ».

706. L'article 22.1 débute par un ensemble de référence aux principales conférences tenues s'agissant de l'environnement, du développement durable et surtout de la sécurité alimentaire. Il est rappelé la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, le programme Action

¹⁶⁴⁴ S. ROBERT-CUENDET, « Accords d'investissement et développement durable, comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *ConventionS - Réguler la mondialisation*, 2014, n°14, p. 11.

¹⁶⁴⁵ S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.*

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

21 sur l'environnement et le développement de 1992, ou encore la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable de 2002 ... Ces références précises aux conférences marquantes dans l'histoire de la sécurité alimentaire renforcent l'idée que par une approche intégrée des investissements et du développement durable, la sécurité alimentaire pourrait s'affirmer et être à son tour conciliée avec les droits des investisseurs.

2°) L'apport limité : le développement durable apparent comme outil d'accréditation

707. L'idée d'une approche intégrée demeure séduisante, mais appelle à la prudence. En effet, les volontés étatiques d'une conciliation du développement durable avec les investissements internationaux ne doivent pas constituer un paravent cachant une réalité plus sombre. Il en est de même si l'on envisage une approche globale fondée sur l'articulation des règles de protection¹⁶⁴⁷, d'une part des investisseurs et d'autre part, du développement durable. De la même façon que les sociétés sont susceptibles d'instrumentaliser les principes de responsabilité sociale et de développement durable, les États, malgré des déclarations de principe peuvent être freinés par la complexité de mise en œuvre et l'effectivité de la conciliation. A ce titre, l'idée d'une approche globale du développement durable et des investissements internationaux a montré ces limites, non pas par l'absence de volonté de concilier les objectifs de développement durable avec la protection des investisseurs, mais bien en raison de la difficulté de mise en œuvre et d'harmonisation de l'idée que chaque État est susceptible de porter sur ces disciplines sensibles. De plus, l'idée d'une articulation des protections de l'investisseur et de développement durable ne pourra se concrétiser sans que chacun des opérateurs publics et privés n'apporte sa pièce à l'édifice. La connexion des États avec la capacité réelle des acteurs privés à réaliser les objectifs reste déterminante si l'on désire parvenir à l'effectivité des mesures et de l'articulation. L'exemple des limites à l'articulation des protections dans un contexte global peut être entrevu à travers les difficultés de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI).

708. Accord multilatéral sur l'investissement et développement durable. Dans le cadre des négociations relatives à un Accord multilatéral sur l'investissement, le Préambule intégrait l'idée d'une croissance économique durable au côté de mesures environnementales en veillant à ce que « *le développement économique, auquel l'investissement contribue, soit durable*¹⁶⁴⁸ ». Il avait été

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶⁴⁸ OCDE, *L'accord multilatéral sur l'investissement projet de texte consolidé* (AMI), DAF/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998, p. 8.

envisagé d'ajouter les termes suivants « *conformément au droit international de l'environnement* ¹⁶⁴⁹ ». Dès lors, la question soulevée a été de savoir si les accords multilatéraux sur l'environnement devaient primer sur l'AMI ¹⁶⁵⁰. Une délégation s'était fermement opposée à l'inclusion de ces termes mettant en avant l'imprécision dont il faisait l'objet tandis que d'autres préféraient l'intégration d'une référence aux principes de la Déclaration de Rio et d'Action 21 ¹⁶⁵¹. Certaines délégations ont proposé l'inclusion d'une reconnaissance de ces mesures environnementales en affirmant qu'elles ne devraient pas « *constituer un moyen de restriction déguisée aux échanges et aux investissements internationaux* ». La formulation fait écho aux formulations habituellement employées par l'OMC. D'autres encore ont émis le souhait que soient directement insérés dans le préambule les termes suivants ¹⁶⁵² :

Convaincues qu'il est indispensable d'utiliser de façon optimale les ressources de la planète en conformité avec l'objectif de développement durable ;

Reconnaissant que l'investissement est susceptible de modifier l'échelle et la structure de l'activité économique dans les pays, avec les effets qui peuvent en résulter dans le domaine de la santé et de l'environnement ;

Reconnaissant l'interdépendance de leurs environnements ;

Encourageant la protection, la conservation, la préservation et l'amélioration de l'environnement ;

709. L'AMI n'a pas vu le jour, en revanche, les négociations autour du projet révèlent cet affrontement entre les objectifs de développement durable et les difficultés de mise en œuvre en accord avec le droit international des investissements. Il reste difficile de vouloir accorder à l'environnement ou la sécurité alimentaire une place d'importance sans reconnaître lors d'un conflit juridique quel régime devrait l'emporter. En l'absence d'une position internationale claire dans le droit international des investissements, c'est bien souvent à l'arbitre, juge privé, qu'il revient de déterminer quelle norme devra s'affirmer sur l'autre lors d'un contentieux. Ainsi, les contradictions apparaissent inhérentes à la conception des instruments juridiques, et reflètent l'incapacité des États à s'harmoniser non pas sur une reconnaissance du développement durable, qui a désormais acquis la faveur de tous, mais sur les conditions de son élaboration, de sa conception et de son articulation avec le droit international des investissements.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*

¹⁶⁵¹ OCDE, *op. cit.*

¹⁶⁵² *Ibid.*

Section 2. Les réglages du défaut de coordination des opérateurs publics

710. A priori, rien ne porte à penser que les décisions des centres d'arbitrage, de la Cour de justice de l'Union européenne ou encore de la Cour européenne des droits de l'Homme puissent générer des décisions contradictoires. En effet, le système est façonné d'une façon telle que chaque juridiction, chaque organisation, devrait se prononcer sur des contentieux qui relèvent de leurs domaines de compétence. Pourtant, les interdépendances entre les disciplines devraient parfois pousser les juges du droit international à sortir de leur zone de compétence en vue d'éviter les divergences normatives (§1). Si la coordination juridictionnelle demeure limitée et insuffisante, spécifiquement de la part des opérateurs publics, en revanche, des convergences apparaissent en provenance du juge privé, arbitre des parties, qui n'hésitent plus à puiser dans la jurisprudence établie par les opérateurs publics (§2).

§1.- Le risque de divergence juridictionnelle

711. Le risque de divergence entre les juridictions réside dans l'isolement de ces dernières. Chacune agit dans son domaine de prédilection sans considérer les croisements de sa discipline alors que les chevauchements interdisciplinaires se multiplient (A). Les risques seraient d'aboutir à des décisions contradictoires sur des faits similaires et de voir émerger des juges dépourvus de légitimité à s'octroyer une compétence universelle (B).

A.- Isolement des juridictions et interdépendances disciplinaires

712. Si les disciplines se chevauchent de plus en plus en créant de véritables interdépendances disciplinaires (1°), pour autant, les juridictions restent souvent dans une position d'isolement vis-à-vis de ce phénomène (2°).

1°) L'interdépendance des disciplines

713. La multiplication des juridictions et la concurrence des procédures sont susceptibles de conduire à des conflits générés par l'émergence de l'interdépendance des disciplines. Il apparaît de moins en moins concevable désormais que la conception d'un instrument juridique général sur les investissements internationaux ne se fasse sans l'inclusion d'un chapitre ou d'un article portant sur la norme environnementale. Dès lors, le juge des affaires est amené à trancher un litige fondé sur des disciplines interdépendantes. Dans cette hypothèse, est-il le juge de l'environnement, des droits de l'Homme, du droit des affaires ou encore le juge des parties lors d'un arbitrage ? Les affaires fondées sur l'interdépendance des disciplines imposent au juge de ne pas rester enfermé dans un espace

normatif clos. Ce développement des disciplines interdépendantes conduit à « *d'éventuels chevauchements de compétence* » entre les juridictions¹⁶⁵³. Toutefois, on ne peut raisonnablement renvoyer le demandeur devant le juge des droits de l'Homme lorsqu'il se prévaut d'une demande annexe sur la norme relative aux droits de l'Homme dans l'hypothèse d'un différend économique et devant le juge du commerce international lorsqu'il se prévaut d'une demande annexe sur la norme commerciale dans un différend portant sur les droits de l'Homme¹⁶⁵⁴.

2°) L'éventail de voies juridictionnelles

714. Contexte. Plusieurs offres issues d'instruments juridiques sont susceptibles de s'attacher au même litige alors qu'elles n'appartiennent pas nécessairement au même régime juridique¹⁶⁵⁵. Alors que la norme A est traditionnellement régit par l'espace normatif A, et la norme B est traditionnellement régit par l'espace normatif déterminé B, on assiste désormais à une interdépendance normative. Les normes A et B sont susceptibles d'intégrer simultanément l'espace normatif A et/ou B. Cette situation est génératrice de conflits de normes et de conflits juridictions. A ce titre, la violation d'un droit de l'Homme pourrait être invoquée devant le CIRDI ou devant les juridictions relatives aux droits de l'Homme telles que la Cour européenne des droits de l'homme, la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les interdépendances disciplinaires supposent une coordination juridictionnelle à plusieurs niveaux. D'une part, entre les juridictions à vocation économique et à vocation fondamentale¹⁶⁵⁶. D'autre part, entre les juridictions régionales traitant d'affaires relatives aux droits de l'Homme. L'hypothèse d'un millefeuille juridictionnel est tout à fait envisageable. Un investisseur pourrait déposer une requête devant le CIRDI sur le fondement d'un manquement à ses droits de propriété, l'État peut lui opposer le droit à l'eau de sa population comme justification du manquement. Les victimes de l'opération d'investissement pourraient décider d'introduire une action devant l'une des Cours régionales des droits de l'Homme et même devant le juge étatique à l'encontre de l'État et/ou de l'investisseur. Finalement, une même situation, lorsqu'elle repose sur une interdépendance disciplinaire peut

¹⁶⁵³ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage transnational face un désordre procédural : La concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in F. HORCHANI, (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2007, p. 197.

¹⁶⁵⁴ Voy. La citation de Pierre Mayer « *C'est comme si dans un litige interne le demandeur avait à la fois à se prévaloir de certaines règles du Code civil et certaines règles du commerce et qu'on lui disait "Allez devant le tribunal de grande instance pour le Code civil et devant le tribunal de commerce pour les règles qui sont dans le code de commerce"* » in W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, p. 200.

¹⁶⁵⁵ W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, p. 210.

¹⁶⁵⁶ Le terme fondamental fait référence aux droits fondamentaux et renvoie aux juridictions compétentes en matière de droits de l'Homme.

conduire à un éventail de voies juridictionnelles. Cette dispersion constitue une faiblesse et les solutions apportées demeurent minimales en regard de la généralisation de ce phénomène¹⁶⁵⁷.

715. L'externalité juridictionnelle. Dans cette étude, « l'externalité juridictionnelle » désigne les effets externes de la décision d'une juridiction sur une autre juridiction. L'interdépendance des disciplines démontre qu'une juridiction spécialisée dans la protection des investissements internationaux est susceptible de trancher un litige relevant simultanément des droits de l'Homme, spécialement du droit à l'alimentation ou du droit à l'eau. Dès lors, quel est l'impact de cette décision sur les juridictions des droits de l'Homme ? A priori, aucun. La généralisation des conflits d'interdépendance disciplinaire pourrait pousser les juridictions à entrevoir ce que d'autres préconisent dans leur champ de compétence. L'OMC et le CIRDI sont conçus pour traiter des questions commerciales. La CEDH est façonnée pour intervenir sur les questions relatives aux droits humains. La FAO, quant à elle, concerne les domaines de l'agriculture et de l'alimentation. Chaque juridiction, chaque organisation, demeure bâtie à l'image du régime juridique qu'elle entend encadrer. Ainsi, la cartographie juridictionnelle et organisationnelle internationale pourrait faire office d'architecture cohérente. Pourtant, l'interdépendance des disciplines internationales, accompagnée d'une concurrence normative accrue révèle les limites d'une conception juridictionnelle qui ne fonctionnerait qu'en vase clos.

B.- Le risque des décisions contradictoires¹⁶⁵⁸ lié au défaut de coordination des opérateurs

716. La multiplication des interdépendances disciplinaires accentue les conflits de compétence existants (1°). L'observation de ces failles contribue à penser à de nouvelles réponses. Néanmoins, ces dernières n'apparaissent pas nécessairement adaptées en regard des enjeux (2°).

1°) L'accentuation des conflits de compétence par l'interdépendance disciplinaire

717. L'imbroglie juridictionnel. Le risque de décisions contradictoires ne découle pas spécifiquement de l'interdépendance des disciplines et n'est pas inhérent aux interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. En effet, « *le désordre procédural* » a été

¹⁶⁵⁷ Voy. not. sur la dispersion des demandes connexes : P. MAYER, « La dispersion des demandes connexes entre plusieurs procédures arbitrales est-elle inéluctable ? », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet, Lexis Nexis, 2013, pp. 129-143.

¹⁶⁵⁸ Voy. B. DARMOIS et E. GLUCKSMANN (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015; Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, Aspects récents*, LGDJ, 2010, spec. R. RIVIER, « La multiplication des recours : consolidation, res iudicata et litispendance », pp. 89-114.

soulevé au sein du droit international des investissements, notamment dans le cadre de la pluralité des arbitrages États-investisseur¹⁶⁵⁹. Dans les célèbres affaires *Lauder c. République Tchèque*¹⁶⁶⁰ et *CME c./ République Tchèque*¹⁶⁶¹, des faits similaires ont donné lieu à des décisions contradictoires de la part des tribunaux arbitraux. En l'espèce, une société de droit néerlandais CME, contrôlé par un investisseur américain, avait opéré un investissement dans un projet de création d'une chaîne locale privée de télévision. Le Conseil des médias avait décidé de modifier les conditions d'obtention de licence imposant CME et son partenaire à conclure un contrat de prestations de service au lieu de l'accord de joint venture initialement prévu. Par la suite, les relations des parties se sont détériorées conduisant à un arbitrage CCI et des actions auprès des juridictions nationales. Deux procédures à l'encontre de la République Tchèque ont été menées par l'investisseur américain, l'une sur le fondement du traité bilatéral d'investissement entre la République Tchèque et les États-Unis, l'autre sur le fondement du traité bilatéral de la République Tchèque et des Pays-Bas. La base factuelle dans les procédures demeure similaire, tout comme l'argumentation. L'investisseur a proposé une consolidation des procédures que la République Tchèque a rejetée. L'argument des tribunaux a été de soutenir qu'ils avaient été saisis sur la base de deux traités bilatéraux d'investissement distinct confortant leur compétence mutuelle. Deux sentences contradictoires ont été rendues la même année. Dans la première affaire, la responsabilité de l'État n'a pas été reconnue tandis que dans la seconde, le tribunal a estimé que l'investisseur devait recevoir une indemnisation correspondant à la valeur de son investissement. Dès lors, l'interdépendance des disciplines ne fait qu'accentuer les conflits de compétence qui existent déjà.

718. Un droit de propriété, des protections juridictionnelles. Les convergences par le prisme de « la propriété » entre les tribunaux d'arbitrage d'investissements et la Cour européenne des droits de l'Homme semblent intéressantes et possibles en raison de la protection réservée à cette dernière dans les deux domaines. L'article 1er al. 1, du Premier protocole additionnel à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales prévoit que :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

La protection de la propriété de l'investisseur se retrouve dans l'ensemble des accords d'investissement, spécifiquement sur le fondement du droit de l'expropriation ou encore du droit à

¹⁶⁵⁹ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage transnational face un désordre procédural : La concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in F. HORCHANI, (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2007, p. 211.

¹⁶⁶⁰ CNUDCI, *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, sentence finale, 3 septembre 2001.

¹⁶⁶¹ CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle, 13 septembre 2001.

un traitement équitable. Mais la conception de la propriété apparaît plus absolue dans le système des investissements internationaux. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée sur l'article 1 du Protocole n°1 dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*¹⁶⁶² et a estimé que :

« En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 garantit en substance le droit de propriété. Les mots « biens », « propriété », « usage des biens », en anglais « possessions » et « use of property », le donnent nettement à penser ; de leur côté, les travaux préparatoires le confirment sans équivoque : les rédacteurs n'ont cessé de parler de « droit de propriété » pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1. Or le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété ».

La CEDH apporte une protection aux personnes physiques et morales contre l'arbitraire des États. En revanche, l'Etat peut priver une personne de ses biens dans les conditions précitées qui supposent un cadre large d'atteintes à la propriété lorsqu'elles sont commises au nom de l'intérêt public. En conséquence, l'investisseur est susceptible de recourir tant à l'arbitrage CIRDI qu'à la Convention européenne des droits de l'Homme s'il entend faire valoir son droit à la propriété.

719. Une atteinte à la sécurité alimentaire, des protections juridictionnelles. Inversement, les victimes d'insécurité alimentaire détiennent la faculté de faire valoir leurs droits par différentes voies juridictionnelles. Indirectement, comme nous l'avons déjà précisé, l'État peut opposer en moyen de défense la sécurité alimentaire de sa population dans un arbitrage d'investissement comme justification d'un manquement contractuel. Dès lors, les victimes d'insécurité alimentaire lors d'une opération d'investissement voient leur droit défendu lors d'un arbitrage. Mais les victimes d'insécurité alimentaire peuvent directement porter le contentieux devant les juridictions relatives aux droits de l'Homme ou encore devant les juridictions étatiques. L'interprétation de l'insécurité alimentaire est-elle réalisée de manière similaire par un tribunal arbitral d'investissement que par une juridiction spécialisée dans les droits de l'Homme ? Le risque demeure l'appréciation de faits similaires en regard d'instruments juridiques aux finalités distinctes.

2°) Le risque d'une attribution de compétence universelle inadaptée

720. Contexte. Le risque en l'absence d'accord lors de litiges entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux serait de voir émerger des réponses inadaptées au droit international par des compétences improvisées ou inappropriées en réaction aux faits. Dans cette

¹⁶⁶² CEDH, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, Série A, n° 31 in Voy. A. GRGIĆ, Z. MATAGA, M. LONGAR et A. VILFANLE, *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide sur la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de ses protocoles*, Précis sur les droits de l'homme, n° 10, p. 5.

hypothèse, l'outil juridique convient, mais le juge n'apparaît pas forcément légitime pour résoudre le différend. A ce titre, *l'alien tort claims act*¹⁶⁶³ (ATCA) constitue un instrument juridique américain permettant aux victimes étrangères de violations des droits de l'Homme d'intenter une action contre l'entité responsable étrangère pour des faits survenus à l'étranger. La justiciabilité des droits de l'Homme reste une question majeure de notre temps. S'il ne fait aucune difficulté de saisir un juge dans certains États, il n'en est pas de même dans d'autres. A cela vient s'ajouter les complexités liées à la mondialisation de l'économie, la victime d'une violation peut avoir une nationalité différente de l'investisseur, l'entreprise est susceptible de résider dans un autre Etat que celui où elle a investi, et la violation peut intervenir sur un territoire étranger à ces deux protagonistes. Néanmoins, cette justiciabilité pose des difficultés et apparaît délicate si l'on pense à la souveraineté des États. La protection des victimes de violation des droits de l'Homme est primordiale. Des protections juridiques ont été élaborées, notamment des actions personnelles, afin de permettre aux victimes d'actionner la responsabilité civile des auteurs se rendant coupable de crimes économiques.

721. Si cet outil juridique n'a pas fait disparaître toutes les violations des droits de l'Homme existantes, il met en garde les entreprises. Ainsi, aux Etats-Unis, les victimes de projets d'investissements réalisés au mépris des droits de l'Homme ont bénéficié de voies de recours sur ce fondement. Il est prévu que les tribunaux américains ont compétence pour : « *any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ». L'ATCA permet aux cours fédérales d'avoir une compétence universelle, civile et non pénale. La procédure de l'ATCA fut votée le 24 septembre 1789 par le premier Congrès des Etats-Unis. L'origine de l'ATCA demeure obscure et controversée. Une majorité de la doctrine précise que l'ATCA fut introduit pour éviter que des citoyens non américains soient victimes d'un déni de justice. Dans ce sens, l'objectif était d'éviter que la responsabilité internationale des Etats-Unis soit engagée envers l'Etat d'origine de la victime. La conception de L'ATCA ne s'est donc pas concrétisée à l'origine en vue d'offrir une voie de recours aux victimes de violations des droits de

¹⁶⁶³ *Alien Torts Claims Act*, 28 United States Code (U.S.C.) § 1350. Pour des études approfondies de cet instrument juridique. Voy. p.ex. E. APOSTOLOVA « The Relationship between the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act », *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28, Iss. 2 2010, Art. 14, p 641; C. KESSEDJIAN, « Les actions pour violation des droits de l'homme – Aspects de droit international privé », Travaux comité fr. DIP 2002-2004, *Pedone*, 2005, p. 151 ; N. MAZIAU « La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme. L'affaire Kiobel contre Royal Dutch Shell Petroleum Co devant la Cour suprême des Etats-Unis, quel écho à la situation française ? », *D.* 2013 p 1081 ; MUIR WATT, « De la compétence des juridictions fédérales en cas de violation du droit international coutumier » *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, p. 898 ; H. MUIR WATT, « L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis, Territorialité, diplomatie judiciaire, ou économie politique ? », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, p. 595 ; H. MUIR WATT, « Compétence fédérale américaine au sens de l'Alien Tort Statute », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2014, p. 851 ; N. NORBERG, « Entreprises multinationales et lois extra-territoriales : l'interaction entre le droit américain et le droit international », *RSC* 2005. 739.

l'Homme. Toutefois, cette protection est réapparue deux cents ans plus tard, dans les années 1980, dans le cadre de l'affaire *Filartiga c/ Pena-Irala*¹⁶⁶⁴. Dans cette affaire¹⁶⁶⁵, la Cour a consacré l'idée selon laquelle, les citoyens étrangers sont fondés à intenter une action civile à l'encontre des responsables présumés de violations des droits de l'Homme, même si la violation a eu lieu hors du territoire américain. Par la suite, le Torture Victim Protection Act¹⁶⁶⁶ (TVPA), un complément de l'ATCA a été adopté. Le TVPA est un instrument juridique américain permettant à toute personne, victimes d'actes de tortures ou d'exécutions extrajudiciaires d'intenter une action civile contre les responsables présumés¹⁶⁶⁷.

722. Mise en oeuvre de l'ATCA. L'introduction d'une action sur le fondement de l'ATCA, repose sur deux hypothèses : une violation de la loi des nations ou une violation des traités auxquels sont liés les Etats-Unis. Tout d'abord, les tribunaux peuvent accueillir toute action civile intentée par un étranger commis en violation des lois ou des traités des Etats-Unis. Si au départ l'ATCA était réservée à des personnes physiques ayant commis une violation des droits de l'Homme, son champ d'application s'est étendu. En effet, il est désormais possible d'intenter une action en responsabilité civile contre des entreprises multinationales ayant violé les droits de l'Homme et donc potentiellement le droit à l'eau et à l'alimentation. Par le biais de l'ATCA, il n'est pas seulement visé la responsabilité des auteurs directs de crimes, mais aussi la responsabilité même indirecte des complices de violations des droits de l'Homme . Les acteurs de l'économie internationale peuvent se voir reprocher leur collaboration avec les régimes criminels notoires.

723. Ensuite, l'ATCA permet d'intenter une action en responsabilité contre une entreprise qui violerait les droits de l'Homme au mépris des lois et traités internationaux. Peu importe dans ce cadre que l'entreprise ne soit pas américaine, que la victime ne jouisse pas de la nationalité américaine, et que la violation ne soit pas intervenue sur le sol américain. Les structures des

¹⁶⁶⁴ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 878 ; *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 880 2nd Circuit 1980 ; Voy. N. NORBERG, « The US Supreme Court Affirms the *Filartiga*, Paradigm », *Journal of International Criminal Justice*, Volume 4, Issue 2, 1 May 2006, pp. 387–400.

¹⁶⁶⁵ Cette affaire ne porte pas sur une atteinte aux droits de l'Homme opérée par un investisseur, néanmoins, le contentieux a réactualisé l'ATCA que l'on pensait tombé en désuétude. En l'espèce, un enfant de dix-sept, de nationalité paraguayenne, avait été torturé dans son pays par un officier de police de la même nationalité. Les recours dans ledit pays n'avaient pas abouti. L'auteur des faits criminels déménagea à New-York, la famille de la victime intenta une action à son encontre aux Etats-Unis en vertu de l'ATCA. Il leur aurait été octroyé 10,4 millions de dollars américains

¹⁶⁶⁶ *Torture Victim Protection Act*, 1991, 28 U.S.C. ch. 85 § 1350. Voy. B. STEPHENS; J. CHOMSKY; J. GREEN; P. HOFFMAN AND M. RATNER, « The Torture Victim Protection Act (Tvpa) », *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, 2008, pp 73-88.

¹⁶⁶⁷ A la différence de l'ATCA, le TVPA contient une définition précise des infractions. Alors que l'ATCA est court et ambiguë, le TVPA offre davantage de directives et d'éclaircissements. Par exemple, l'ATCA ne fournit pas de définition sur ce que constitue « la loi des nations » ou sur ce que serait des délits commis en violation de ce droit. L'ATCA n'impose pas un épuisement des voies de recours interne alors que le TVPA annonce un délai de dix ans pour intenter une action.

multinationales reposent sur des fonctionnements complexes, difficilement saisissables, ce qui peut conduire à une immunité systématique lorsqu'elles sont responsables de violations des droits de l'Homme. L'ATCA ouvre un recours efficace aux victimes d'une opération d'investissement uniquement si une violation du droit international est établie, clairement identifiée, acceptée universellement. Enfin, un contact minimum sur le sol américain par l'auteur présumé des faits doit être établi, peu importe que la violation ait eu lieu dans un autre pays que les Etats-Unis. Il suffit que l'auteur ait été présent sur le sol américain d'après les juges.

724. Atténuations. L'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*¹⁶⁶⁸ a confirmé la compétence du juge américain lorsque les conditions de l'ATCA étaient réunies. La jurisprudence *Sosa c. Alvarez-Machain* fait office de référence et a déterminé ce qui était susceptible d'entrer dans le champ d'action de l'ATCA. En l'espèce, un médecin mexicain avait été conduit de force par un groupe de nationaux mexicains sur le territoire américain, à la demande d'une agence du gouvernement spécialisée dans la lutte contre les drogues « U.S. Drug Enforcement Agency ». Lors de sa garde à vue, le médecin rejeta l'acte d'accusation portée à son encontre en mettant en avant la conduite scandaleuse du gouvernement qui agissait en violation du traité d'extradition liant les Etats-Unis et le Mexique. Le tribunal de district et le neuvième circuit ont suivi les arguments, alors que la Cour suprême a infirmé leurs décisions, en précisant que l'enlèvement n'avait pas d'incidence sur la compétence du tribunal. L'affaire a été instruite et Monsieur Alvarez fut acquitté. Par la suite, le médecin intenta une action sur le fondement de l'ATCA pour arrestation et détention arbitraire. La Cour a estimé que les litiges sur le fondement de l'ATCA ne pouvaient être évoqués seulement sur la base de la violation d'une norme internationale universelle, obligatoire, spécifique et définie. En l'espèce, elle n'a donc pas retenu que la détention arbitraire constituait une violation bien établie du droit international coutumier. En d'autres termes, la violation doit revêtir un contenu précis et accepté par la communauté internationale. L'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain* a permis de saisir que même si le juge a une compétence universelle, celui-ci devra être prudent et suivre les principes du droit international. Il ne pourra prendre en considération que la violation d'une norme internationale universelle, définie et contraignante.

725. Dans une autre affaire, *DOE c. Unocal*¹⁶⁶⁹, la notion de contact minimum a été étendue aux sociétés multinationales. Cette affaire a opposé un consortium d'entreprises

¹⁶⁶⁸ *Sosa v. Alvarez-Machain* 331 F.3d, at 610 ; *Sosa v. Alvarez-Machain* 266 F.3d 1045 (2001) ; *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S 692 (2004).

¹⁶⁶⁹ *Doe v. Unocal* case 654 F. Supp 880 (CD Cal 1997) ; *Doe v. Unocal*, 395 F. 3d 932 (9th Cir 2002).

multinationales dans le secteur du pétrole, Unocal, Total, la MOGE, et le SLORC contre un ensemble de personnes birmanes, se plaignant d'avoir été enrôlé de force par des militaires birmans en vue de participer à la construction d'un gazoduc en Birmanie. L'ATCA a permis à ces victimes d'intenter une action en responsabilité civile contre les entreprises multinationales, afin d'obtenir réparation pour les dommages causés à la population. Dans cette affaire, le juge américain s'est reconnu incompétent pour juger la société française Total. Il a estimé que la société n'avait pas de lien suffisant avec l'Etat de Californie¹⁶⁷⁰.

726. Instrument isolé et compétence universelle américaine inadaptée. La compétence universelle conférée au juge sur le fondement de l'ATCA demeure civile. S'il ne fait nul doute en regard de l'analyse jurisprudentielle que cet instrument apparaît comme un rempart efficace à l'encontre de la grande muraille des investissements internationaux, en revanche, l'ATCA n'est pas exempt de toutes critiques. Cette procédure a été qualifiée par certains pays comme contraires au droit international, principalement parce que cet instrument porte une atteinte aux souverainetés des États et confère une compétence universelle au juge américain. Dès lors, on peut voir dans cette application extraterritoriale une démonstration de « l'impérialisme américain ». Mais n'oublions pas que le gouvernement américain a choisi de ne pas soutenir l'ATCA et s'est positionné à l'encontre de la loi américaine. Autre limite et non des moindres : l'application de la décision du juge américain hors de son territoire. Il faut mettre en œuvre une procédure d'exequatur, et donc la reconnaissance par l'État concerné dépendra de son droit. Dès lors, les effets extraterritoriaux demeurent limités. Alors que l'ATCA pouvait apparaître comme un instrument juridique comportant des effets extra-territoriaux, l'isolement de cet outil reste une difficulté majeure par l'ébranlement et les contrariétés étatiques qu'il est susceptible de générer. En d'autres termes, le respect et la promotion des droits de l'Homme ne peuvent pas avoir lieu à n'importe quel prix, par des actes isolés, sans concertations multilatérales. C'est la raison pour laquelle la compétence des juridictions américaines n'apparaît pas appropriée. A ce titre, dans l'affaire *Kiobel*¹⁶⁷¹, la Cour suprême s'est prononcée sur la compétence des juges américains en matière de droits de l'Homme, spécialement sur l'application extraterritoriale de l'ATCA. En l'espèce, des nigériens ont dénoncé les agissements de la société Royal Dutch petroleum

¹⁶⁷⁰ *Doe I v. Unocal Corp.*, 27 F. Supp. 2d 1174 (C.D. Cal. 1998) et Appel affirmant la décision de la Cour fédérale de première instance : *Doe I v. Unocal Corp.*, 248 F. 3d 915 (9th Cir. 2001).

¹⁶⁷¹ *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. No. 10-1491 S. Ct, 2013. Voy. aussi. H. MUIR WATT, « Irrecevabilité aux Etats-Unis d'une action de groupe contre une multinationale accusée de crimes contre l'humanité ». Cour d'appel fédérale des Etats-Unis (2^e circuit), 17 septembre 2010, *Rev. crit. DIP*, n°4, octobre-décembre 2010, pp. 761-768.

qui se serait rendue complice d'actes commis par les forces policières et militaire du Nigéria. La société était poursuivie pour complicité de crimes contre l'humanité, torture et traitements cruels et dégradants. Les juges ont déclaré que les violations survenues au Nigéria ne pouvaient pas être régies par l'ATCA. Les actes dénoncés s'étaient réalisés hors du territoire américain à des ressortissants étrangers. Dès lors, les juges américains n'avaient pas la compétence de se prononcer sur l'affaire.

Les juridictions internationales apparaissent certainement les plus à même de trancher ces questions, ne serait-ce que par la légitimité dont elle bénéficie lorsqu'il s'agit du traitement d'un litige international. La renaissance de l'ATCA a rappelé avec force le besoin d'encadrement des activités des investisseurs à l'étranger et le besoin de cohésion. Cet instrument juridique, bien qu'inadapté, renforce l'idée d'une nécessité de coordination des juridictions et des États afin de se conformer aux besoins des victimes d'opérations d'investissements et aux besoins communs des investisseurs.

727. Si les opérateurs publics ne sont pas parvenus jusqu'alors à garantir une coordination, de son côté, le juge privé, arbitre des parties, a puisé dans la jurisprudence de l'OMC, de la CIJ ou encore de la CEDH. Dès lors, la coordination juridictionnelle attendue proviendrait du juge privé, et non pas des opérateurs publics qui semblent réticents à poser leur regard sur les décisions arbitrales. Celles-ci reposent pourtant sur des disciplines chevauchant les siennes. C'est la raison pour laquelle, sous l'angle de la responsabilité alimentaire, il apparaît pertinent de s'intéresser à la coordination des organisations et des juridictions sans lesquelles l'application de la sécurité alimentaire ne pourra se réaliser de manière cohérente au sein de la sphère des investissements. La coordination des opérateurs pourrait s'établir sous l'impulsion du juge privé, montrant une voie intéressante saisissant l'imbrication des disciplines.

§2. L'insuffisance de coordination

728. Des convergences apparaissent. Elles proviennent essentiellement des juges privés, arbitres, se référant à des jurisprudences d'autres organisations ou juridictions. En revanche, l'inverse n'est pas vrai (A). Le besoin de coordination juridictionnelle a aussi été mis en avant par les investisseurs qui n'ont pas hésité à faire-valoir leurs droits devant des Cour régionales relatives aux droits de l'Homme (B).

A.- L'absence de prise en compte de la jurisprudence des tribunaux d'investissements par les autres juridictions.

729. Si les tribunaux arbitraux n'hésitent pas à se prononcer à la lumière des décisions d'autres juridiction (1°) , ces dernières n'apparaissent pas réceptives aux décisions établies par les arbitres (2°).

1°) Un phénomène à « sens unique¹⁶⁷² »

730. L'étude des interactions entre le CIRDI et la CIJ, l'OMC ou encore la CEDH, révèle cette relation à sens unique. Il est vrai que les tribunaux arbitraux d'investissement ont puisé à de nombreuses reprises dans les jurisprudences extérieures, d'autres juridictions, alors que ces dernières n'ont pas posé un seul regard sur la jurisprudence arbitrale CIRDI. Cela peut s'expliquer par le fait que les affaires ne « s'y prêtent guère »¹⁶⁷³ pour certaines juridictions comme la CIJ, ce qui pourrait aisément changer en vertu de la généralisation des imbrications des disciplines et de la nécessité d'apporter des réponses cohérentes dans un système normatif globalisé. Le Professeur Alain Pellet a mis en garde concernant ce phénomène à sens unique et a écrit à propos de la CIJ « *(qu)'il reste que, si elle ne se montre pas plus attentive aux évolutions profondes du droit des investissements – et du droit international tout court – qui se dessinent ailleurs, la CIJ risque de s'enfermer dans une tour d'ivoire qui pourrait, à nouveau, assécher son rôle et la renvoyer à sa somnolence des années 1970* ». En effet, le défaut de coordination sur des thématiques similaires reflète d'ores et déjà les défis qui devraient préoccuper toutes les juridictions. La pénétration des affaires d'intérêt public dans la jurisprudence du CIRDI et sa faculté à dégager des principes généraux pourraient bousculer certaines juridictions. Pour l'instant, il n'en est rien.

2°) Un phénomène général

731. En plus d'être à sens unique, le phénomène demeure général. L'ensemble des juridictions semblent réticente à prendre en compte la jurisprudence des tribunaux d'investissement. Si cette attitude reste compréhensible avec la CIJ ou la CEDH qui sont compétentes dans des domaines interdépendants, mais lointains à l'origine, il apparaît surprenant avec des organisations à vocation

¹⁶⁷² L'expression est d'Alain Pellet qui a écrit que « Le dialogue entre la Cour internationale de justice et les tribunaux compétents en matière d'investissement est à sens unique » in A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », JDI.) n° 1, Janvier 2014, doct. 1.

¹⁶⁷³ A. PELLET, *op. cit.*

commerciale comme l'OMC. En effet, l'empiétement de l'arbitrage État-investisseur et de l'Organe de différend de l'OMC sur des litiges relatifs aux investissements demeure risqué, spécifiquement si les deux organes agissent en vase clos sur le même domaine. Bien que l'OMC reste réservée aux différends entre États, il apparaît difficile de nier les intérêts en toile de fond des opérateurs économiques privés¹⁶⁷⁴. L'OMC n'est pas liée par les décisions des tribunaux d'investissement. Si l'organisation souhaite tracer sa route sans détourner son regard sur des décisions à fort impact dans certains de ces domaines de compétence, il est à craindre que les contradictions au sein d'une même discipline pullulent dans le droit international. Pourtant, les tribunaux arbitraux d'investissement, de leurs côtés, se sont référés à de nombreuses reprises à la jurisprudence de l'OMC, de la CIJ et de la CEDH.

B.- L'émergence de convergences

732. Les tribunaux arbitraux d'investissement se réfèrent aisément à des jurisprudences extérieures (1°) et des évolutions récentes dans ce domaines sont observées (2°).

1°) Les références aux jurisprudences extérieures par les tribunaux arbitraux d'investissement

733. Les références à la Cour internationale de justice (CIJ). Il n'apparaît pas surprenant que les tribunaux d'investissement se réfèrent à la jurisprudence et aux normes de la CIJ. En effet, les investissements internationaux agissent sur la base du droit international public et les tribunaux d'investissement se fondent sur les principes généraux du droit international pour appuyer leur raisonnement¹⁶⁷⁵. Les tribunaux du CIRDI puisent souvent dans la jurisprudence de la CIJ¹⁶⁷⁶. Certains arrêts interviennent de manière récurrente. C'est ainsi que les affaires telles que *Usine de*

¹⁶⁷⁴ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage transnational face un désordre procédural : La concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in F. HORCHANI, (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2007, p. 214.

¹⁶⁷⁵ A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *JDI (Clunet)* n° 1, Janvier 2014, doct. 1.

¹⁶⁷⁶ Voy. à titre illustratif parmi les nombreuses illustrations : CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*, n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, § 400 ; CNUDCI, *Czech Republic BV c/ République tchèque*, sentence partielle, 13 sept. 2001, CME § 616-618 ; CIRDI, *Camuzzi International SA c/ Argentine*, n° ARB/03/2, décision sur la compétence, 11 mai 2005, § 138-142 ; CIRDI, *Azurix Corp. c/ République Argentine*, n° ARB/01/12, décision sur l'annulation, 1er sept. 2009, § 87 ; CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c/ Équateur*, n° ARB/06/11, sentence, 5 oct. 2012, § 792 ; CIRDI, *Siemens AG c/ Argentine*, sentence, 6 févr. 2007, n° ARB/02/8, § 351-353 ; CIRDI, *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoina, SRL and Pan American Continental SRL c/ Argentine*, n° ARB/04/8, décision sur la compétence, 27 juill. 2006, § 216-217.

*Chorzów*¹⁶⁷⁷, *ELSI*¹⁶⁷⁸, *Barcelona Traction*¹⁶⁷⁹ ou encore *Gabcíkovo-Nagymaros*¹⁶⁸⁰ deviennent des références dans la jurisprudence des tribunaux d'investissement¹⁶⁸¹. Si le recours à la jurisprudence de la CIJ n'apparaît pas systématique, il n'en demeure pas moins que dès que le tribunal arbitral d'investissement se prononce sur des principes généraux du droit international, il puise dans celle-ci. Ainsi, la CIJ reste une source d'inspiration importante pour les arbitres dévoilant le besoin de coordination entre les différentes juridictions.

734. Les références à la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

Bien que l'OMC n'apparaisse pas s'intéresser à la jurisprudence des tribunaux d'investissement, l'inverse n'est pas vrai. En effet, ces derniers se sont inspirés à de nombreuses reprises de la jurisprudence de l'OMC. A titre illustratif, le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *Continental Casualty Company c/ Argentine*¹⁶⁸², s'est référé à l'affaire *WTO United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, à l'Art. XIV du GATS. Les arbitres ont estimé que :

« Within the WTO a measure is not necessary if another treaty consistent, or less inconsistent alternative measure, which the member State concerned could reasonably be expected to employ is available:

[...] an alternative measure may be found not to be “reasonable available,” however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the Responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover a “reasonable available” alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued under paragraph (a) of Article XIV. »

Dans le même sens, les tribunaux arbitraux d'investissement CIRDI n'hésitent pas à s'inspirer du test de nécessité en vertu des exceptions générales inspirées de l'OMC. Il semble que cette fois-ci encore, l'inspiration soit à sens unique.

¹⁶⁷⁷ CPJI, *Affaire de l'usine de Chorzów*, (*Allemagne/Pologne*), 13 Septembre 1928, Usine de Chorzow, Recueil des arrêts, Série A, n°17.

¹⁶⁷⁸ CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, 20 juillet 1989, Recueil des arrêts, p. 15.

¹⁶⁷⁹ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, Recueil des arrêts, p. 3.

¹⁶⁸⁰ CIJ, *Projet GabCikovo-Nagymaros*, (Hongrie/Slovaquie), 25 septembre 1997, Recueil des arrêts, p. 7.

¹⁶⁸¹ A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2014, doct. 1. L'auteur dresse une liste de chacune des affaires dans lesquelles les arrêts *Usine de Chorzów*, *ELSI*, *Barcelona Traction* ou encore *Gabcíkovo-Nagymaros* ont été cités.

¹⁶⁸² CIRDI, *Continental Casualty Company c/ Argentine*, n° ARB/03/9, sentence du 5 sept. 2008, § 195 .

735. Les références à la jurisprudence de la CEDH. Avant de se pencher sur les interactions entre la CEDH et le CIRDI, à sens unique, l'évolution des relations entre la CEDH et l'arbitrage attirera notre attention.

736. CEDH et arbitrage. L'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit la garantie d'un procès équitable. Ce droit peut-il être invoqué sur ce fondement en matière d'arbitrage? La Cour de cassation a répondu par la négative dans l'arrêt *Cubic* du 20 février 2001¹⁶⁸³. Elle a considéré que la CEDH qui engage les États et ne concerne que les juridictions de l'État est sans application en matière d'arbitrage. L'évolution progressive de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle une prise en compte des interdépendances, spécifiquement entre l'arbitrage et la CEDH. En 2005¹⁶⁸⁴, la Cour de cassation a confirmé la promiscuité de l'article 6.1 de la Conv. EDH et de l'arbitrage en considérant que :

l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France

737. En 2008, c'est au tour de la CEDH de se prononcer sur cette cohabitation. Elle a envisagé que l'arbitrage puisse entrer dans le champ d'application de la Convention EDH¹⁶⁸⁵. Mais qu'en est-il de la jurisprudence CIRDI ? Les tribunaux d'investissement intègrent-ils la jurisprudence de la CEDH dans les sentences ? La réponse est affirmative.

738. CEDH et CIRDI. Les tribunaux arbitraux n'hésitent pas à puiser dans la jurisprudence de la CEDH¹⁶⁸⁶ et à intégrer ses mécanismes dans la sentence. Certaines sentences se sont clairement

¹⁶⁸³ Civ 1ère, 20 févr. 2001, Rev arb. 2001. 511, note T. CLAY.

¹⁶⁸⁴ Civ. 1ère, 1er février 2005, pourvoi n° 01-13.742.

¹⁶⁸⁵ CEDH, *Regent Company*, 3 avril 2008, Rev. arb. 2009.797, note J.-B. RACINE,

¹⁶⁸⁶ A titre illustratif, dans l'affaire CIRDI, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, n° ARB/03/15, sentence 31 oct. 2011, § 598 (CEDH), le tribunal arbitral a précisé à la lumière de la CEDH que : « Article 15 of the 1950 European Convention on Human Rights allows States Parties, in time of war or other public emergency threatening the life of the nation, to derogate from their obligations under the Convention – except regarding Articles 2, 3, 4(1) and 7 – to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such derogations are not inconsistent with the Parties' other obligations under international law. A similar clause can be found in Article 27 of the 1969 American Human Rights Convention. The case-law of the European Court of Human Rights shows that these provisions, despite their being emergency clauses, are far from being self-judging. In concrete cases brought before the Court and involving derogations formulated on the basis of those provisions, it is the European Court which determines whether they meet the conditions provided for in Article 15 ». Pour approfondir la question, voy. aussi p;ex : CNUDCI, *Ronald S. Lauder c/*

inspirées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme comme en témoigne l'affaire *Tecmed* étudiée précédemment¹⁶⁸⁷ :

(...) On the basis of a number of legal and practical factors, it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitled to exercise political rights reserved to the nationals of the State, such as voting for the authorities that will issue the decisions that affect such investors. The European Court of Human Rights has defined such circumstances as follows: Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim « in the public interest », but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized (...) »

739. Le tribunal CIRDI s'inspire de la jurisprudence de la CEDH comme de celle d'autres Cour régionale relative aux droits de l'Homme. Dans l'affaire *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, le tribunal, en plus de la référence à la jurisprudence de la CEDH n'a pas hésité à se référer à la Cour interaméricaine des droits de l'Homme¹⁶⁸⁸ révélant une aptitude d'ouverture aux juridictions, principes et normes extérieures.

2°) L'évolution vers une coordination en provenance des opérateurs publics : l'exemple du CETA

740. Traditionnellement, aucun outil juridique ne restreignait les investisseurs ayant déposé une requête devant le CIRDI de ne pas introduire des procédures multiples devant d'autres juridictions. Cette hypothèse prend le risque de conduire à des contradictions et à des contrariétés de décisions. L'application du CETA pourrait constituer une évolution pertinente de ce point de vue. Dès lors, voyons les difficultés potentielles lors de l'introduction de procédures juridictionnelles cumulatives et intéressons au mécanisme proposé par le CETA.

741. Dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. The United States*, le tribunal arbitral a rappelé qu'il ne devait pas statuer sur des revendications autres que celles fondées sur l'ALENA¹⁶⁸⁹. Ainsi, il a dans le même temps considéré que les revendications sur le fondement de traités relatifs aux droits de l'Homme n'étaient pas à sa portée. Pourtant, dans certaines affaires, les investisseurs n'ont pas hésité de leur côté à invoquer leurs droits devant des instances relatives aux droits de l'Homme. Dans l'affaire *Saluka c. République Tchèque*, la société Nomura-Euroe et sa

République tchèque, sentence, 3 sept. 2001 § 200 ; CIRDI, *The Loewen Group, Inc. c/ États-Unis d'Amérique*, n° ARB(AF)/98/3, sentence, 26 juin 2003, § 165.

¹⁶⁸⁷ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A c. Etats-Unis*, Aff. n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 122.

¹⁶⁸⁸ CIRDI, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, n° ARB/03/15, sentence 31 oct. 2011, § 598.

¹⁶⁸⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 jan. 2011, § 71.

filiale, la société néerlandaise *Saluka* ont dénoncé la vente forcée par la République tchèque d'une banque tchèque dans laquelle elles étaient actionnaires. Ces dernières ont invoqué une violation du principe de traitement juste et équitable et dénoncé une expropriation indirecte sur le fondement du TBI conclu entre la République Tchèque et des Pays-bas. Le tribunal arbitral a déclaré que la République Tchèque avait violé le principe de traitement juste et équitable et estimé que la société *Saluka* avait fait l'objet d'un traitement discriminatoire. En revanche, les arbitres ont considéré que celle-ci n'avait pas été victime d'une expropriation et d'une privation illicites de ses investissements justifiant la décision de l'État et appliquant la doctrine des *Police Powers*¹⁶⁹⁰. Dans le même temps, les investisseurs ont introduit une procédure parallèle devant la Cour européenne des droits de l'Homme, considérant que la vente forcée de la banque constituait une violation de leur droit de propriété. L'affaire a été déclarée irrecevable par la CEDH tandis que le tribunal arbitral décidait d'octroyer à l'investisseur une indemnité.

742. Dans la même lignée, l'affaire *Yukos*¹⁶⁹¹, célèbre en raison des montants records alloués, illustre parfaitement ces multiplications de procédures devant des juges distincts, le juge de l'investissement et le juge des droits de l'Homme. Dans cette affaire, deux sociétés incorporées à Chypre, (*Hulley Enterprise Ltd Cyprus et Veteran Petroleum Ltd*), et la société *Yukos Universal Ltd*, incorporée sur l'île de Man ont introduit une requête en arbitrage à l'encontre de la Russie sur le fondement de la Charte de l'énergie¹⁶⁹². La société *Yukos* contestait les mesures fiscales imposées par la Russie qui auraient conduit à sa liquidation. Parallèlement, la société *Yukos* a introduit une procédure devant la CEDH en invoquant notamment la violation de son droit à un procès équitable et de son droit de propriété¹⁶⁹³. D'une part, sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage, un tribunal CNUDCI a condamné la Russie au versement de la somme de 50 milliards UDS en raison de l'expropriation de l'investissement de la société *Yukos*. D'autre part, la CEDH a ordonné à la Russie de payer 1,86 milliards d'euros pour les violations de l'article 6 de la ConvEDH et l'article 1er du protocole 1 de la CEDH. Ainsi, la CEDH apparaît comme « une alternative¹⁶⁹⁴ » aux tribunaux

¹⁶⁹⁰ CNUDCI, *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle, 17 mars. 2006.

¹⁶⁹¹ C. GIORGETTI, « Horizontal and Vertical Relationships of International Courts and Tribunals - How Do We Address Their Competing Jurisdiction? », *ICSID Review*, Vol. 30, No. 1, 2015, pp. 98–117 ; K. HOBBER, « Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 153–190 ; N. CHAEVA, « Les affaires *Yukos* devant la Cour permanente d'arbitrage : 1er acte », *Les Cahiers de l'Arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2010/4, pp. 1069-1081.

¹⁶⁹² CPA, UNCITRAL, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, CA Case No. AA 227, sentence finale, 18 juin 2014.

¹⁶⁹³ CEDH, *Case of Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Application no. 14902/04, 31 July 2014.

¹⁶⁹⁴ S. EL BOUDOUHI, « L'investisseur devant les juridictions internationales des droits de l'Homme : la question des droits fondamentaux de l'investisseur » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruylant, 2017, p. 329 ; U. KRIEBAUM, « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration ? » in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, & E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, pp. 219 - 45.

arbitraux d'investissement. Cette alternative « par défaut¹⁶⁹⁵ » pourrait remplacer les tribunaux arbitraux s'ils venaient à décliner, et protéger les droits de propriété de l'investisseur. En revanche, nul doute que pour l'instant, la protection substantielle des accords d'investissement constitue un recours d'or pour les investisseurs et correspond pour eux à la meilleure voie juridictionnelle garantissant leurs droits¹⁶⁹⁶.

743. Les limites posées par le CETA. Si jusqu'alors la coordination n'a pas été le mot d'ordre des différentes juridictions, l'avènement du CETA dans sa version intégrale pourrait constituer un premier pas en provenance des opérateurs publics. En effet, nous avons souligné préalablement dans les travaux la possibilité pour des investisseurs d'invoquer leurs droits cumulativement devant différentes juridictions comme la CEDH et le CIRDI en insistant sur les risques de contradictions. Or, l'article 8.22 du CETA portant sur les exigences procédurales et autres exigences relatives au dépôt d'une plainte devant le Tribunal dispose que l'investisseur :

- f) se retire ou se désiste de toute procédure en cours devant un tribunal ou une cour en vertu du droit interne ou du droit international relativement à une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation visée par sa plainte; et
- g) renonce à son droit d'introduire toute plainte ou procédure devant un tribunal ou une cour en vertu du droit interne ou du droit international relativement à une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation visée par sa plainte.

Si le CETA entrait en vigueur dans sa version intégrale, à la suite de la ratification de l'ensemble des États membres concernant les points de blocage, il constituerait sur ce point une approche encourageante dans la coordination des juridictions en contribuant à éviter la multiplication des contradictions normatives.

Conclusion du chapitre 1

744. Si l'État demeure soumis aux obligations connues de respecter, protéger et donner effet à la sécurité alimentaire, les analyses précédentes révèlent que les investissements internationaux constituent une menace sérieuse à la concrétisation de ses engagements internationaux en la matière. Dès lors, une surveillance et un renforcement des obligations alimentaires s'avèrent nécessaires en vue de permettre à l'État hôte d'un investissement une mise en œuvre respectueuse de ses politiques publiques afin qu'il se hisse au niveau d'exigence alimentaire fixée sur son territoire et qu'il réponde à ses obligations internationales. Il va de soi que l'enjeu est de mettre en place un système en accord avec les droits des investisseurs et la liberté normative étatique. Il s'agit de fonder un curseur

¹⁶⁹⁵ S. EL BOUDOUHI, *op. cit.*, p. 329.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*

permettant que l'un ne conduise pas à la négation de l'autre. Ainsi, l'élaboration d'un traité multilatéral international doublé de la continuation de l'intégration du développement durable dans les instruments internationaux sont des voies intéressantes à suivre, mais elles ne suffisent pas. En effet, l'État doit également être réceptif à l'apparition des revendications à l'encontre des politiques libérales d'attraction des investissements internationaux qui ont émergé ces dernières années particulièrement concernant la question de la souveraineté alimentaire. Celle-ci demeure indivisible et donc entre les mains de l'État. Toutefois, il n'en reste pas moins, que ces derniers doivent trouver un point d'équilibre entre leur politique d'investissement et les attentes légitimes des agriculteurs comme des populations en matière de sécurité alimentaire.

745. Partant, la responsabilité des États en raison de l'absence de protection alimentaire suffisante dans le droit international des investissements apparaît inopérante tandis qu'elle demeure pleine et entière lors d'une atteinte aux investissements internationaux en vertu de la sécurité alimentaire.

746. Dans le même temps, la responsabilité alimentaire des opérateurs publics passera par une refonte de la coopération juridictionnelle. Les risques de divergences restent forts en raison de l'édification de l'architecture juridictionnelle internationale et du manque de réaction face aux nouvelles interdépendances entre les disciplines. Les juridictions insuffisamment opérationnelles pour sortir de leur tour juridictionnelle lorsque les circonstances l'exigent renforcent les risques de décisions contradictoires et sont susceptibles de constituer un obstacle à la résolution des conflits de normes. Toutefois, des convergences sont observables notamment en provenance des opérateurs privés. A ce titre, les tribunaux arbitraux d'investissement n'hésitent pas à puiser dans les jurisprudences des juridictions régionales et internationales démontrant ainsi qu'à un certain degré les juridictions relevant de disciplines distinctes ont la capacité de se coordonner. D'autre part, de nouveaux instruments juridiques mis en œuvre par les opérateurs publics pourraient entraîner une cohérence juridictionnelle. Par exemple, le CETA empêche l'introduction de plaintes et procédure multiples devant les tribunaux ou les Cours relativement à une même violation. Pour finir, une extension des compétences de certaines organisations internationales semble pertinente au lieu d'imaginer la création de nouvelles organisations mondiales qui renforcerait un peu plus la fragmentation juridictionnelle. Plutôt que l'invocation de la création d'une Organisation mondiale de l'environnement, ne serait-il pas envisageable d'étendre la compétence de la Cour pénale internationale afin qu'elle puisse engager des poursuites dans l'hypothèse des crimes alimentaires et environnementaux ? Aussi, la FAO pourrait constituer un pont entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux. Puisque cette dernière est porteuse de normes alimentaires mondiales,

elle pourrait disposer d'un pouvoir de contrôle, de surveillance, voire même de régulation en vue de procéder à une articulation satisfaisante de la norme de protection alimentaire et de la norme de protection de l'investissement.

Chapitre 2. Les voies d'admission d'une responsabilité alimentaire des opérateurs privés

747. Le droit international des investissements apparaît dépourvu de mécanismes permettant d'engager la responsabilité des investisseurs responsables de violation portant sur la sécurité alimentaire. Néanmoins, une mutation apparaît désormais observable et pourrait faire émerger progressivement une responsabilité alimentaire des investisseurs qui jusqu'alors, bénéficiaient d'une protection exclusive (Section 1). L'émergence d'une responsabilité alimentaire nécessite l'appui d'une véritable prise en compte de la sécurité alimentaire dans le champ des investissements internationaux par les instances en charge de ces questions. La mise en place d'un nouveau mécanisme de règlements des différends tel qu'envisagé par le CETA est susceptible de conduire à une évolution du traitement des considérations alimentaires dans le droit international des investissements. Pour autant, il n'en demeure pas moins que les tribunaux arbitraux d'investissement disposent d'outils à leur disposition en vue de garantir un contrôle de la sécurité alimentaire et de résoudre les éventuelles contradictions normatives (Section 2).

Section 1. Les éléments pour une véritable responsabilisation alimentaire des investisseurs

748. L'idée d'une responsabilité alimentaire des investisseurs mérite indiscutablement des précisions. En effet, les investisseurs ne sont pas redevables d'obligations alimentaires positives comme les Etats envers les populations. Toutefois, l'hypothèse du développement durable peut s'entrevoir comme une dynamique en vue de la mise en œuvre d'une responsabilisation alimentaire. Ce principe est susceptible de coordonner les disciplines et procéder à un rééquilibrage de l'intérêt public alimentaire et des droits des investisseurs. Dès lors, il convient d'identifier et de mesurer la pertinence d'une potentielle responsabilité alimentaire des investisseurs (§1) puis de se pencher sur le conditionnement de la protection des investissements à leur régularité (§2).

§1. Essai d'identification d'une responsabilité alimentaire des investisseurs

749. S'il apparaît que les investisseurs étrangers sont redevables d'obligations négatives et que la *soft law* s'avère développée en la matière (A), des réflexions sur une part de responsabilité plus active de ces derniers commencent à émerger se traduisant désormais dans certains instruments de *hard law* (B).

A.- *Soft law* et responsabilité alimentaire des investisseurs

750. Comme l'a écrit le Doyen Carbonnier, le terme *soft law* désigne « *non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique*¹⁶⁹⁷ ». Les normes non contraignantes s'apparentent plus à des incitations et constituent des règles de droit non obligatoires. Si à première vue, elles apparaissent d'une faible opérabilité en vue de concrétiser la sécurité alimentaire, elles n'en restent pas moins une source d'influence susceptible de modifier le comportement de l'investisseur (1°). Mieux encore, dans certaines hypothèses, les effets des normes relevant de la *soft law* peuvent être similaires à ceux de la *hard law* (2°).

1°) Le défaut de contrôle des normes alimentaires non contraignantes à destination des investisseurs

751. Le Global compact, les principes directeurs de l'OCDE, la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, ainsi que les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme constituent les principaux outils juridiques non contraignants portant sur l'engagement et la responsabilisation des investisseurs¹⁶⁹⁸. Ces instruments visent la régulation exclusivement volontaire des droits de l'Homme, donc dans notre étude du droit à l'alimentation et du droit à l'eau par les investisseurs. Décrits comme étant insuffisants pour atteindre une responsabilité substantielle des investisseurs, tantôt entrevus comme des outils marketing ou comme une voie illusoire, ces outils demeurent toutefois une grille de lecture sur laquelle les investisseurs s'appuient.

752. Incitations négatives. A l'image des obligations négatives qui s'apparentent à des obligations « de ne pas faire », les incitations négatives dans cette étude correspondent à des incitations « de ne pas faire » dans le cadre de la *soft law*. Prenons l'exemple du Global compact, sur les dix principes mis en lumière, cinq s'avèrent directement liés à la sécurité alimentaire. Le principe n°1 prend une teneur radicalement générale et invite les entreprises à respecter la protection du droit international relatif aux Droits de l'Homme¹⁶⁹⁹. Dès lors, est incluse la protection alimentaire sur la base du droit à l'eau et du droit à l'alimentation. Le principe n°2 invite les entreprises à ne pas se

¹⁶⁹⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 2001, p. 26.

¹⁶⁹⁸ Pour une étude de ces quatre outils juridiques à la lumière des obligations des investisseurs, voy. K. NOWROT, « Obligations of investors » in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE et A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/hart/Nomos, 2015, pp. 1176-1184.

¹⁶⁹⁹ Voy. Les dix principes, UN Global Compact, disponible en ligne sur le site internet : <http://www.globalcompact-france.org/>

rendre complices de violations des Droits de l'Homme et donc de violations portant sur la sécurité alimentaire¹⁷⁰⁰. Les Principe n°6 à 9 demandent aux entreprises de ne pas porter atteinte à l'environnement¹⁷⁰¹. Dans le même sens, les *Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires*¹⁷⁰² approuvés par le Comité pour la sécurité alimentaire mondiale (CSA) invitent les entreprises à appliquer lesdits Principes « *en s'attachant à atténuer et à gérer les risques de façon à exploiter au mieux les incidences positives et à éviter les incidences négatives sur la sécurité alimentaire et la nutrition, en fonction du contexte et des circonstances dans lesquels elles évoluent*¹⁷⁰³ ». Ces normes alimentaires non contraignantes sont multiples et fragmentées dans l'espace normatif international. Mais plus intéressantes encore sont les invitations « de faire » qui incite les investisseurs à agir pour la concrétisation de la sécurité alimentaire.

753. Incitations positives des investisseurs et impulsion du développement durable. A l'image des obligations positives qui correspondent aux obligations « de faire », la *soft law* invite les investisseurs à agir et à prendre des mesures adéquates de protection alimentaire. Un parallèle peut donc se faire avec les obligations positives. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme s'avère éclairante si l'on désire identifier le contenu des obligations positives. Étant entendu que ces obligations de nature positive s'adressent aux États. Dans l'affaire *Hokkanen c. Finlande*, la CEDH a estimé que les obligations positives correspondaient aux faits de « *prendre les mesures nécessaires* » à la sauvegarde d'un droit¹⁷⁰⁴ tandis que dans l'affaire *López-Ostra*, elle précisa qu'il s'agissait aussi « *d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu*¹⁷⁰⁵ ». Ces obligations sont-elles transposables aux investisseurs ? Rien ne s'oppose à ce qu'elles le soient. A l'origine, dans le cadre de la *soft law*, le terrain normatif demeurerait celui de l'incitation. Désormais et comme nous le verrons ci-après certaines normes de la *soft law* contiennent des effets similaires à ceux de la *hard law*, et doivent donc être considérées au même titre que les outils de la *hard law* si l'on désire obtenir une vue d'ensemble sur la responsabilité alimentaire fragmentée de l'investisseur.

754. Gardons le modèle du Global compact comme illustration des incitations positives. Cet outil se présente comme la plus large initiative internationale d'engagement volontaire en matière de

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² *Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires*, (CSA), Rome (Italie), 13-18 octobre 2014, Quarante et unième session, «Sécurité alimentaire et nutrition – faire la différence», CFS 2014/41/4 Rev.1

¹⁷⁰³ *Ibid.* § 50.

¹⁷⁰⁴ CEDH, *Hokkanen c. Finlande*, 24 août 1994.

¹⁷⁰⁵ CEDH, *López-Ostra*, 9 décembre 1994.

développement durable¹⁷⁰⁶ et contribue aux objectifs du développement (ODD), nommés aussi Agenda 2030¹⁷⁰⁷. L'ODD n°1 invite à éliminer l'extrême pauvreté¹⁷⁰⁸, tandis que l'ODD n°2 vise expressément l'élimination de la faim, l'amélioration de la sécurité alimentaire et de la nutrition ainsi que la promotion d'une agriculture durable¹⁷⁰⁹. L'ensemble des parties prenantes sont invitées à prendre des mesures adéquates pour atteindre les objectifs de développement durable d'ici 2030. Dès lors, aux incitations négatives s'ajoutent des incitations positives invitant les investisseurs aux côtés des États à agir en vertu des objectifs de développement durable et particulièrement de la sécurité alimentaire. L'adoption de la norme ISO 26000¹⁷¹⁰, portant sur les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale reste également une initiative intéressante en regard de la sécurité alimentaire par la prise en compte de l'équilibre des écosystèmes, l'équité sociale et la reconnaissance d'une bonne gouvernance. Dans l'introduction de la norme, il est précisé que :

Les performances d'une organisation vis-à-vis de la société dans laquelle elle opère et vis-à-vis de son impact sur l'environnement sont devenues une composante critique de la mesure de ses performances globales et de sa capacité à continuer à fonctionner de manière efficace. Ceci reflète, en partie, la reconnaissance croissante de la nécessité de garantir l'équilibre des écosystèmes, l'équité sociale et la bonne gouvernance des organisations. Au final, toutes les activités des organisations dépendent à un moment ou un autre de l'état des écosystèmes de la planète. Les organisations sont soumises au regard de leurs diverses parties prenantes. La réalité et la perception des performances d'une organisation en matière de responsabilité sociétale peuvent avoir une incidence sur ce qui suit, entre autres:

- ses avantages concurrentiels;
- sa réputation;
- sa capacité à attirer et à retenir ses salarié(e)s ou ses membres, ses clients ou ses utilisateurs;
- le maintien de la motivation et de l'engagement de ses employés, ainsi que de leur productivité;
- la vision des investisseurs, des propriétaires, des donateurs, des sponsors et de la communauté financière; et sur
- ses relations avec les entreprises, les pouvoirs publics, les médias, les fournisseurs, les pairs, les clients et la communauté au sein de laquelle elle intervient.

Toutefois, ces objectifs bien qu'intéressants dans la contribution de la sécurité alimentaire demeurent insuffisants en l'absence de contrôle.

755. Défaut de contrôle. Des illustrations à foison demeurent observables. Pour autant, le contrôle substantiel des outils juridiques de la *soft law* fait défaut et ne permet pas d'assurer une concrétisation certaine de la sécurité alimentaire. Les objectifs reposent sur des idées directrices

¹⁷⁰⁶ <http://www.globalcompact-france.org>

¹⁷⁰⁷ *Le renouveau du Global compact*, Rapport annuel 2017-2018, UN Global compact, p. 10.

¹⁷⁰⁸ Objectif de développement durable (ODD) entrés en vigueur en janvier 2016, disponible en ligne sur le site *undp.org*, spécialement ODD n°1.4 : « *D'ici à 2030, faire en sorte que tous les hommes et les femmes, en particulier les pauvres et les personnes vulnérables, aient les mêmes droits aux ressources économiques et qu'ils aient accès aux services de base, à la propriété foncière, au contrôle des terres et à d'autres formes de propriété, à l'héritage, aux ressources naturelles et à des nouvelles technologies et des services financiers adaptés à leurs besoins, y compris la microfinance* »

¹⁷⁰⁹ Voy. Objectif de développement durable (ODD) entrés en vigueur en janvier 2016, disponible en ligne sur le site *undp.org*. L'ODD n°2 portant sur l'élimination de la faim fixe les objectifs suivants à atteindre d'ici 2030.

¹⁷¹⁰ Organisation internationale de normalisation (ISO), *ISO 26000 - Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, 2010 disponible en ligne le 05 avril 2018 sur <https://www.iso.org/fr/iso-26000-social-responsibility.html>.

générales et disons-le quelque peu lapidaires. Le caractère facultatif des dispositions relatives à la sécurité alimentaire laisse l'aléa du respect de la sécurité alimentaire entre les mains de l'investisseur. Pour autant, il est communément admis que certaines mesures prises au faveur de cette dernière appartiennent à la *soft law* et s'avère tout aussi efficace et contraignante dans leurs effets que la *hard law*. Dès lors, il s'opère un transfert de l'incitation vers l'obligation pour les investisseurs. D'origine et d'apparence volontaires, certaines normes alimentaires ne peuvent plus être esquivées par les investisseurs, ces derniers se voient dans l'obligation de les respecter.

2°) Effets similaires de la norme alimentaire dans la *soft law* et la *hard law*

756. Les frontières entre la *soft law* et la *hard law* ne s'avèrent pas imperméables, de sorte que dans certaines hypothèses, un durcissement de la *soft law* apparaît observable. Les fonds verts désignent certainement une illustration pertinente pour mettre en lumière le propos et s'inscrivent dans la lignée d'une émergence de la compliance¹⁷¹¹. Celle-ci peut se définir comme « l'internalisation mondiale d'une régulation publique locale dans les entreprises supranationales, désignées comme agents d'effectivité de buts mondiaux monumentaux¹⁷¹² ». Cela renvoie à l'idée d'une bonne conduite, un respect des règles environnementales et alimentaires conformément aux politiques d'entreprise et à l'application de dispositifs de bonne gouvernance.

757. La compliance est susceptible d'appartenir au droit de la *soft law* comme à celui de la *hard law* selon l'angle sous lequel elle est mise en œuvre. Il s'agit de minimiser les risques juridiques et de s'inscrire dans une logique d'éthique des affaires. Par cela, la compliance est reliée à la responsabilité sociétale des entreprises. A ce titre, on voit se développer des instruments de la compliance alimentaire et des sociétés de gestion de conformité en sécurité alimentaire. Par exemple, il s'agit de proposer un service de gestion, d'aide et d'évaluation de la conformité réglementaire en sécurité alimentaire qui répondra aux démarches qualités. Il se charge du suivi de certaines normes telles que les normes IFS¹⁷¹³ encore ISO 22000¹⁷¹⁴. De plus, il peut aussi gérer la mise en œuvre de la méthode HACCP (Hazard Analysis Critical Control Point). La FAO la présente comme une

¹⁷¹¹ Pour une étude approfondie sur la question, Voy. p. ex. C. COLLARD, C. DELHAYE, H.-C. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *Risque juridique et Conformité, Manager la compliance*, Lamy, 2011 ; A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Panthéon Assas, 2016 ; P. KURER, *Legal and Compliance Risk, A Strategic Response to a Rising Threat for Global Business*, Oxford University Press, 2015 ; H. VEDIA JEREZ, *Competition Law Enforcement and Compliance across the World, A Comparative Review*, Kluwer Law International, 2015 ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.) *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, 2017.

¹⁷¹² M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* », *Dalloz*, 2016, p. 1871.

¹⁷¹³ La norme IFS (International Featured Standard) constitue un référentiel d'audit. L'objectif est la certification des fournisseurs d'aliments des marques de distributeurs.

¹⁷¹⁴ La norme ISO 22000 désigne une norme internationale, portant sur la sécurité des denrées alimentaires. L'ensemble des entités du secteur agro-alimentaire y sont soumis.

« méthode servant à identifier, à évaluer et à contrôler les dangers qui menacent la salubrité des produits alimentaires (CAC, 2003)¹⁷¹⁵ ». Elle repose sur sept principes : 1) Analyser les dangers ; 2) Déterminer les CCPs (maîtrise des points critiques), 3) Fixer les limites critiques, 4) Etablir des actions de surveillance, 5) Etablir des actions correctives, 6) Vérification, 7) Enregistrement.

En parallèle, la mise en place de processus incitatifs en faveur de « l'investissement vert » révèle l'impulsion générée par la compliance avec comme finalité le développement durable dont les fonds de financement vert constituent un outil efficace. Ces fonds apparaissent principalement comme conséquence des dispositions des accords environnementaux multilatéraux et opèrent de concert avec des investissements privés¹⁷¹⁶. Ils permettent aux États d'attirer des investissements durables et de faciliter le développement économique dans le respect des normes environnementales et alimentaires, autrement dit, « d'agir en conformité (compliance)¹⁷¹⁷ ». A titre d'exemple, le Fonds vert pour le climat initié lors des COP de Copenhague et Cancun contribue au financement des engagements à la lumière de l'accord de Paris. Le Fonds vert détient une capacité de 10,2 Md USD de ressources pour mobiliser des investissements privés. L'objectif repose sur le financement « des projets et programmes ayant un potentiel transformationnel maximum vers des économies bas carbone et résilientes, en ligne avec les besoins des pays¹⁷¹⁸ ». Les critères affichés sont¹⁷¹⁹ : l'impact attendu, le potentiel de changement de paradigme, le potentiel de développement durable, les besoins du bénéficiaire, l'appropriation nationale, l'efficacité et l'efficience. Dès lors, ces activités de financement vert demeurent entre les mains de l'État qui peut contrôler le comportement de l'investisseur et vérifier que ces derniers agissent en conformité des normes environnementales et alimentaires.

758. Un basculement vers une responsabilisation alimentaire des investisseurs émerge sous l'impulsion du développement durable et oblige les investisseurs à adopter un comportement « éthique ». Cette responsabilité apparente dans le cadre des mécanismes issus de la *soft law*, existe-t-elle dans la sphère de la responsabilité contraignante ? A priori, la réponse est négative, mais si l'on étudie plus en profondeur les mécanismes, des bribes de responsabilité alimentaire fragmentées apparaissent dans l'espace normatif international.

¹⁷¹⁵ FAO, disponible en ligne : <http://www.fao.org/3/i0201f/i0201f11.pdf>

¹⁷¹⁶ L. DELABIE, « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruylant, 2017, p. 147

¹⁷¹⁷ L. DELABIE, *op. cit.*, p. 147

¹⁷¹⁸ Voy. Le site du Ministère français des affaires étrangères : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/climat/le-financement-un-enjeu-essentiel-dans-la-lutte-contre-les-dereglements/>

¹⁷¹⁹ Les critères sont précisés en ligne sur le site du Ministère français des affaires étrangères : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/climat/le-financement-un-enjeu-essentiel-dans-la-lutte-contre-les-dereglements/>

B.- *Hard law* et responsabilité alimentaire des investisseurs

759. A ce jour, aucun mécanisme effectif à notre connaissance ne permet d'engager la responsabilité des investisseurs sur le fondement direct d'une atteinte à la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements. Ces violations sont susceptibles d'être appréhendées par le droit des États d'accueil de l'opération d'investissement conduisant à une asymétrie manifeste entre les États dotés d'une législation exigeante et les autres. Dès lors, il convient de se pencher sur les voies de responsabilisation alimentaire de l'investisseur. Pour ce faire, il s'agira de tenter d'identifier les obligations alimentaires de l'investisseur puis de se pencher sur l'émergence d'une responsabilité alimentaire internationale de l'investisseur (2°).

1°) Essai d'identification des obligations alimentaires de l'investisseur¹⁷²⁰

760. Le terme « obligation alimentaire » renvoie aux obligations liées à l'alimentation. Il s'agit de viser la responsabilité des investisseurs en matière de sécurité alimentaire, mais pas seulement dans la logique « *soft law* » et « *responsabilité sociétale* ». En effet, l'idée « d'obligation » fait référence à une responsabilité contraignante, à des devoirs et non plus seulement des droits et des engagements volontaires. Ainsi, serait-il envisageable de faire peser sur les investisseurs un minimum requis d'obligations positives à caractère contraignant à l'image de celles imposées aux États ? La réponse à l'origine négative n'apparaît pas simple, même s'il est clair que les obligations alimentaires étatiques ne peuvent pas être au même niveau que les obligations alimentaires d'opérateurs privés. Précisons que les investisseurs ne demeurent aucunement redevables d'obligations alimentaires positives. Ils n'ont pas d'obligations de protéger et mettre en œuvre des politiques alimentaires. Mais dans les faits, les investisseurs s'engagent par le biais des codes de bonne conduite et la mise en place de dispositifs de bonne gouvernance qui progressivement prennent les allures d'une véritable responsabilité alimentaire en provenance des opérateurs privés. De telle sorte que la responsabilité alimentaire ne pèse plus seulement sur les épaules de l'État. Partant, il semblerait que pour se concrétiser, la sécurité alimentaire oblige les opérateurs publics et privés à agir de concert.

¹⁷²⁰ Sur la question des obligations des investisseurs. Voy les rares études sur le propos : K. NOWROT, « Obligations of investors » in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE et A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/hart/Nomos, 2015, pp. 1154-1185 ; 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), 2015, pp. 525-532. M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI*, Pedone, 2017, pp. 295-337.

761. A ce titre, dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, le tribunal arbitral a déclaré que la responsabilité des droits de l'Homme ne pesait pas seulement sur les États¹⁷²¹. Pour autant, des obligations alimentaires contraignantes à la charge des investisseurs sont-elles détectables ? Assurément, des obligations négatives existent, les obligations de ne pas porter atteinte à la sécurité alimentaire. En revanche, les instruments contraignants contenant des obligations positives de protection alimentaire ne s'adressent à première vue qu'aux États. A titre d'exemple, il peut être cité le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture; la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) ou encore certains accords multilatéraux de l'OMC. Dès lors, les obligations alimentaires positives à destination des investisseurs n'apparaissent pas identifiables. Pourtant, ces obligations sont susceptibles de s'entrevoir de manière directe ou indirecte par divers mécanismes juridiques nationaux et internationaux.

762. Dans cette perspective, il conviendra de se pencher sur l'obligation de conformité de l'investissement à la législation de l'Etat (a) puis d'identifier les obligations alimentaires des investisseurs (b).

a) L'obligation de conformité de l'investissement à la législation de l'Etat

763. Cette obligation de conformité a pu être qualifiée de « minimaliste¹⁷²² ». Elle ne pose pas de difficultés tant que la norme nationale de l'État d'accueil est clairement identifiée et que la condition de respect du droit de l'Etat hôte est énoncée dans l'accord international d'investissement. En revanche, son caractère polysémique soulève des questions quant à son utilisation en qualité d'élément de définition de l'investissement, d'élément de protection ou d'élément de responsabilisation. La difficulté réside aussi dans le fait de savoir si le silence des accords écarte cette clause ou au contraire, si son évidence ne signifie pas qu'elle peut être imposée. Les tribunaux ont déjà estimé qu'en regard de la bonne foi, cette clause pouvait s'appliquer même si le traité restait silencieux¹⁷²³. Ainsi, la conformité est susceptible de constituer un élément de définition sur lequel

¹⁷²¹ CIRDI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, aff. n°. ARB/07/26, sentence finale du 8 déc. 2016, § 1210.

¹⁷²² M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI*, Pedone, 2017, p. 295.

¹⁷²³ Voy. sur cette question. A. DE NANTEUIL, « La notion d'investissement protégé : l'exigence de conformité de l'investissement au droit local », in A. DE NANTEUIL (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale, Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2015, pp. 31-59, spec. p. 35-36.

le tribunal détermine sa compétence. Mais il n'est pas non plus inenvisageable de l'entrevoir comme une obligation de « se conformer » à destination des investisseurs.

764. L'idée que la conformité de l'investissement à la législation de l'État puisse intervenir comme une obligation à part entière n'est pas forcément admise. En effet, certains ont rappelé qu'à la lumière de la jurisprudence arbitrale, cette obligation visait la protection et non la responsabilisation de l'investisseur étranger¹⁷²⁴. Partant, il s'agirait sur le fondement de la conformité, de garantir le respect des lois et règlement de l'Etat d'accueil et non pas « *d'assujettir l'investisseur étranger au respect de normes et standards nationaux et/ou internationaux qui visent la préservation ou la poursuite d'intérêts sociétaux*¹⁷²⁵ ». Il est clair que la jurisprudence arbitrale a affirmé que la clause de conformité portait sur le respect des législations de l'État d'accueil relatives à l'investissement. Dans la sentence sur l'incompétence *Saba fakes c. Turquie*, le tribunal arbitral a estimé que la clause de conformité s'attachait seulement au respect de la législation de l'État d'accueil portant sur les investissements¹⁷²⁶ tandis que dans la sentence *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. République des Philippines*, les arbitres ont considéré que la violation de la législation de l'État d'accueil ne permettait pas de caractériser l'opération comme un investissement¹⁷²⁷. Dans l'affaire *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. République du Ghana*, l'appréciation de la protection de l'investissement a eu lieu en regard *des principes internationaux et nationaux de bonne foi*¹⁷²⁸, mais par une approche distincte de la conformité à la législation de l'État hôte¹⁷²⁹, le tribunal arbitral qui se prononçait sur une fraude renvoie « *à un certain ordre public national et/ou international*¹⁷³⁰ ».

¹⁷²⁴ S. MANCIAUX, CIRDI - Chronique des sentences arbitrales, *JDI* n° 2, Avril 2011, chron. 5, § 8. ; M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI, Pedone*, 2017, p. 313 ;

¹⁷²⁵ M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », *op. cit.*, p. 314.

¹⁷²⁶ CIRDI, *M. Saba Fakes c. Turquie*, aff. n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, § 115 : Après avoir rappelé la clause de conformité, le tribunal a estimé que « *This provision plainly states that the BIT protection shall not apply to investments which have not been established in conformity with the Respondent's laws and regulations, the term "investment" having been defined in Article 1(b) of the BIT. If this condition is not satisfied, the BIT does not apply. As a result, the Contracting Party cannot be deemed to have given its consent to arbitrate the dispute under Article 8(3) of the BIT and there would therefore be no consent to the Centre's jurisdiction within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention* ».

¹⁷²⁷ CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, aff. n°. ARB/03/25, sentence du 16 août 2007, § 404 : « *Nor does Fraport, mutatis mutandis, in the instant case. Compliance with the host state's laws is an explicit and hardly unreasonable requirement in the Treaty and its accompanying Protocol. Fraport's ostensible purchase of shares in the Terminal 3 project, which concealed a different type of unlawful investment, is not an "investment" which is covered by the BIT. As the BIT is the basis of jurisdiction of this Tribunal, Fraport's claim must be rejected for lack of jurisdiction ratione materiae* ».

¹⁷²⁸ CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, affaire CIRDI n°. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 123.

¹⁷²⁹ *Gustav F W*, § 123 : « (...) *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. It will also not be protected if it is made in violation of the host State's law (as elaborated, e.g. by the tribunal in Phoenix) ; § 124 : « These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty* ».

¹⁷³⁰ M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », *op. cit.*, p. 313.

Sans nier que la conformité demeure pensée en regard de la protection de l'investissement, l'analyse de la jurisprudence arbitrale révèle que le cadre sur la conformité de la législation à l'État hôte n'est pas statique et pourrait évoluer. Dans ce sens, l'obligation de conformité pourrait se révéler un appui intéressant à l'incorporation de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements.

765. L'objectif de l'investissement sous le prisme étatique reste le développement économique et désormais durable tel qu'en témoigne la nouvelle génération des accords d'investissements où l'on n'hésite plus à intégrer le principe du développement durable. L'État hôte peut d'ailleurs directement intégrer les normes et standards internationaux portant sur la préservation d'intérêts sociaux dans sa législation nationale. Les politiques sociétales entreprises par les États, fondées sur le développement sous toutes ses formes, s'appuient sur l'attractivité des investissements étrangers et les objectifs sociétaux apparaissent difficilement réalisables sans un élan actif des investisseurs étrangers ainsi qu'une action commune dans leur concrétisation. C'est certainement la raison pour laquelle des initiatives en faveur d'un renforcement de l'encadrement des investisseurs apparaît observable dans certaines circonstances. Que l'on s'accorde à déterminer que la conformité de l'investissement à la législation de l'État hôte soit ou ne soit pas une obligation n'enlève pas l'apparition progressive de la marque du développement durable qui impose un minimum requis dans la conduite des affaires des investisseurs. D'autant plus si l'on souhaite une réalisation de la sécurité alimentaire dans la sphère des investissements internationaux.

766. Par ailleurs, la question de la corruption dans le droit international des investissements renforce l'idée d'une responsabilisation de l'investisseur. En effet, cette pratique a été considérée par certains tribunaux arbitraux comme contraire à la clause de l'obligation de conformité révélant ainsi que le défaut de conformité n'était pas seulement fermé au traitement de la protection des investisseurs¹⁷³¹. La question porte davantage sur le curseur de la responsabilisation des investisseurs et le degré qu'on entend imposer ou proposer. Dès lors, il convient de se pencher sur ces obligations alimentaires ou ce qu'elles pourraient être dans le cadre d'une reconnaissance explicite de l'obligation de conformité à charge des investisseurs étrangers.

767. Ainsi, penchons-nous sur l'obligation alimentaire de conformité de l'investissement à la législation de l'État hôte (i) et à la législation de l'État d'origine (ii).

¹⁷³¹ M.-M. MBENGUE, *op. cit.*, p. 316.

i) L'obligation alimentaire de conformité de l'investissement à la législation de l'État hôte

768. L'investisseur a l'obligation de se conformer à la législation de l'État hôte. En France, le degré d'exigence en matière de sécurité alimentaire et environnementale apparaît désormais élevé. L'investisseur qui désire procéder à une opération d'investissement dans ce pays sera assujéti à un éventail d'obligations directement et indirectement alimentaires. Le droit de l'environnement constitue une porte d'entrée pour la sécurité alimentaire. Mais le résultat de ces exigences françaises constitue le fruit d'un chemin épineux marqué par une catastrophe écologique. Le 12 décembre 1999, le pétrolier Erika transportait 37000 tonnes de fioul pour le compte de Total et a fait naufrage au large de la Bretagne. La pollution a entraîné une dégradation de l'environnement, de la faune et de la flore¹⁷³². L'histoire jurisprudentielle et législative qui s'en est suivie demeure célèbre. Le 25 septembre 2012, la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁷³³ a reconnu le caractère réparable de « *l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement* ». Par ailleurs, sur le plan de la responsabilité pénale, les juges ont déclaré la société Total responsable sur un fondement intéressant et confirmant le basculement de la soft vers la hard law. En effet, sur la base d'engagements volontaires pris au titre de la RSE, les juges ont relevé que Total n'avait pas « *accompli les diligences normales qui lui incombaient* ». Dès lors, l'engagement volontaire s'est transformé en obligation juridique contraignante¹⁷³⁴. Sur le terrain de la responsabilité civile, le 22 mars 2016, la Haute Cour a suivi la décision de 2012 en précisant qu'une association agréée était fondée à obtenir réparation du préjudice qu'elle avait subi. Enfin, la loi n° 2016-1097 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a consacré et inscrit le préjudice écologique dans le Code civil¹⁷³⁵.

¹⁷³² Près de 400 km de côte polluée, 150 000 oiseaux morts et 250 000 de tonnes de déchets sont décomptées au compteur du désastre écologique.

¹⁷³³ L. NEYRET, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *D.* 2012. 2673 ; P. DELEBECQUE, « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.* 2012. 2711 ; M. MOLINER-DUBOST, « Marée noire de l'Erika : double victoire pour les parties civiles et pour l'environnement », *AJCT* 2012. 620 ; P. JOURDAIN, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *RTD civ.* 2013. 119 ; J.-H. ROBERT, « L'épave de l'Erika est juridiquement stabilisée », *Rev. sociétés*, 2013. 110 ; J.-H. ROBERT, « Environnement et urbanisme. Pollution des mers. L'affaire du naufrage de l'Erika », *RSC* 2013. 363 ; *Gaz. Pal.* 24-25 oct. 2012, note B. PARANCE ; *JCP* 2012, n° 1243, note K. LE COUVOIR ; V. RAVIT et O. SUTTERLIN, « Réflexions sur le destin du préjudice écologique 'pur' », *D.* 2012. 2675.

¹⁷³⁴ Sur ce point, Voy. E. DAOUD et M. PUGLIESE, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux », *Sécurité et stratégie* 2013/4 (15), p. 71 ; L. NEYRET, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.* 2010. 2238.

¹⁷³⁵ Sous l'égide de l'article 1247 du Code, le préjudice écologique désigne « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». Voy. A.-S. EPSTEIN, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.* 2016. 1236 ; G.-J. MARTIN, « Réflexions autour du nouveau régime de réparation du préjudice écologique introduit dans le code civil par la loi "Biodiversité" », *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Dalloz*, 2017, p. 505 et s. ; J.-B. PERRIER, « L'indemnisation et la nécessaire évaluation du préjudice écologique », *AJ pénal* 2016. 320 ; P. JOURDAIN, « Réparation du préjudice écologique pur : les difficultés d'évaluation pécuniaire ne dispensent pas le juge d'en assurer la réparation », *RTD civ.* 2016. 634 ; J.-H. ROBERT, « Pollution de l'eau », *RSC* 2016. 287 ; *JCP* 2016, n° 647, note M.

769. Cette affaire informe donc du degré des exigences françaises en matière alimentaire et environnementale ainsi que de la volonté de rejeter l'impunité des sociétés. Elle s'adresse donc aussi aux investisseurs étrangers prévenus des conséquences lorsque des opérations portent atteinte à l'environnement et à la sécurité alimentaire (le déversement de 37000 tonnes de fioul n'est pas anodin pour la sécurité alimentaire. Cela a des répercussions sur la pêche et porte un coup grave à la qualité des eaux). En conséquence, toute atteinte de cet ordre devient réparable. Elle fait porter une véritable obligation de conformité et de prévention à destination de tout investisseur au bénéfice de la sécurité alimentaire.

770. Critiques. L'investisseur souhaitant effectuer une opération d'investissement sur le sol français sera tenu de ne pas porter d'atteinte à l'environnement et à la sécurité alimentaire sous le prisme du pilier de la durabilité. Néanmoins, si la loi du 8 août 2016 demeure une avancée considérable, une harmonisation internationale demeure nécessaire. Des lois isolées contribuent à intensifier les asymétries dans le domaine du droit international des investissements, particulièrement en ce qui concerne les obligations des investisseurs. Ces asymétries observables entre les investisseurs et les États ayant un degré d'exigence environnemental et alimentaire élevé ou faible nourrissent le forum shopping alimentaire. Ainsi, les investisseurs étrangers pourraient choisir d'opérer là où les législations sont les moins contraignantes en matière alimentaire et engendrer de véritables nids d'insécurité alimentaires. Alors que la sécurité alimentaire demeure renforcée dans certaines zones par l'absorption d'investissements « verts », la circulation et la concentration dans d'autres, d'investissement non durable, sans législations protectrices, aggrave cette dernière.

ii) Obligation de conformité de l'investissement à la législation de l'Etat d'origine

771. Risque alimentaire et devoir de vigilance. Si une responsabilité alimentaire internationale, unifiée, et autonome de l'investisseur n'existe pas, en revanche, certains instruments juridiques nationaux récents imposent aux investisseurs d'être actifs dans la prévoyance des risques et effets négatifs de leurs activités sur les populations locales ou encore l'environnement. Ces initiatives constituent un levier pour la sécurité alimentaire et permettent indirectement d'imposer une prévoyance du risque alimentaire. L'obligation de prévoyance du risque alimentaire n'est qu'indirecte dans la mesure où aucun texte ne vise expressément la sécurité alimentaire, mais elle constitue une brève de responsabilité alimentaire à destination de l'investisseur.

BACACHE et n° 648, note B. PARANCE ; L. NEYRET, « La consécration du préjudice écologique dans le code civil », *D.* 2017. 924

772. Commençons par identifier les tentatives de régulation par l'État d'origine. L'illustration pertinente dans cette hypothèse demeure certainement la loi française n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre privées¹⁷³⁶. En 2013, l'effondrement d'un immeuble au Bangladesh a conduit à la mort de milliers d'ouvriers, ce drame, connu sous le nom de *Rana Plaza* constitue l'élément déclencheur de cette loi qui s'inscrit dans le mouvement d'un durcissement de la responsabilité sociétale des entreprises¹⁷³⁷. Par l'intégration des articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 dans le Code de commerce, il est désormais imposé aux entreprises françaises d'au moins cinq mille salariés en France en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes, ou dix milles salariés dans le monde de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance portant sur l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle. Le plan¹⁷³⁸ contient des mesures pour prévenir et identifier les atteintes graves relatives aux droits humains, à la santé, la sécurité des personnes et de l'environnement. Si la sécurité alimentaire n'est pas mentionnée, elle est implicitement visée. Les sanctions prévues sont la mise en demeure puis l'injonction en cas d'inexécution des mesures nécessaires. L'agent à l'origine du manquement à l'obligation de vigilance pourrait voir sa responsabilité engagée et donc être redevable d'une réparation. Enfin, dans sa décision du 23 mars 2017¹⁷³⁹, le Conseil constitutionnel a censuré le mécanisme d'amende initié lors d'une atteinte à l'obligation de vigilance.

¹⁷³⁶ Parmi la littérature abondante, voy. p.ex : X. BOUCOBZA ET Y.-M. SERINET, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.* 2017. 1619 ; B. MATHIEU, « Jusqu'où peut-on faire porter sur les entreprises un devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement ? », *Constitutions 2017.* 291 ; A. DENIS-FATÔME ET G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017. 1610 ; C. MALECKI, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *Bull. Joly* 2017. 298 ; S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E* 2017. 1193 ; T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT* 2017. 380 ; K. MARTIN-CHENUT, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Droit social* 2017. 798 ; B. PARANCE, « L'influence du droit international de l'environnement sur les entreprises multinationales, à propos de la proposition de loi française relative au devoir de vigilance des entreprises » in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI*, Pedone, 2017, pp. 279-294.

¹⁷³⁷ D'autres lois témoignent d'une volonté de durcir la responsabilité sociétale des entreprises : Voy. la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 » ou encore la loi n° 2014-1170, 13 oct. 2014, d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, issue de l'application du règlement européen n° 995/2010 (RBUE).

¹⁷³⁸ L'article L. 225-102-4 du Code de commerce prévoit que le plan comprend : « 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ; 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ; 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ; 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ; 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité ».

¹⁷³⁹ Conseil constitutionnel., n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, France.

773. Critiques. Des critiques ont émergé notamment sur l'imprécision de certains termes allant à l'encontre du principe de la légalité criminelle¹⁷⁴⁰, puis sur la position isolée de la France qui constituerait pour les entreprises françaises un sérieux désavantage par rapport à ses concurrents étrangers. Pourtant, on constate des initiatives similaires de toute part en Angleterre, aux États-Unis ou encore en Suisse où des réflexions portant sur le devoir de vigilance ont commencé. Ainsi, un mouvement global porteur d'éthique dans la vie des affaires est en marche et dévoile une volonté marquée de procéder à une mutation de la responsabilité sociale des entreprises. A notre sens, le principal dysfonctionnement se situe moins à l'échelle de ces hypothèses que dans la difficulté d'identifier et d'évaluer le risque alimentaire. Quoiqu'il en soit, cette obligation de vigilance impose aux investisseurs de surveiller leurs activités. Partant, elle s'inscrit dans une logique de renforcement de la responsabilisation des investisseurs.

774. Cette voie apparaît intéressante dès lors que quatre critères ont été précisés dans cette étude pour identifier le risque alimentaire¹⁷⁴¹ : le critère de répartition équitable, le critère d'accessibilité, le critère culturel, et le critère de durabilité. Sans ces quatre critères, la sécurité alimentaire n'est pas en mesure de se réaliser. Chacun de ces piliers fonde la norme alimentaire. Or, à titre d'illustration, le critère de répartition équitable qui fait écho aux investissements agricoles à grande échelle n'est pas toujours entrevu comme un risque alimentaire dans la sphère juridique, même si le phénomène des accaparements des terres a été fortement dénoncé ces dernières années. En d'autres termes, s'il convient de prévenir les risques, dans le cadre de la sécurité alimentaire, ces risques ne sont pas encore appréhendés de manière suffisante, ni même parfois identifiés. Dès lors, le devoir de vigilance face à une norme alimentaire sans contenu substantiel et sans risque alimentaire pleinement identifiés ne permet pas de prévenir et donc d'éviter l'ensemble des atteintes potentielles à la sécurité alimentaire par l'opération d'investissement.

775. Ainsi, l'obligation alimentaire reste indirecte, c'est-à-dire qu'elle s'entrevoit à travers d'autres mécanismes et obligations à l'image du droit de l'environnement. Cet éparpillement de la responsabilité alimentaire de l'investisseur ne permet pas forcément de répondre à l'ensemble des enjeux de la sécurité alimentaire. A titre d'exemple, une étude d'impact imposée en matière environnementale peut répondre au critère de durabilité, tout en omettant de considérer les risques alimentaires relatifs au critère d'accessibilité, au critère culturel ou au critère de répartition équitable. En d'autres termes, piocher dans les différents mécanismes juridiques et les législations nationales

¹⁷⁴⁰ Voy. Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 - Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

¹⁷⁴¹ Voy. Partie I, titre 2 portant sur le risque alimentaire dans le droit international des investissements.

pour rechercher les obligations alimentaires des investisseurs apporte des bribes de réponses éparpillées, qui restent néanmoins insatisfaisantes si l'on souhaite constituer un noyau solide sur lequel pourrait reposer un régime de responsabilité alimentaire.

b) L'identification de nouvelles obligations

776. Le processus d'identification nécessite une phase d'exploration (i), puis une phase de propositions (ii).

i) Exploration

777. Le Professeur Matane Moïse Mbengue a mis en lumière trois catégories d'obligations susceptibles d'être à la charge des investisseurs : les obligations de diligence due, les obligations de résultat et les obligations horizontales¹⁷⁴². Selon l'auteur, les obligations des investisseurs pourraient être « *le relais juridique entre le droit de réglementer des États et les droits des investisseurs étrangers à une protection adéquate*¹⁷⁴³ ». Tout d'abord, l'auteur présente l'obligation de « *diligence due* » et extrait la définition donnée par le Tribunal international du droit de la mer¹⁷⁴⁴. Il s'agirait « *de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat* ». En France, les entreprises d'une certaine taille sont d'ores et déjà assujetties à cette obligation comme cela a été précisé, mais cette obligation de diligence due pourrait devenir une obligation systématique. Avant tout, l'investisseur devra faire preuve de diligence due dans le respect de la conformité de la législation de l'État, ce que l'auteur appelle une « *diligence due passive* » et qu'il distingue d'une « *diligence due active*¹⁷⁴⁵ » plus à même de correspondre à une véritable responsabilisation de l'investissement étranger. L'exemple donné est celui du Modèle de Code panafricain des investissements qui comprend un chapitre intitulé « les obligations des investisseurs » et illustre selon l'auteur une obligation de diligence due à l'article 24, le terme « devrait » étant un indicateur :

« Les principes suivants doivent guider les investisseurs en matière de respect de l'éthique commerciale et des droits humains :

- a) promouvoir et respecter la protection des droits humains internationalement reconnus ;
- b) veiller à ne pas être complices de violations des droits humains ;
- c) éliminer toutes les formes de travail forcé ou obligatoire, y compris l'abolition effective du travail des enfants ;
- d) éliminer la discrimination en matière d'emploi et dans la vie professionnelle ; et

¹⁷⁴² M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », *op. cit.*, p. 295.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, p. 304.

¹⁷⁴⁴ Tribunal international du droit de la mer(TIDM), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, 1er février 2011, TDIM Recueil, 2011, p. 41 § 110

¹⁷⁴⁵ M.-M. MBENGUE, *op. cit.*, p. 324.

e) veiller à un partage équitable des richesses issues des investissements ».

778. L'obligation de diligence due est certainement celle qui pose le moins de difficultés quant à sa reconnaissance en qualité d'obligation de l'investisseur. Elle est désormais aisément admise et les investisseurs avisés l'ont intégrés dans les stratégies d'entreprise¹⁷⁴⁶. Ensuite, l'auteur s'intéresse à l'obligation de résultat dans le sens traditionnellement admis et l'adapte aux obligations de résultat de l'investisseur. Dans l'hypothèse de ces obligations, ce dernier serait donc redevable d'un résultat précis. L'illustration mise en lumière reste le Code panafricain des investissements. Les dispositions s'apparentent toutes à des obligations de résultat sauf pour l'article 24 précité rappelle l'auteur. Par exemple, de nombreux articles contiennent la mention du verbe « devoir », tel que l'article 23.1 qui énonce que « *Les investisseurs ne doivent pas exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'Etat d'accueil* » (...). Si ces obligations pullulent dans le Code panafricain des investissements, elles demeurent encore loin d'avoir conquis les accords d'investissements internationaux, mais pour l'auteur la responsabilisation des investissements étrangers passera nécessairement par l'incorporation de ces obligations de résultat. Enfin, les obligations horizontales reposent sur un rapport coopératif entre l'État hôte et de l'investisseur étranger, qui demeure à la charge des parties prenantes, et éventuellement de l'Etat d'origine. Partant, il s'agit d'une synergie mettant en oeuvre des actions coordonnées et simultanées ayant pour finalité « des objectifs sociétaux »¹⁷⁴⁷. Ces finalités nécessitent une action commune sous peine de ne pas se concrétiser. Ces trois obligations regroupées ont le mérite d'envisager une responsabilisation des investisseurs à la hauteur des enjeux sociaux dont relève la sécurité alimentaire. S'il faut rester prudent quant à leur mise en oeuvre et à l'approche ambitieuse dont elles relèvent, en revanche, il apparaît clair qu'une architecture des investissements internationaux soucieuse du développement durable et des effets de l'opération d'investissement suivra un développement et un renouvellement similaire.

779. Des initiatives dans ce sens fleurissent comme en témoigne la réunion d'un collectif d'experts de tout horizon tenu au cours du mois de janvier 2018 sous l'égide de l'*International Institut for Sustainable Development* (IISD) du *Friedrich Ebert Stiftung* (FES). Le thème « *Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements* » démontre les volontés d'étudier de nouvelles voies vers la responsabilisation de l'investisseur par

¹⁷⁴⁶ Voy. p. ex. Report Danone, « Danone preliminary due diligence report », Prepared for IUCN, Final Report – 31 October 2008, disponible en ligne sur le site internet de Danone, le 03 avril 2018.

¹⁷⁴⁷ M.-M. MBENGUE, *op. cit.*, p. 333.

l'incorporation d'obligations et l'analyse de mécanismes de responsabilité dans les accords de commerce et d'investissement. De nombreuses pistes portant sur les obligations de l'investisseur sont explorées¹⁷⁴⁸ : 1) General Obligation for Investors to Comply with Domestic Law ; 2) Anti-Corruption 3) Provision of Information 4) Minimum Standards on Human Rights, Environment and Labour. 5) Transparency of Contracts and Payments, 6) Pre-Establishment Social and Environmental Impact Assessment 7) Tax Base Erosion and Profit Shifting 8) Relation to Investment Dispute Settlement ; 9) Tort and Civil Liability 10) Other Issues of General Concern.

780. Enfin, certains accords d'investissement isolés proposent expressément des obligations à la charge de investisseurs. A ce titre, très intéressants aussi sont les Accords multilatéraux de protection de l'investissement de la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord¹⁷⁴⁹. L'article 9 de l'Accord sur la Promotion, la Protection et la Garantie des Investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique dispose que :

L'investisseur s'engage à respecter les lois et les règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites.

Dans la même lignée, l'article 14-1 de l'Accord Unifié pour l'Investissement du Capital Arabe dans les Pays Arabes prévoit que :

1. Dans la gestion de ses affaires l'investisseur arabe s'engagera à assurer un maximum de coordination avec l'État d'accueil et avec ses différents appareils et organismes. Il devra respecter les lois et les dispositions en vigueur dans l'État d'accueil tant qu'elles ne contredisent pas les dispositions de la présente convention. Dans la constitution, la gestion et le développement de ses projets d'investissement arabes il se conformera aux plans et aux programmes de développement adoptés par l'État d'accueil pour renforcer et développer l'économie nationale. Il respectera tout ce qui peut renforcer la complémentarité économique arabe et s'abstiendra à cet égard de tout ce qui pourrait porter atteinte à l'ordre public, aux bonnes mœurs et s'interdira tout profit illicite.
2 - L'investisseur est responsable du non-respect des obligations prévues dans l'alinéa précédent conformément au droit du pays d'accueil ou au droit de l'État sur le territoire duquel les obligations n'ont pas été respectées.

Si ce type de clause reste peu déployée dans la pratique des investissements internationaux, l'émergence du développement durable et l'intégration de clauses environnementales de sécurité et de santé dans les traités bilatéraux d'investissement ces dernières années laissent penser qu'elles pourraient fleurir dans ce domaine.

¹⁷⁴⁸ The International Institute for Sustainable Development (IISD) and the Friedrich Ebert Stiftung (FES), « Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements », *Report of the expert meeting held in Versoix, Switzerland, January 11-12, 2018*.

¹⁷⁴⁹ P. ROSHER, « Accords multilatéraux de protection de l'investissement de la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord : deux exemples d'instruments méconnus mais prometteurs », *Cahier de l'arbitrage*, n°3, dec. 2017, p 437.

ii) Propositions : mise en lumière des obligations

781. A la lumière des travaux exposés sur l'identification des obligations des investisseurs, nous proposons trois catégories d'obligations alimentaires - à distinguer de celles des États - à la charge des investisseurs qu'il convient de découper en trois phases temporelles :

- Les obligations alimentaires *ex ante* (les obligations pré-investissement)
- Les obligations alimentaires *en cours* (les obligations pendant l'investissement)
- Les obligations alimentaires *ex post* (les obligations après l'investissement)

Dans chacune de ces obligations, les finalités devraient être déterminées. Il convient « d'apprécier » les effets de l'investissement dans la phase des obligations *ex ante*, « surveiller » dans la phase des obligations *en cours* et « vérifier » dans la phase des obligations *ex post*. Tout d'abord, dans la phase des obligations *ex ante*, il s'agit d'apprécier que l'investissement susceptible d'être effectué n'a pas de conséquences négatives sur la santé humaine, l'environnement et la sécurité alimentaire. La performance alimentaire et environnementale de l'investissement est évaluée et les risques identifiés. Il faut que l'investissement réunisse les conditions préalables à l'investissement. Ces conditions devraient être déterminées par l'État et entrées dans la phase d'admission de l'investissement. Dans la phase des obligations *en cours*, il convient de surveiller que l'investisseur se tient à la législation de l'État hôte et aux standards minimums. Enfin, dans la phase des obligations *ex post*, il importe de vérifier qu'à la fin de l'opération d'investissement, le cadre n'a pas été dégradé pour les investissements futurs. C'est l'idée que l'investissement terminé est porteur d'obligations continues, ces dernières cesseraient après un contrôle de vérification dont le contenu serait fixé au préalable, éventuellement entre l'État hôte et l'investisseur ou directement intégrer dans les traités bilatéraux d'investissement.

782. Durant toutes les phases, l'obligation de conformité de l'investissement à lieu de s'appliquer, en appui, nous proposons une obligation d'évaluation de l'impact de l'investissement (*ex ante*), une obligation de surveillance (*en cours*) et une obligation de vérification (*ex post*). La finalité demeure le contrôle.

783. Obligations alimentaires *ex ante*. Il s'agit des obligations pré-investissement dans lesquelles l'obligation de conformité prend place. Aussi, la mise en oeuvre d'une étude d'impact

devrait être élevée au rang d'obligation à la charge de l'investisseur. Celle-ci est précisée par ces termes dans le projet de l'IISD et de la FES¹⁷⁵⁰ :

1. Investors or their investments shall carry out an impact assessment of their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the Host State for such an investment [[or the laws of the Home State for such an investment] [or other performance standards], whichever is more rigorous in relation to the scale and nature of the investment in question].
2. Investors or their investments shall include in the impact assessment required under paragraph 1 assessment of the impacts on the human rights of the persons in the areas potentially impacted by the investment, including the progressive realization of human rights in those areas, or carry out a separate assessment on the same.
3. The impact assessment or assessments shall be carried out by an entity that is wholly independent of the investor or its investment and any State with a stake in the investment.
4. The impact assessment or assessments shall include input from independent experts, such as international and domestic human rights lawyers, trade unions and environmental specialists.
5. The impact assessment or assessments must be carried out in a way that is transparent and accessible to the public, to investors and any other affected person. It shall in particular actively seek participation of the communities most likely to be affected by the investment and ensure that their input is reflected in the impact assessment.
6. Investors or their investments shall make the impact assessment or assessments:
 - a. public [including via the Internet] and;
 - b. accessible to the local communities, or other persons with potentially affected interests, in an effective and sufficiently timely manner so as to allow comments to be made to the Investor, investment and/or government prior to the completion of the Host State processes for establishing an Investment.

L'étude d'impact procure à l'investissement une assise à sa légitimité et une certification de sa durabilité. Toutefois, une mise en garde demeure nécessaire. Les études d'impact existent et sont d'ores et déjà mises en œuvre par les investisseurs et les États, notamment dans le cadre de projets d'investissement importants. C'est ainsi que l'étude d'impact dans l'affaire du *barrage de Belo Monte* n'aura pas permis d'asseoir la légitimité de l'investissement auprès des communautés locales, notamment en raison de la faiblesse du rapport sur les questions alimentaires et environnementales. Pourtant, l'État a soutenu le projet. Partant, la distinction de l'opération d'investissement selon que l'État appuie et intervient dans les capitaux apparaît indispensable et renforce l'idée de la mise en place d'organismes indépendants. Dans les discussions portant sur cette disposition, le collectif (*IISD* et *FES*) a fait ressortir plusieurs points tels que la nécessité de préciser les orientations de l'étude d'impact, le contenu et les références, l'éventualité d'une intégration de cette disposition dans un processus de diligence due plus large et inclusif avec une participation significative de l'ensemble des parties prenantes ou encore le besoin de distinguer la nature de l'investissement, son secteur, un cadre unique ne pouvant pas englober toutes les spécificités de l'investissement international¹⁷⁵¹.

Une étude d'impact destinée à l'analyse des risques alimentaires dans la sphère des investissements serait une voie intéressante. En effet, l'étude d'impact environnemental ne permet pas de répondre à

¹⁷⁵⁰ IISD, FES, « Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements », *Report of the expert meeting held in Versoix, Switzerland, January 11-12, 2018*, p. 11-12.

¹⁷⁵¹ *Ibid.*

l'éventail des risques alimentaires. Dès lors, nous appuyons les propositions du collectif portant sur la création d'un organisme national indépendant (éventuellement spécialisé dans l'investissement agricole ou en sécurité alimentaire) et l'établissement de seuils qui pourraient conduire à des retombées positives en matière alimentaire¹⁷⁵². La détermination d'un seuil précis enclenchant l'étude d'impact serait une solution pertinente, et la création d'un organisme international sous l'égide des Nations Unies pourrait notamment garantir l'impartialité et l'indépendance nécessaire à la légitimité de l'investissement durable. Cette étude d'impact revisitée en qualité d'obligation à la charge de l'investisseur constitue une mine d'or sous l'impulsion du développement durable dans la responsabilisation de l'investissement étranger, si et seulement si, l'étude saisit l'ensemble des risques alimentaires (répartition équitable, accessibilité, alimentation culturelle, durabilité) et répond à la spécificité de certaines catégories d'investissements.

784. Obligations alimentaires *en cours*. Il s'agit de l'ensemble des obligations alimentaires à la charge de l'investisseur pendant l'investissement dans lesquelles on retrouve encore l'obligation de conformité. En sus, cette phase pourrait comporter une véritable obligation de surveillance à la charge de l'investisseur portant sur la vérification fréquente de la conformité de l'investissement à la législation de l'État hôte et à ses engagements. Pour autant, la surveillance ne fera pas tout. Il est nécessaire au préalable que la législation soit exigeante ou à défaut rehaussée en matière alimentaire. L'IISD et la FES ont proposé l'établissement de « normes minimales relatives aux droits de l'Homme, à l'environnement et au travail¹⁷⁵³ », qui pourrait intervenir dès la phase pré-investissement. Nous proposons d'ajouter la norme alimentaire. Entrevoir la norme alimentaire à travers la norme environnementale apparaît insuffisant si l'on entend répondre à l'ensemble des risques alimentaires. Par l'établissement de normes minimales, il est proposé que :

1. Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife.
2. Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998, as well as by the law in the Host State on labour standards.
3. Investors and their investments shall not establish, manage or operate investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher¹⁷⁵⁴.

Dès lors, si l'on souhaite que l'obligation de surveillance agisse comme un véritable levier de la sécurité alimentaire, rehausser la norme alimentaire sera difficilement contournable. Nous ajoutons

¹⁷⁵² *Op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁵³ *Op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

la possibilité d'énoncer la nécessité de respecter les normes produites par la FAO, le droit à l'alimentation et le droit à l'eau des populations locales, du moins par l'instauration d'une obligation négative, qui se traduirait par l'obligation de ne pas porter atteinte à la sécurité alimentaire.

La mise en place d'une surveillance est susceptible d'avoir lieu en deux temps. D'une part, en mettant en œuvre un mécanisme de surveillance au sein de la société comme cela existe déjà pour certaines entreprises par le biais par exemple d'un service compliance¹⁷⁵⁵. D'autre part, une surveillance émanant d'une autorité de régulation permettrait de vérifier la régularité permanente de l'investisseur à la législation de l'État hôte et d'avertir ce dernier spécialement d'un risque alimentaire. Dès lors, des autorités de régulation pourraient voir le jour en vue d'assurer la régularité des investissements internationaux. Par exemple, le respect des seuils fixés en matière d'investissement agricoles à grande échelle ou encore la vérification du respect véritable de la procédure de consultation préalable lorsque des opérations ont lieu sur les terres autochtones.

785. Les obligations alimentaires ex post. Le climat doit, si ce n'est être meilleur, certainement pas moins propice à l'arrivée de nouveaux investissements. Cela nécessite que les opérations passées aient été respectueuses de l'environnement, des populations locales, de la sécurité alimentaire dans une logique de développement économique durable. Il ne s'agit pas de faire peser sur l'investisseur les objectifs sociétaux d'un pays, seulement de vérifier que par ses actions d'investissement, l'investisseur n'aggrave pas le cadre de développement pour les générations d'investissements futurs. Dans cette hypothèse, il appartient à l'investisseur de se porter caution de l'absence de dégradation du lieu où se déroule l'investissement. Une étude des garanties que l'investisseur serait capable d'apporter pourrait faire office de « dépôt de garantie ». Il s'agit seulement d'assurer un cycle dans les investissements, l'investisseur cassant la chaîne de l'investissement par la négativité de ses actions (pollution intense, dégradation des sols ...) serait tenu responsable et redevable envers l'État et les populations locales. Dès lors, les obligations alimentaires ex post pourraient correspondre à l'obligation de non-dégradation (*des sols et des cours d'eaux*), l'obligation de réparation, l'obligation de restitution conforme ... Cet ensemble est susceptible d'être englobé dans l'obligation finale de vérification de l'investissement se matérialisant par exemple dans un contrôle post investissement émanant d'une autorité indépendante.

¹⁷⁵⁵ *Supra* § 757.

2°) L'émergence d'une responsabilité alimentaire internationale de l'investisseur

786. A la lumière des obligations développées, une responsabilité alimentaire de l'investisseur est susceptible d'émerger, au moins à l'image de ce qui existe d'ores et déjà en matière environnementale, d'une part car un réel besoin subsiste et d'autre part, car les responsabilités nationales et internationales demeurent soient insuffisantes ou inadaptées soit pensées, mais rarement appliquées (1°). Dès lors, il s'agira de rechercher les fondements possibles d'une responsabilité (2°).

a) Le besoin d'une responsabilité alimentaire des investisseurs.

787. **Le contrôle des pratiques des investisseurs.** La concentration de produits alimentaires entre les mains de certaines multinationales (Cargill contrôle 26.7% du marché du blé, Dreyfus contrôle 31% du commerce du riz...), révèle la nécessité de poser les jalons d'une responsabilité alimentaire des investisseurs, spécifiquement lorsque ces derniers détiennent un pouvoir économique tel que le contrôle du prix des produits alimentaires sur le marché. A ce titre, une loi portant sur la spéculation alimentaire apparaît envisageable, et *a minima* la mise en œuvre d'une base de données des risques alimentaires serait un commencement intéressant. En plus de l'épreuve d'une identification des risques alimentaires complète, l'une des sources de la difficulté provient certainement du défaut de contrôle du comportement des investisseurs.

788. Ces dernières années, certains États ont ouvert leur économie au processus libéral, cette tendance a permis aux investisseurs étrangers d'accéder à des nouveaux marchés traditionnellement protégés. Les pratiques de nombreuses entreprises se sont avérées douteuses et destructrices pour les populations locales. Par exemple, au Canada, les investisseurs dans le secteur minier ont provoqué une multiplication de conflits relatifs aux violations des droits de l'Homme au sein des États d'accueil. Dans un rapport, le *Prospectors and Developers Association of Canada* (PDAC) a dévoilé que durant la période de 1999 à 2009, les entreprises canadiennes étaient responsables d'un tiers des 171 violations des principes de la responsabilité sociale des entreprises¹⁷⁵⁶. Nous avons constaté que l'investisseur avait de nombreux de droits, mais peu de devoirs. Les droits ne devraient-ils pas être une contrepartie des devoirs ? En France, cela n'est pas dans ce sens que souhaitait s'inscrire la

¹⁷⁵⁶ Le rapport n'a pas été communiqué au public, en revanche, il a été dénoncé par des ONG, par ex. MiningWatch Canada. Voy. M.-T. GUTIÉRREZ HACES, « La conception corporatiste de l'exploitation des ressources naturelles sous le gouvernement conservateur de Stephen Harper », *Études canadiennes / Canadian Studies*, 78 | 2015 §50, mis en ligne le 01 juin 2016, consulté le 10 mai 2017. URL : <http://eccs.revues.org/505> ; DOI : 10.4000/eccs.505

Déclaration de 1789, où le refus d'y inscrire des devoirs semble être un choix réfléchi¹⁷⁵⁷. De la même façon, la Convention européenne des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ont clairement écarté les devoirs¹⁷⁵⁸. Le Projet de Constitution du 19 avril 1946, fut rejeté par le Peuple français alors que le dernier article précisait que « la sauvegarde des droits inscrits dans la présente Déclaration ... exige que tous connaissent et remplissent leurs devoirs ... »¹⁷⁵⁹. On peut donc avoir des droits sans répondre à des devoirs. Si les devoirs étaient une contrepartie des droits, la protection des investisseurs pourrait éventuellement se conditionner à l'obligation de respecter les droits des Etats et des individus en vue de mettre en œuvre les leurs. En revanche, d'autres textes prévoient pour leurs parts une exigence des devoirs. L'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) de 1948 énonce que :

- « 1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible.
2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.
3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies ».

L'émergence de devoirs ou d'obligations à la charge des investisseurs n'apparaît pas inenvisageable. L'insuffisance d'obligations et le défaut de contrôle des pratiques des investisseurs conjugués à un pouvoir économique florissant de certains acteurs privés allant jusqu'au contrôle du prix des produits alimentaires conforte le besoin d'édifier une responsabilité alimentaire de l'investisseur.

b) Quelle(s) responsabilité(s) ?

789. Sur quels fondements penser une responsabilité alimentaire spécialement destinée aux investisseurs ? Puister dans les responsabilités civiles ou pénales pourrait-il suffire ? Au contraire, un traité multilatéral portant sur les obligations des investisseurs dans lequel un volet sur la sécurité alimentaire pourrait s'incorporer serait-il la meilleure voie ? Il est vrai qu'il est envisageable de s'appuyer sur les législations nationales, chaque État donnant force à la loi alimentaire selon les exigences auxquelles il souhaiterait parvenir. Mais le décor n'est pas si simple, et nous avons déjà exposé que les marges de manœuvre des États peuvent parfois s'avérer minces en regard des droits des investisseurs. Pourtant, à la lumière des textes internationaux, la sécurité alimentaire de leur

¹⁷⁵⁷ B. MATHIEU, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), Puf, 2008 p. 257.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

population repose assurément sur leurs épaules. D'un côté, les législations en matière de sécurité alimentaire n'apparaissent pas dédiées spécifiquement aux investisseurs, elles sont encore moins élaborées pour prévenir, éviter et sanctionner les risques alimentaires (répartition, accessibilité, alimentation culturelle et durabilité), dans la sphère des investissements. De l'autre, la responsabilité alimentaire des investisseurs n'est pas nommée en tant que telle. Elle est d'ores et déjà susceptible de s'entrevoir indirectement par le biais de certains risques alimentaires. Par exemple par le critère de durabilité sous le prisme environnemental. Mais souvent, elle reste insatisfaisante par son absence de caractérisation de l'ensemble des risques alimentaires (répartition équitable, durabilité et critère culturel). Or, l'établissement d'une véritable responsabilité alimentaire destinée aux investisseurs devrait certainement tôt ou tard être envisagé si l'on entend satisfaire l'éventail spécifique des risques liés à l'alimentation.

790. Pour l'instant, cette responsabilité reste en surface, même si des bribes restent détectables tout comme des initiatives plus ou moins adaptées. Par exemple, en matière de responsabilité civile, l'Alien Tort Claims Act (ACTA), analysé préalablement¹⁷⁶⁰ permettrait sans doute de rechercher la responsabilité des investisseurs en matière alimentaire sur le fondement d'une compétence universelle émanant des juridictions américaines. Ainsi, les citoyens étrangers auraient la possibilité d'intenter une action civile à l'encontre d'une entreprise responsable d'une violation des droits de l'Homme, même si cette violation s'est effectuée hors du territoire américain. Le non-respect des droits à l'eau et du droit à l'alimentation des suites d'une opération d'investissement est donc susceptible d'être sanctionné par les juridictions américaines. Mais comme nous l'avons précisé, cette compétence universelle apparaît insatisfaisante en provenance d'un État et mériterait de basculer entre les mains d'une instance internationale. Sur le plan civil, c'est certainement vers une autre voie qu'il convient d'avancer. L'IISD a proposé un modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable¹⁷⁶¹. Dans la Partie 3 du modèle s'intitulant « Obligations et devoirs des investisseurs et des investissements », l'article 17 prévoit que :

« Les investisseurs seront soumis à des poursuites civiles en responsabilité suivant le processus judiciaire de leur État d'origine en raison d'actes réalisés ou de décisions prises à propos de l'investissement, lorsque lesdits actes ou décisions causent des préjudices importants, des préjudices corporels ou la perte de vie dans l'État d'accueil ».

La formulation de ces articles apparaît évolutive dans la mesure où les investisseurs sont clairement dotés de devoirs et d'obligations. Ces exigences s'inscriraient dans un accord d'investissement.

¹⁷⁶⁰ Voy. Partie 2. Titre 2. Chapitre 1. Section 2. §I. B)

¹⁷⁶¹ H. MANN, K. VON MOLTKE, L.-E. PETERSON, et A. COSBEY, *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable*, Institut international du développement durable (IIDD), Avril 2005, révisé et traduit en 2006.

L'effet principal réside dans le rééquilibrage du système qui reste jusqu'alors « asymétrique ¹⁷⁶² » entre d'un côté, les obligations et l'absence de droits de l'État et de l'autre les droits de l'investisseur et l'absence d'obligations.

791. A l'échelle du droit pénal international, des mouvements dynamiques sont observables et pourraient conduire à des effets positifs sur l'émergence d'une responsabilité alimentaire des investisseurs. Notons qu'il a par exemple été envisagé que la Cour pénale internationale puisse appréhender les activités de certaines entreprises multinationales et donc certainement d'investisseur du fait de leur activité à l'étranger ¹⁷⁶³. Par un renvoi à l'article 93-10 du Statut de Rome ¹⁷⁶⁴, la CPI incite à la coopération avec les États concernant des crimes graves au regard de la législation nationale et du Statut de Rome. Par la législation nationale, la CPI vise pour ce qui intéresse notre étude, l'exploitation illicite de ressources naturelles, la criminalité financière, l'appropriation illicite de terres ou encore la destruction de l'environnement ¹⁷⁶⁵. Le bureau du procureur de la CPI a d'ailleurs précisé que l'appréciation des crimes avait lieu « à la lumière, entre autres, de la vulnérabilité accrue des victimes, de la terreur répandue parmi la population ou des ravages qu'ils causent sur le plan social, économique et écologique au sein des communautés concernées ¹⁷⁶⁶ ». Dès lors, une porte est susceptible de s'ouvrir vers une justiciabilité des crimes environnementaux sur le plan international offrant par la même occasion l'opportunité aux crimes alimentaires les plus graves d'être saisis.

792. D'autres voies apparaissent intéressantes pour faire émerger une responsabilité alimentaire, sans pour autant se trouver évidentes. L'échec de la mise en place de normes contraignantes relatives aux droits de l'Homme destinées aux sociétés transnationales dans le cadre

¹⁷⁶² Voy. Le commentaire de l'article 17 du modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable : H. MANN, K. VON MOLTKE, L.-E. PETERSON, et A. COSBEY, *op. cit.*

¹⁷⁶³ Voy. aussi J.-Ph. BUFFERNE, « La mise en oeuvre du Statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales », pp. 127-182, in F. MAZERON, *Les premiers pas de la Cour pénale internationale*. Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 11 février 2005, *Revue juridique d'Auvergne, Les Presses universitaires de la Faculté de droit de Cl.-F.*, n° 2, 2005, p. 259.

¹⁷⁶⁴ Article 93-10 du Statut de Rome de la CPI : a) *Si elle reçoit une demande en ce sens, la Cour peut coopérer avec l'État Partie qui mène une enquête ou un procès concernant un comportement qui constitue un crime relevant de la compétence de la Cour ou un crime grave au regard du droit interne de cet État, et prêter assistance à cet État ; b) i) Cette assistance comprend notamment : a. La transmission de dépositions, documents et autres éléments de preuve recueillis au cours d'une enquête ou d'un procès menés par la Cour ; et b. L'interrogatoire de toute personne détenue par ordre de la Cour ; ii) Dans le cas visé au point a. du sous-alinéa b, i) : a. La transmission des documents et autres éléments de preuve obtenus avec l'assistance d'un État requiert le consentement de cet État ; b. La transmission des dépositions, documents et autres éléments de preuve fournis par un témoin ou par un expert se fait conformément aux dispositions de l'article 68 ; c) La Cour peut, dans les conditions énoncées au présent paragraphe, faire droit à une demande d'assistance émanant d'un État qui n'est pas partie au présent Statut*

¹⁷⁶⁵ CPI, Bureau du procureur, « Document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires », 15 septembre 2016, § 7, p. 5.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, § 41, p. 15.

des Nations-Unies¹⁷⁶⁷ révèle la difficulté de renforcer la responsabilité des investisseurs et des sociétés transnationales. En effet, la Commission des droits de l'Homme a rejeté la portée contraignante de ces normes en 2004¹⁷⁶⁸. Pour autant, les discussions se sont poursuivies et un groupe de travail du Conseil des droits de l'Homme¹⁷⁶⁹ s'est formé en vue de la rédaction d'un Traité contraignant portant sur les obligations des sociétés transnationales et celles des États en matière de droits de l'Homme. Lors des discussions, un cadre général a été envisagé par lequel était appréhendé le droit à l'alimentation et le droit à l'eau, ainsi que le droit à un environnement sûr, propre, sain et durable¹⁷⁷⁰. Néanmoins, les Etats-Unis et l'Union européenne se sont désintéressés du processus et ne participent pas aux négociations. Dans le même temps, la substance du Traité s'est progressivement affaiblie. Depuis lors, si l'effet souhaité apparaît plutôt compromis, un Traité contraignant aurait le mérite de pouvoir déclencher une responsabilisation des investisseurs comportant un volet alimentaire. Ce processus pourrait conduire s'il aboutissait à un effet similaire dans l'hypothèse d'une contractualisation ou une juridicisation des codes de bonne conduite¹⁷⁷¹.

793. Pour l'heure, le tableau reste encore sombre, le droit international des investissements n'est pas en reste même si des avancées sont observables telles que l'existence des exceptions ou encore l'intégration du principe de développement durable et des normes environnementales dans certains accords bilatéraux d'investissement. Les risques alimentaires apparaissent peu ou mal appréhendés malgré des tâtonnements vers une responsabilisation des investisseurs. Partant, aucun équilibre par la voie normative ne semble assuré.

§ 2-. Le bénéfice de la protection des investissements conditionné à la régularité de l'investissement

794. Le bénéfice de la protection de l'investissement est susceptible d'être conditionné à la régularité de l'opération d'investissement (A), mais d'autres formes de conditionnalités émergent avec l'apparition dans tous les champs des algorithmes ouvrant alors de nouvelles voies susceptibles d'établir une pression sur l'investisseur en vue de la réalisation de la sécurité alimentaire (B).

¹⁷⁶⁷ Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme, SCDH, 55^e session, 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 .

¹⁷⁶⁸ Décision 2004/116 de la Commission des droits de l'Homme sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, 56^e session, 20 avril 2004.

¹⁷⁶⁹ Éléments pour le projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits humains, groupe de travail intergouvernemental non-limité (OEIGWG), Res. A/HRC/RES/26/9, Conseil des droits de l'Homme, 29 septembre 2017.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ J.-B. RACINE, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *Revue juridique de l'Environnement*, 1996, pp. 409-424.

A. L'obligation de régularité de l'investissement

795. Si la protection de l'investissement peut s'effectuer en fonction de la régularité de l'investissement (1°), cette voie n'apparaît pas nécessairement souhaitable (2°).

1°) L'ajustement du degré de protection en fonction de la régularité de l'investissement

796. **La détermination de la protection de l'investissement.** Les conditions d'identification de l'investissement détermine le droit à la protection de l'investisseur¹⁷⁷². Si l'investissement ne remplit pas les conditions, la saisine du tribunal arbitral est exclue. En d'autres termes, l'identification de l'investissement, bien qu'incertaine, détermine la protection de l'investisseur. Pourtant, nous avons déjà précisé que l'identification d'un investissement n'était pas chose aisée¹⁷⁷³. La considération du concept de développement économique dans sa définition complexifie davantage l'opération de qualification. Le Préambule de la Convention de Washington demeure éclairant sur la question, les premiers termes prévoient que :

« Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux (...)

Rappelons que le Préambule ne lie pas les Parties à la Convention, mais il reste une grille de lecture à la lumière des objectifs de l'agenda de la Banque mondiale. Dès lors, à défaut d'être un critère certain de l'investissement, le développement économique n'en reste pas moins une finalité.

797. Sous l'angle étatique, l'investissement a pour fonction le développement et les TBI demeurent (ou devraient être) « *des instruments au service du développement économique*¹⁷⁷⁴ ». L'État accepte le déséquilibre des accords d'investissement et les conséquences potentiellement négatives sur sa liberté normative, n'est-ce pas en raison de la contribution de l'investissement au développement de son pays¹⁷⁷⁵ ? Dès lors, n'est-il pas légitime d'attendre de l'opération d'investissement des retombées positives quant au développement économique social et durable ? Une approche objective restrictive nommée aussi « *la conception objective conceptualiste*¹⁷⁷⁶ »

¹⁷⁷² *Supra* § 496 et s.

¹⁷⁷³ *Supra* §§ 10-14 ; § 496 et s.

¹⁷⁷⁴ M.-M MBENGUE, *op. cit.*, p. 299.

¹⁷⁷⁵ Voir sur la question. N. MONEBHURRUN, *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Thèse Paris I, L'Harmattan, 2016, p. 76-78.

¹⁷⁷⁶ Voy. sur les différentes conceptions de la notion d'investissement : G. ARÉOU, « La notion d'investissement - évolutions récentes - », in A. DE NANTEUIL, (dir.) *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale, Réflexions sur la procéduralisation du droit international des investissements*, Pedone, 2015, p. 15.

impose le cumul des critères Salini¹⁷⁷⁷ sans lesquels l'investissement ne pourrait être caractérisé et s'oppose à une « *approche objective pragmatique*¹⁷⁷⁸ ». Cette dernière est défendue dans *l'affaire Biwater Gauff*, en effet, le tribunal arbitral a considéré qu'une conception plus flexible et libérale était adaptée en relevant que si les critères Salini ne sont pas constitués, cela reste insuffisant pour exclure la compétence du tribunal¹⁷⁷⁹. À côté de la conception objective, la conception subjective qui s'est essouffée ces dernières années, défend une approche libérale en laissant le soin aux parties de définir la notion d'investissement. Il s'agit donc de fonder la définition sur la volonté des parties. Les tribunaux arbitraux appliquent de manière non homogène les différentes conceptions.

798. Remarques. La première critique serait de préciser qu'un investissement en soi a toujours pour finalité le développement. Dès lors, il ne constitue pas un critère pertinent et demeure un effet souhaité, mais pas certain¹⁷⁸⁰. Le critère de la contribution au développement économique peut être entendu de différentes manières, sous des attentes et des prismes distincts : celui de l'État et celui de l'investisseur. Le premier sens est celui du développement économique traditionnel, l'investissement contribuerait à l'économie florissante d'un l'État. Mais plus en profondeur, le développement tel qu'entendu et promu dans les textes internationaux désormais exclut le développement économique sans le développement social et durable, de sorte que ce qui compte réellement demeure l'effet et l'objectif de l'investissement. Dans la sentence *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ Malaisie*, le tribunal arbitral a estimé que la qualification d'investissement ne pouvait avoir lieu sans l'établissement par le demandeur que l'opération avait contribué au développement économique positif de l'État d'accueil¹⁷⁸¹. Ainsi, l'investissement doit avoir apporté une contribution significative au développement du pays¹⁷⁸². Certes, cette posture demeure isolée, mais elle démontre que la jurisprudence arbitrale n'est pas hermétique à l'idée d'une appréhension exigeante de la notion d'investissement et donc potentiellement de la protection de l'investisseur. Il faut admettre que cette vision outrepassse la définition proposée sur le fondement de critères Salini. Mais dans le même temps, la *sentence Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ Malaisie* invite le développement durable à s'installer dans la sphère des investissements internationaux.

799. L'intégration des objectifs dans le champ définitionnel de l'investissement. Le qualificatif de « *contribution au développement économique* » ne représente pas en soi une obligation de résultat. Partant, il importe peu que l'effet de l'investissement contribue réellement au

¹⁷⁷⁷ *Supra* § 13.

¹⁷⁷⁸ G. ARÉOU, « La notion d'investissement - évolutions récentes - », *op. cit.*

¹⁷⁷⁹ *CIRDI Biwater Gauff LTD c. Tanzanie*, affaire n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 318.

¹⁷⁸⁰ *Supra* § 14.

¹⁷⁸¹ *CIRDI, Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10, sentence du 17 mai 2007, § 125.

¹⁷⁸² *CIRDI, Malaysian SDN, BHD c. Malaisie*, *op. cit.*, § 143.

développement économique ou échoue. Ce qui ressort est que le critère du développement économique inclut l'objectif de l'État dans sa définition, de sorte que pour parvenir à la qualification d'investissement, l'investisseur devrait réussir à intégrer l'investissement dans l'objectif étatique de développement économique et social durable. Cela sous-entend que ce qui n'entre pas dans ce champ définitionnel est dépourvu du qualificatif d'investissement et donc potentiellement, de sa protection. Dans cette hypothèse, le critère de la contribution au développement économique serait un objectif et une condition de l'investissement sous-entendu une condition de la protection de l'investisseur. De fait, la définition Salini de l'investissement correspond à la définition d'un investissement régulier ajusté aux attentes étatiques. Mais sous l'angle de l'investisseur, la contribution au développement économique n'est qu'accessoire, elle ne constitue pas une condition ni la raison d'être de son investissement. L'investissement a un objectif marchand. L'incorporation d'un objectif comme détermination des critères de l'investissement n'apparaît pas une difficulté insurmontable. Il a été dit que la contribution au développement économique ne pouvait pas être considérée comme un critère, car il s'agissait d'un effet souhaité, mais pas certain. Or, certaines définitions comportent des objectifs clairs, mais incertains comme élément définitionnel. L'article 1832 du Code civil français dispose que:

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (...) »

L'objectif de la société réside dans le partage de bénéfice ou le profit de l'économie, et intervient comme élément permettant de saisir le contenu et la raison d'être de la société. Le bénéfice est un effet souhaité, mais pas certain comme la contribution au développement économique. Dès lors, l'idée de ne pas retenir ce critère par cette justification pourrait ne constituer qu'un faux problème. La difficulté réelle réside dans l'accord portant sur l'objectif de l'investissement faisant intervenir deux attentes et deux prismes distincts. L'objectif de l'investissement pour l'Etat reste la contribution au développement économique et social, l'objectif pour l'investisseur demeure le profit. L'une des voies permettant un accord entre les deux objectifs distincts en qualité d'élément définitionnel de l'investissement réside dans les obligations des investisseurs. Par exemple, si l'obligation horizontale¹⁷⁸³ développée par le Professeur Mbengue est retenue, dès lors, il est aisé de saisir que la seule raison pour laquelle l'Etat accepte de fournir une protection substantielle à l'investisseur réside dans la potentialité que cet investissement soit porteur de développement économique durable. C'est un échange : profit protégé contre développement économique régulier. D'une part, l'État s'engage à protéger l'investissement, d'autre part, l'investisseur s'engage à contribuer au développement

¹⁷⁸³ M.-M. MBENGUE, *op. cit.*, p. 333.

économique et durable. L'obligation horizontale impose cette coopération et cette synergie dont la seule fin, en principe, demeure la réalisation des objectifs sociétaux. Partant, peut-on envisager qu'un investissement portant atteinte à la sécurité alimentaire de manière significative soit qualifié d'investissement irrégulier et donc non protégé ? Peut-on admettre qu'une opération d'investissement contribuant à un désastre écologique, à la pollution des eaux et des sols, à la négation de la sécurité alimentaire des populations puissent être abritée par la protection réservée aux investisseurs ?

800. Investissement régulier, investissement irrégulier et investissement protégé.

L'investissement régulier et irrégulier appartiennent à la définition de l'investissement communément accepté repris dans les trois premiers critères Salini : la durée, le risque et l'apport. De sorte qu'un investissement porteur d'une pollution substantielle, d'une gravité extrême, représente un investissement certes irrégulier, mais qui entre dans le champ définitionnel de l'investissement « durée, risque, apport ». En revanche, si l'on reprend le critère de « la contribution au développement économique », et que l'on admet que le développement économique soit rattaché au développement durable ce qui pourrait aller dans le sens de la mouvance du droit international, dès lors, l'investissement vecteur d'une pollution substantielle apparaît toujours comme un investissement, mais qui ne contribue pas au développement économique et durable. C'est bien un investissement, mais cet investissement demeure irrégulier au sens des objectifs sociétaux de l'État. Sous ce prisme, il convient d'établir une distinction entre d'une part, l'investissement régulier et irrégulier, et d'autre part, l'investissement et l'investissement protégé.

801. Tout d'abord, à notre sens, l'investissement régulier est celui qui répond aux critères « durée, risque apport » comportant en sus les deux objectifs distincts de l'État et de l'investisseur, qui constituent la volonté d'établir un « profit » et d'une « contribution au développement économique et durable » du pays tout en se conformant à la législation de l'État hôte. L'investissement irrégulier répond aux critères de « durée, risque, apport, profit », mais pas à celui de « développement économique et durable », et n'est pas conforme à la législation de l'État hôte. Ensuite, il s'agit de distinguer le stade de la compétence, et le stade du fond. Le professeur Arnaud de Nanteuil a dit en ces termes que : « *refuser la qualité d'investissement à une opération illégale reviendrait donc à admettre (...) que seul l'investissement légal (du point de vue du droit interne) dispose du droit d'accéder à la justice*¹⁷⁸⁴ ». En reprenant l'exemple d'un automobiliste arrêté pour le non-respect du code de la route qui serait par la suite torturé, l'auteur démontre que l'opération illégale ne doit pas empêcher l'agent d'accéder à la justice lorsque ce dernier a reçu un mauvais

¹⁷⁸⁴ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2017, p. 190.

traitement¹⁷⁸⁵. Dès lors, l'auteur invite à ne pas considérer l'examen de la licéité de l'investissement et donc de sa régularité comme condition de son identification, nécessaire à la saisine du tribunal d'arbitral¹⁷⁸⁶. En effet, ce n'est pas au moment de la détermination de la compétence lorsque l'opération doit être caractérisée en qualité d'investissement que la protection doit se déterminer¹⁷⁸⁷, mais bien au stade du fond. Au stade de la compétence et donc de l'identification de l'investissement, « la durée, l'apport, le risque » et éventuellement les conditions de profit et de développement économique durable » permettent d'identifier la régularité ou l'irrégularité de l'investissement.

802. Que l'investissement soit régulier ou irrégulier à ce stade importe peu. Si l'investissement est identifié, la saisine du tribunal doit être autorisée. En revanche, la captation de sa régularité sera à considérer en qualité d'alarme, laquelle est susceptible d'influencer la protection de l'investisseur lors de l'examen du fond en regard de l'appréciation du comportement de ce dernier¹⁷⁸⁸. Pour autant, la jurisprudence arbitrale tâtonne sur la question de l'illégalité de l'investissement. En effet, les traités bilatéraux d'investissement contiennent dans la plupart des cas des clauses d'acceptation des investissements ou de conformité à la législation nationale. Par exemple, l'article du 2.2 du TBI entre la Turquie et les Pays-Bas prévoit que :

[t]he present Agreement shall apply to investments owned or controlled by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party which are established in accordance with the laws and regulations in force in the latter Contracting Party's territory at the time the investment was made¹⁷⁸⁹.

Souvent, les termes des clauses relatives à la conformité diffèrent et il revient à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence en interprétant le traité. Si l'investissement est considéré illégal, dès lors, le consentement de l'Etat à l'arbitrage est susceptible d'être remis en cause, l'investissement n'étant pas prévu comme relevant du traité. Dans cette hypothèse, le tribunal se déclarera incompétent¹⁷⁹⁰. Comme analysé précédemment¹⁷⁹¹, l'examen de la conformité de l'investissement à la législation de l'Etat hôte s'apparente à une détermination de la protection de l'investisseur au stade de la compétence¹⁷⁹². En revanche, l'examen du fond de l'affaire devrait considérer la protection de l'investissement en fonction de la régularité ou de l'irrégularité de l'investissement.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, p 189.

¹⁷⁸⁷ A. DE NANTEUL, *op. cit.* p. 190 ; S. MANCIAUX, CIRDI - Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 2, Avril 2011, chron. 5, § 8 ; E. GAILLARD, Investissement approuvé - Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 1, Janvier 2009, chron. 2.

¹⁷⁸⁸ E. GAILLARD, Investissement approuvé - Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 1, Janvier 2009, chron. 2.

¹⁷⁸⁹ Article 2.2, Agreement on Reciprocal Encouragement and Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Turkey, legis in effect 1 November 1989.

¹⁷⁹⁰ E. GAILLARD, Investissement approuvé, *op. cit.*,

¹⁷⁹¹ Chapitre 2, Section 1, §1. B - 1°) a. de l'étude.

¹⁷⁹² Voy. p. ex *M. Saba Fakes v. République de Turquie*, affaire CIRDI n°.ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, § 115.

803. Partant, l'intensité de la protection de l'investissement peut être conditionnée au degré de régularité de l'investissement. Pour illustrer le propos, certains États sont réticents à accorder aux investisseurs une protection lorsqu'ils n'agissent pas selon les standards de conduite classique, notamment, lorsque les investisseurs n'ont pas « *les mains propres* ». Certains auteurs ont mis en avant le caractère dangereux de cette théorie en cas d'application à l'étape de la recevabilité, d'autres ont insisté sur la possibilité d'une privation de la protection lorsque l'investisseur agit en vertu d'une conduite illicite¹⁷⁹³. L'un des standards par exemple est de contribuer au développement du pays en payant l'impôt, l'évasion fiscale devrait donc être bannie. L'affaire *Yukos c. Russie*¹⁷⁹⁴ s'avère éclairante à ce propos. La Russie a invoqué que les investisseurs ne pouvaient pas bénéficier de la protection de l'accord puisque ces derniers n'avaient pas « *les mains propres* ». Dans cette affaire, la société Yukos avait été liquidée en raison d'une série de mesures fiscales prises à son encontre, tandis que l'État dénonçait l'évasion fiscale pratiquée par les investisseurs. Le tribunal arbitral a estimé que l'acte illégal devait intervenir au moment de la réalisation de l'investissement et que la théorie des « *cleans hand* » ne relevait pas d'un principe général communément reconnu. Cette conditionnalité prévue par la théorie des « *clean hands* » demeure l'objet de controverses. Néanmoins, il est largement admis qu'un investissement porteur d'illicéité interne soit « *inéligible à la protection proposée par les normes internationales*¹⁷⁹⁵ ». Cela relève des affaires au cas par cas et de l'appréciation par le tribunal arbitral. Il est ainsi tout à fait envisageable que la violation du droit de l'État d'accueil conduise à une exclusion de la protection de l'investisseur dans les hypothèses de la fraude ou de la corruption sur le fondement du non-respect de l'ordre public transnational¹⁷⁹⁶. Partant, la prise en compte du comportement de l'investisseur par les arbitres est envisageable, mais surtout souhaitable. A ce titre, l'article 8.18. 3) du CETA, section de l'accord non entré en vigueur dans le cadre de l'application provisoire dispose que :

3. Il est entendu qu'un investisseur ne peut déposer une plainte en vertu de la présente section si l'investissement a été effectué à la suite de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de procédure.

¹⁷⁹³ La théorie des « mains propres n'est pas récente. Voy. p. ex. J. SALMON, « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, 1964, pp. 225-266. L'auteur dénonce cette théorie. Pour une position favorable à la théorie des mains propres : Voy. G. FITZMAURICE « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, t. 92, 1957, p. 119 in J. ANCELIN, « Le comportement blâmable de l'investisseur », in *La pénalisation du droit international*, Demi-journée de Nanterre, 10 mars 2017, *Bureau des jeunes Chercheurs, Société française pour le droit international*, disponible en ligne le 25 mai 2018 : <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2018/03/RJC-2017-ANCELIN.pdf>.

¹⁷⁹⁴ CPA (UNCITRAL), *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, CA Case No. AA 227, sentence finale, 18 juin 2014.

¹⁷⁹⁵ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2017, p. 190.

¹⁷⁹⁶ CIRDI, *World Duty Free Company c. République du Kenya*, aff n°Arb/00/7, sentence du 4 octobre 2006, § 157.

804. Ainsi, cette considération participe à un rééquilibrage dans la procédure et participe à l'émergence d'une responsabilisation de l'investisseur¹⁷⁹⁷. Peu à peu, les impératifs de développement, de conduite raisonnable, de conformité, prennent le pas et contribuent à une mutation du droit international des investissements vers « la prise en compte de l'intérêt général¹⁷⁹⁸ ».

2°) Le rééquilibrage de l'intérêt public alimentaire et des droits des investisseurs : les demandes reconventionnelles

805. L'article 46 de la Convention CIRDI, prévoit que le Tribunal doit statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles, qui se rapportent directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent de la compétence du Centre¹⁷⁹⁹. Si les demandes reconventionnelles sont envisagées, elles sont néanmoins rarement appliquées¹⁸⁰⁰. Pourtant, elles pourraient constituer un levier de protection alimentaire en permettant à l'État d'exprimer une revendication à l'encontre de l'investisseur qui soit pris directement en compte par l'arbitre autrement que dans le mémoire en défense.

806. La faiblesse de leur application peut notamment s'expliquer par plusieurs obstacles précisés par le Professeur Frank Latty¹⁸⁰¹ : Le droit processuel de l'État défendeur de formuler une demande reconventionnelle, le consentement de l'investisseur, la condition de connexité et le régime de responsabilité de l'investisseur. Tout d'abord, sur le droit de l'État de former une demande, certains tribunaux arbitraux ont relevé qu'il n'existait pas de présomption d'un droit de présentation des demandes reconventionnelles. Dans ce sens, le droit à cette demande devait être expressément prévu par le traité bilatéral d'investissement et non reposer sur l'esprit du traité¹⁸⁰². L'admission de la demande reconventionnelle d'un État n'est donc pas automatique. Ensuite, l'auteur rappelle la

¹⁷⁹⁷ Voy. I. EL HAYEK, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, Thèse, Paris I, 2016.

¹⁷⁹⁸ W. BEN HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI (Clunet) n° 4*, Octobre 2008, doct. 10.

¹⁷⁹⁹ Sur ce point voy. aussi p.ex l'article 40 du Règlement CIRDI et les articles 4 et 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

¹⁸⁰⁰ Sur les demandes reconventionnelles de l'État, Voy.p.ex : B. REMY, *Chronique des sentences arbitrales, JDI Clunet) n° 1, Février 2018, chron. 2*, p. 247 ; W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-Investisseur cherche son équilibre perdu » : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ?, *International Law Forum*, 2005, 7, pp. 261-272 ; H. HELLIO, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatifs aux investissements étrangers », *RGDIP*, 2009/3, pp. 589 et s.

¹⁸⁰¹ F. LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », in T. EL GHADBAN, C.-M. MAZUY, A. ENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

¹⁸⁰² CIRDI, *Gavazzi c. Roumanie*, n° ARB/12/25, décision sur la compétence, la recevabilité et la responsabilité, 21 avril 2015, § 154, v. F. LATTY, *op.cit.* p. 166.

nécessité du consentement de l'investisseur dans l'admission des demandes reconventionnelles. En effet, l'arbitrage reposant par nature sur le consensualisme, il faudrait donc obtenir la certitude de son consentement. Pour autant, il apparaît présumé dès lors que l'investisseur étranger procède à une requête d'arbitrage à l'encontre de l'État. Cette affirmation devrait être confirmée dans les traités bilatéraux d'investissement pour lever les doutes. Une troisième condition est soulignée par l'auteur. Il s'agit de la condition de la connexité. En effet, la demande reconventionnelle doit se rattacher à une demande principale. Dans cette perspective, elle est une demande accessoire. Enfin, le régime de responsabilité de responsabilité de l'investisseur soulève aussi des questions. Quel droit appliquer dans l'hypothèse d'une violation du droit international ? S'il est envisageable de mettre en œuvre le droit de l'Etat hôte de l'investissement dans certaines situations, nous rejoignons le Professeur Frank Latty sur le fait qu' « un *droit international de la responsabilité des personnes privées*¹⁸⁰³ » serait une réponse souhaitable en vue d'appréhender la responsabilité des investisseurs.

807. Remarques. En dépit de l'ensemble des obstacles mentionnés, la demande reconventionnelle présente les vertus d'éviter une fragmentation procédurale en regroupant les procédures devant un seul tribunal ainsi que d'exclure des décisions contradictoires si l'État enclenche une procédure supplémentaire devant une autre juridiction sur un litige similaire. Pour l'heure, certaines sentences font encore état de demandes reconventionnelles comportant des conclusions divergentes en la matière, notamment sur la recevabilité du fondement sur lequel pourrait s'appuyer la demande reconventionnelle¹⁸⁰⁴. Dans l'affaire *Goetz v. Burundi*¹⁸⁰⁵, le tribunal s'est joint à la position de l'arbitre W. Michael Reisman¹⁸⁰⁶ fortement opposée à celle du tribunal dont il faisait partie dans l'affaire *Spyridon Roussalis c. Roumanie*. Ainsi, considérant qu'en concluant l'accord d'investissement, l'Etat accepte dans le même temps que les différends soumis à l'arbitrage CIRDI soient réglés dans les conditions et procédures de la Convention Washington et que de même,

¹⁸⁰³ F. LATTY, *op. cit.* p. 172.

¹⁸⁰⁴ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, aff n°. ARB/06/1, 7 décembre 2011 ; CIRDI, *Antoine Goetz et autres et S.A. Affinage des Metaux c. Burundi*, aff. n°. ARB/01/2, 21 juin 2012.

¹⁸⁰⁵ CIRDI, *Antoine Goetz et autres et S.A. Affinage des Metaux c. Burund*, aff. n° ARB/01/2, 21 juin 2012.

¹⁸⁰⁶ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, aff. n°ARB/06/1, 28 novembre 2011. Déclaration de l'arbitre W. Michael Reisman : « *I regret that I cannot join my colleagues in that part of our decision which rejects jurisdiction over counterclaims "arising directly out of the subject-matter of the dispute," the first time it has been so rejected on the ground of absence of consent. I understand the line of their analysis but, in my view, when the States Parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue. It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party: Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal - which was, in fact, selected by the claimant - perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant. (And if an adverse judgment ensues, that erstwhile defendant might well transform to claimant again, bringing another BIT claim.) Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law* ».

l'investisseur en acceptant l'offre contenue dans l'accord consent à cette règle, le consentement de l'État comme de l'investisseur donnerait compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles¹⁸⁰⁷. Il n'existe pas de consensus sur la question.

808. Dans l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Équateur*¹⁸⁰⁸, un différend a été porté devant le CIRDI sur le fondement du traité bilatéral d'investissement Etats-Unis-Équateur. Le tribunal arbitral a estimé que l'Équateur avait illégalement exproprié les investissements de la société Burlington. Dans le même temps, l'État a introduit des demandes reconventionnelles en vertu des dommages causés aux infrastructures des champs de pétrole et à l'environnement. Dans sa décision sur les demandes reconventionnelles¹⁸⁰⁹, le tribunal a considéré que l'investisseur devait verser à l'Équateur une compensation à hauteur d'environ 41 millions de dollars. L'affaire Burlington a révélé que par le biais des demandes reconventionnelles introduites par l'État, l'arbitre pouvait condamner l'investisseur en raison d'atteintes à l'environnement. Encore une fois, la protection spécifique réservée à l'environnement pourrait bénéficier à la sécurité alimentaire. Ainsi, sur le fondement des demandes reconventionnelles, l'État désormais pourrait se poser en rempart en vue de garantir la sécurité alimentaire dans la sphère des investissements. Si la règle du précédent empêche d'affirmer que la décision soit similaire dans d'autres affaires, il n'en reste pas moins que la demande reconventionnelle constitue une voie sérieuse d'entrée de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements ainsi qu'une voie de rééquilibrage entre l'intérêt public alimentaire et les droits des investisseurs.

809. Finalement, des outils de rééquilibrage entre les droits des investisseurs et l'intérêt public alimentaire existent bel et bien. L'influence du développement durable accompagné de la mutation et de l'ouverture des investissements internationaux sur les questions environnementales pourrait profiter à la sécurité alimentaire. Mais d'autres voies sont susceptibles de sensibiliser l'investisseur au droit à l'eau et à l'alimentation par le biais de la conditionnalité alimentaire.

B.- La voie de la conditionnalité alimentaire

810. La conditionnalité alimentaire pourrait permettre un renforcement de la responsabilité alimentaire des États. Dès lors, penchons-nous sur son fonctionnement (1°) et sur les nouveaux instruments à disposition issus des méthodes arithmétiques (2°).

¹⁸⁰⁷ CIRDI, *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux c. Burundi*, aff n°. ARB/01/2, 21 juin 2012 § 278.

¹⁸⁰⁸ CIRDI, *Burlington Resources Inc. v. République d'Équateur Ecuador*, aff. n° ARB/08/5.

¹⁸⁰⁹ CIRDI, *Burlington Resources Inc. v. République d'Équateur Ecuador*, aff n° ARB/08/5, Décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017 § 1075.

1°) L'émergence d'un mécanisme conditionnel du respect de la sécurité alimentaire

811. La conditionnalité alimentaire désigne la condition liée à l'alimentation à l'image de la conditionnalité environnementale¹⁸¹⁰. Il peut s'agir d'imposer à un opérateur des conditions alimentaires en contrepartie de l'accès à un marché ou à l'exécution d'un contrat telle qu'une garantie ou encore un financement. Par exemple, dans le cadre des aides de la politique agricole commune (PAC), la Commission européenne définit la conditionnalité comme :

« un mécanisme qui subordonne les paiements directs au respect par les agriculteurs de normes de base concernant l'environnement, la sécurité alimentaire, la santé animale et végétale, le bien-être des animaux et le maintien des terres dans de bonnes conditions agricoles et environnementales¹⁸¹¹ ».

Partant, la conditionnalité s'adresse à une diversité d'opérateurs. Elle peut être destinée à un agriculteur en contrepartie d'un financement comme à un investisseur en contrepartie de l'assurance de ces activités.

812. Il est vrai qu'il existe des mesures et des processus en provenance du secteur assurantiel qui peuvent dans le cadre d'une généralisation contribuer à modifier les agissements des investisseurs en matière alimentaires. Tout d'abord, l'une des voies susceptibles de contribuer à la réalisation de la sécurité alimentaire dans le droit international de l'investissement serait d'admettre l'obligation des investisseurs d'une minimisation des risques alimentaires (critère de répartition équitable, accessibilité, respect de l'alimentation culturelle et durabilité). Les activités d'investissements contribuent à une démultiplication des atteintes à la sécurité alimentaire. Dès lors, ne serait-il pas envisageable que les investisseurs acceptent leur part de responsabilité dans le défaut de contrôle des valeurs extra économiques ? Il s'agit donc de penser que les investisseurs devraient contribuer à minimiser les risques alimentaires et environnementaux. Dans ce sens, la CIJ a pu estimer que celui « 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 »¹⁸¹². Ensuite, l'une des pistes est de

¹⁸¹⁰ A. PIQUEMAL, « La notion de conditionnalité et les organisations internationales économiques et financières », *Mélanges en l'honneur du Doyen Paul Isoart, Pedone*, 1996, pp. 306-318 ; A. VANDERVORST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2000 4-2 pp. 129-151.

¹⁸¹¹ La définition est disponible en ligne sur le site de la Commission européenne : https://ec.europa.eu/agriculture/envir/cross-compliance_fr, le 10 avril 2018. Voy. sur la question le Règlement (CE) n°73/2009 du Conseil du 19 janvier 2009 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs, modifiant les règlements (CE) n°1290/2005, (CE) n°247/2006 et (CE), n°378/2007, et abrogeant le règlement (CE) n°1782/2003 et le Règlement (CE) n°1122/2009 de la Commission du 30 novembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°73/2009 du Conseil en ce qui concerne la conditionnalité, la modulation et le système intégré de gestion et de contrôle dans le cadre des régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs prévus par ce règlement ainsi que les modalités d'application du règlement (CE) n°1234/2007 du Conseil en ce qui concerne la conditionnalité dans le cadre du régime d'aide prévu pour le secteur vitivinicole.

¹⁸¹² CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, Rec. 1997, 25 septembre 1997, § 80, p. 55.

compter sur le mécanisme assurantiel protégeant les populations des effets négatifs potentiels de certaines activités. Lorsque des opérations d'investissement portent atteinte à l'environnement et à l'alimentation, il semble raisonnable que les investisseurs s'assurent du risque négatif de leur investissement sur les populations. C'est le commencement d'une prise de responsabilité par les investisseurs des effets négatifs que peuvent engendrer leurs activités. L'intégration d'un mécanisme assurantiel permet de protéger les investisseurs et les populations contre le risque alimentaire. Il ne semble pas déraisonnable de faire peser ce coût dans une proportion acceptable sur les entreprises par la mise en place du processus assurantiel. Le risque alimentaire dans les opérations d'investissement est réel, et il s'agit de procéder à un partage de ce risque. Les États acceptent de recevoir sur leur territoire des investissements au nom du développement économique et social, les investisseurs en retirent des bénéfices importants. Pour autant, il n'est pas souhaitable que le prix du développement économique se fasse au détriment du développement social et durable. Enfin, en France, la COFACE, spécialisée dans l'assurance-crédit internationale pour les entreprises, est susceptible d'imposer une conditionnalité environnementale en contrepartie de la garantie de l'investissement international. Dès lors, face à l'émergence et la multiplicité des risques alimentaires liés aux investissements internationaux, la mise en place d'une conditionnalité alimentaire n'est pas inenvisageable si l'on saisit que la sphère alimentaire est tout autant liée, et risquée que la sphère environnementale. En effet, les sociétés d'assurance ont le pouvoir d'ajuster les comportements des investisseurs par la conditionnalité alimentaire en refusant d'assurer des comportements nuisibles à la sécurité alimentaire.

2°) Méthode arithmétique et conditionnalité alimentaire

813. De nouvelles méthodes émergent et sont susceptibles de modifier le comportement de l'investisseur. Ce phénomène a tout d'abord été observé par l'incorporation des mécanismes relevant de la compliance et de la RSE. Par exemple, l'investisseur souhaitant ne pas être exclu d'un marché adaptera son comportement dans les lignes et les objectifs appartenant à l'origine à une responsabilité non contraignante. Ensuite, l'intégration de nouvelles méthodes tels que la justice prédictive et l'émergence de l'algorithme dans le droit pourrait conduire à une modification du comportement des investisseurs quant au respect de valeurs extra-économiques.

814. La justice prédictive¹⁸¹³. Elle désigne la mise à disposition d'outils permettant l'étude des lois et des jurisprudences en vue de prédire l'issue d'une situation juridique donnée. Il s'agit

¹⁸¹³Voy. p.ex sur la question F. ROUVIÈRE, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD Civ.*, 2017, p. 527 ; A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G.*, 9 janvier 2017, doct. 31. ; Y. MENECEUR,

« d'identifier quelle solution sera donnée à un litige X par un juge Y, soit au vu des données du litige X, soit par une analyse des écritures des parties¹⁸¹⁴ ». La vertu réside dans le gain de temps considérable. En effet, c'est par l'analyse des statistiques et des décisions rendues détenues dans une base de données que le juriste trouve un appui nouveau et déterminant dans le fonctionnement de son travail. Ainsi, l'analyse statistique de toutes les sentences en matière d'expropriation indirecte permettrait de prédire la proportion par laquelle une procédure pourrait être admise ou refusée par le tribunal arbitral ou encore le montant de l'indemnité susceptible d'être accordée¹⁸¹⁵. Il est vrai que cette méthode pourrait aussi prédire les chances de succès d'une procédure selon les différentes compositions du tribunal arbitral, influençant dès lors directement le choix de l'arbitre des parties par un profilage des juges, pratiques connues et notamment utilisées par les avocats. Si cette méthode comporte des avantages, elle détient aussi un lot d'inconvénients. C'est ainsi qu'il a été mis en lumière la nécessité d'utiliser ce type d'outils avec précaution, par exemple le risque d'influence des juges sur la décision constitue un danger¹⁸¹⁶. Croire que l'algorithme pourra en toutes circonstances apporter une réponse fiable et incontestable relève d'un « fantasme¹⁸¹⁷ ». Plus l'affaire juridique apparaîtra compliquée, plus la méthode arithmétique devra être surveillée. Certaines hypothèses imposent des analyses en profondeur, en d'autres termes l'utilisation de l'outil algorithmique doit se faire entre les mains d'agents avertis. Le calcul des probabilités de l'issue d'une procédure d'arbitrage ou d'un procès modifie les relations juridiques entre les parties et favorise les négociations ainsi que la résolution des litiges par la voie transactionnelle. La partie dotée de 80 % de chances de réussite dans une procédure détiendra un moyen de pression non négligeable lors du déroulement des négociations. Pour l'instant, la justice prédictive n'est qu'embryonnaire, mais son émergence pourrait modifier en profondeur le paysage juridique.

815. Quels sont les apports dans le cadre des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux ? La justice prédictive permet de détenir des chiffres et des probabilités pouvant servir de pression en amont. Par exemple, cela peut être un moyen de pression dans des négociations contractuelles où au préalable, la partie détenant des chiffres négatifs relatifs à un investisseur condamné dans de nombreuses affaires pour non-respect des normes

« Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *Jcp éd. g.*, 12 février 2018, 190 ; J.-M. SAUVÉ, « La justice prédictive », Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, 12 février 2018, disponible en ligne le 15 avril 2018, http://www.conseil-etat.fr/content/download/126837/1283810/version/1/file/2018-02-12_Justice%20prédictive.pdf.

¹⁸¹⁴ B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017. 532 § 2.

¹⁸¹⁵ Sur la question de la justice prédictive et de l'arbitrage international d'investissement, voy. P. BORDACHAR, « La justice prédictive et l'arbitrage international relatif aux investissements étrangers », *Archives de philosophie du droit*, n°60, 2018, pp. 199-215.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, § 44 à 49.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, § 3.

environnementales pourrait exiger l'intégration d'une clause spécifique dans ce domaine, ajusté au comportement de l'investisseur avant d'accepter l'investissement sur son territoire. Cela peut également entraîner des conséquences lors des appels d'offres dans des secteurs stratégiques. L'État serait détenteur des données et des probabilités juridictionnelles de chacun des candidats, il aurait en sa possession le taux de condamnation des investisseurs sujets à des mauvaises conduites en matière alimentaire et environnementale, justifiant alors l'éviction d'un candidat peu enclin au développement économique durable à la lumière des statistiques et des jurisprudences provenant d'une base de données. Dans cette hypothèse, précisons qu'il convient assurément d'identifier le caractère intentionnel ou non intentionnel des violations à la sécurité alimentaire afin d'ajuster le degré d'admissibilité de l'investissement. On peut aussi imaginer qu'un État fixe un seuil d'admissibilité de l'investissement. Un investisseur condamné à de multiples reprises pour non-respect des normes environnementales et alimentaires pourrait se voir refuser l'accès au territoire. Dès lors, la conditionnalité alimentaire intervient comme critère sine qua non d'accès à un marché ou à un territoire.

816. Agence de notation sociale, algorithme et responsabilité alimentaire. Une voie intéressante est celle de l'utilisation des algorithmes¹⁸¹⁸ comme outils en appui à la réalisation de la sécurité alimentaire. La traduction du comportement des investisseurs dans un langage codé entré dans une base de donnée permettrait d'obtenir le taux et la probabilité de l'effet positif ou négatif d'une opération d'investissement sur le développement économique du pays. Un indice de référence alimentaire et environnemental pourrait être attribué aux investisseurs par des autorités indépendantes ou encore par des agences de notation. Ces dernières apportent d'ores et déjà des informations sur la qualité des opérateurs privés et publics par le demandeur d'une notation, c'est le cas des agences de notation financières¹⁸¹⁹ et des agences de notation sociales spécialisées dans l'évaluation éthique des

¹⁸¹⁸ Voy p. ex sur la question de l'algorithme : S. CHASSAGNARD-PINET, « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT* 2017. 495 ; G. CHANTEPIE, « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », *Dalloz IP/IT* 2017. 522 ; E. MARIQUE et A. TROWEL – « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Dalloz IP/IT* 2017. 517 ; L. DUONG GODEFROY, « Pour un droit du traitement des données par les algorithmes prédictifs dans le commerce électronique », *D.* 2016. 438 ; L. DUONG GODEFROY, « Le code algorithmique au service du droit », *D.* 2018. 734 ; L. DUONG GODEFROY, « Les algorithmes : quel statut juridique pour quelles responsabilités ? », *Communication Commerce électronique n° 11*, Novembre 2017, étude 18 ; J.-B. DUCLERCQ, « Les effets de la multiplication des algorithmes informatiques sur l'ordonnancement juridique », *Communication Commerce électronique n° 11*, Novembre 2015, étude 20 ; J.-B. DUCLERCQ, « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018. 131.

¹⁸¹⁹ Voy. p. ex. sur la question BENOÎT FRYDMAN, ARNAUD VAN WAEYENBERGE, *Gouverner par les standards et les indicateurs, De Hume aux rankings*, Bruylant, 2013 ; B. COLMANT et s. (collectif), *Les agences de notation financière, Entre marchés et États*, Larcier, 2013 ; D. GOYEAU, A. SAUVIAT, A. TARAZI, « Marché financier et évaluation du risque bancaire. Les agences de notation contribuent-elles à améliorer la discipline de marché ? », *Revue économique*, 2001, 52-2 pp. 265-283 ; Y. CHAPUT, « Contrôle et responsabilité de la notation financière : les agences de rating en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 006 58-2 pp. 493-502 ; Pour des articles : M. AUDIT, « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », *Rev. crit. DIP* 2011. 581 ; V. MONTMAUR,

entreprises¹⁸²⁰ qui prennent en compte des critères environnementaux. Partant, elles peuvent évaluer le risque alimentaire d'une opération d'investissement à la demande d'un État qui souhaiterait s'assurer de la qualité des investissements entrant sur son territoire ou à la demande d'un partenaire qui désirerait s'assurer de la fiabilité d'un acteur économique en vue de garantir son capital-image. Ce processus aurait certainement comme conséquence de parvenir à une modélisation comportementale des investisseurs qui serait notée et donc contrôlée en matière de responsabilité. Ainsi, la conditionnalité alimentaire pourrait être progressivement imposée, voire contrôlée notamment sur la base des sociétés d'assurance, des agences de notation et des algorithmes. Si un changement de paradigme est observable et que des volontés de renforcer les obligations et la responsabilité des investisseurs interviennent de toute part, il n'en reste pas moins que l'utilisation des algorithmes ne désigne que le commencement de processus susceptible d'influencer le comportement des investisseurs par l'évaluation et l'information du risque alimentaire.

817. Si la responsabilité alimentaire des investisseurs dispose des outils nécessaires à son émergence, il n'en demeure pas moins que la considération de la sécurité alimentaire requiert aussi une prise en compte authentique par les tribunaux d'investissement. Il est vrai que le nouveau mécanisme juridictionnel proposé par le CETA, hostile à l'arbitrage d'investissement État-investisseur, paraît offrir un renforcement des garanties de l'intérêt public, néanmoins, les arbitres détiennent tout autant la faculté de contrôler le respect des valeurs alimentaires lors d'une opération d'investissement. Encore faut-il que ces derniers admettent une fonction régulatrice. Sous cet angle, ils prennent alors part à l'émergence d'une responsabilité alimentaire.

« Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », *AJCT* 2012. 68 ; B. PLESSIX, « Agence de notation - À propos de la notation souveraine », *Revue juridique de l'économie publique* n° 715, Janvier 2014, étude 1.

¹⁸²⁰ V. LUCAS-LECLIN, « Qu'apporte l'analyse ISR à l'analyse financière ? », *Revue d'économie financière*, 2006 85 pp. 209-232 ; E. PERROT, « Les agences de notation sociétale en quête d'objectivité », *Études*, 2003/5 (Tome 398), p. 609-618 ; D. MESSIRE et S. ONNÉE, « Les agences de notation sociétale: la quête de légitimité dans un champ organisationnel en construction », *Comptabilité, contrôle, audit et institution(s)*, Mai 2006.

Section 2.- La prise en compte de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement

818. Les tribunaux arbitraux d'investissement apparaissent peu enclins à considérer des normes extérieures au champ des investissements internationaux. Pourtant des voies existent (§1) et pourraient permettre aux arbitres d'opérer un contrôle de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements (§2.)

§1.- Les voies d'une prise en compte de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement

819. Deux voies sont proposées afin de mettre en lumière les mécanismes à disposition de l'arbitre en vue d'une prise en compte substantielle de la sécurité alimentaire dans le cadre des litiges l'opposant aux droits des investisseurs dans la sphère des investissements internationaux. L'arbitre a la faculté de puiser dans un ordre public alimentaire (A) ou encore dans un ordre public transnational (B), ce dernier outil pourrait permettre de redessiner l'architecture des investissements internationaux.

A.- Ordre public alimentaire et investissements internationaux

820. Il conviendra de tenter d'identifier l'ordre public alimentaire (1°) puis de se pencher sur ses manifestations dans le droit international des investissements (2°).

1°) L'identification de l'ordre public alimentaire

821. Intérêt public et arbitrage. Partons de la notion d'intérêt public, car avant toute chose, c'est la question de l'acceptabilité de litiges relevant de l'intérêt public par les tribunaux d'investissement qui est soulevée. Tout d'abord, la généralisation des affaires relevant de l'intérêt public dans la sphère des investissements internationaux impose à l'arbitre de faire preuve de prudence. Dans certaines circonstances, il se retrouve malgré lui, confronté à l'hypothèse de traitement de considérations alimentaire dans son champ d'exercice. Ces circonstances révèlent que l'arbitre doit composer avec une insuffisance de moyens juridiques à sa disposition. La difficulté reste sa liaison directe à la volonté des parties. Dès lors, comment l'arbitre peut-il ajuster et accorder des intérêts privés avec des intérêts publics supérieurs ? Et que faut-il entendre par la notion « d'intérêt public » ? Cette notion reste difficile à saisir, elle porte des appellations distinctes, et nous ne souhaitons pas entrer dans le débat terminologique d'une distinction entre « l'intérêt général » ou « l'intérêt collectif » qui n'apporte pas d'éléments de solutions à notre problématique. En tout état de cause, la notion d'intérêt public reste imprécise et floue, mais nous entendons par ce terme le « bien

public général¹⁸²¹ », les intérêts des populations. Dès lors, dans cette étude l'intérêt public alimentaire se réfère à la sécurité alimentaire des populations et est susceptible de s'opposer aux intérêts privés économiques des investisseurs.

822. Si l'arbitrage se démarque en principe par son appartenance à « la sphère privée¹⁸²² », il n'en reste pas moins que ce mode de règlement des différends est amené à considérer des intérêts publics. La sécurité alimentaire, finalité essentielle de chaque Etat, constitue le socle de toute nation florissante et doit être l'œuvre de politique publique exigeante. Cette rencontre de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux via l'arbitrage est désorientante. C'est sans doute pour cette raison que les mécanismes juridiques utilisés apparaissent inadaptés à celui qui désire répondre aux enjeux de la sécurité alimentaire, intérêt public, quand bien même cette réponse devrait être apportée par la sphère privée. D'ailleurs, ces mécanismes semblent tout aussi insuffisants lors de litiges relatifs à l'environnement¹⁸²³. Même si sur ce point, il ne fait nul doute que les lignes commencent à bouger¹⁸²⁴. En conséquence, c'est bien la nature non marchande de la valeur qui pose des difficultés dans le cadre de l'arbitrage. Pour autant, la justice étatique n'appréhende pas toujours de manière plus satisfaisante les litiges en matière alimentaire.

Pour quelles raisons l'arbitre devrait-il protéger les intérêts essentiels d'un Etat et de sa population ? Sa seule obligation n'est-elle pas de respecter les termes de l'accord d'investissement qui bien souvent n'est pas ouvert aux considérations extra-économiques ? Dans le même temps, c'est « l'agrément de la communauté internationale des États¹⁸²⁵ » qui offre à l'arbitrage la plénitude de ses facultés. A notre sens, l'arbitrage d'investissement ne pourra pas exclusivement et continuellement se réaliser qu'à la lumière des droits des investisseurs. Par ailleurs, les hésitations quant à la recevabilité de normes extérieures pourraient s'estomper au fil du temps.

823. Notion d'ordre public alimentaire. Avant de se pencher sur l'ordre public alimentaire, il convient de saisir la notion la notion d'ordre public. Le Professeur Jean-Baptiste Racine a mis

¹⁸²¹ W. BEN HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI* (Clunet) n° 4, Octobre 2008, doctr. 10, § 5.

¹⁸²² Voy. A propos de la séparation sphère publique et la sphère privée. T. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Gazette du Palais*, 2003, n° 149, p.10 « l'arbitrage, justice privée, relève avant tout de la sphère privée, alors que l'environnement plus que toute matière, appartient à la sphère publique, et même à la plus publique des sphères puisqu'il s'agit de protéger le globe sur lequel nous sommes tous. On pourrait donc en déduire qu'il s'agit de deux mondes différents qui reposent sur des logiques opposées ».

¹⁸²³ T. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Gazette du Palais*, 2003, n° 149, p.10.

¹⁸²⁴ Voy. *Burlington Resources Inc. v. République d'Équateur Ecuador*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, Décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017; *Pac Rim Cayman LLC v. République du Salvador*, Affaire CIRDI n°. ARB/09/12, sentence finale, 14 oct. 2016.

¹⁸²⁵ C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse Paris 1, Dalloz, 2001, p. 64.

l'accent sur la « *myriade de normes porteuses d'ordre public*¹⁸²⁶ » qui ne devrait pas forcément refléter une anarchie et qu'il convient d'ordonner¹⁸²⁷. L'ordre public est une notion « *interprétative* »¹⁸²⁸ à « *contenu variable* »¹⁸²⁹. Il est « *évolutif*¹⁸³⁰ » et « *insaisissable*¹⁸³¹ ». Ainsi, il désigne un socle de principes fondamentaux indérogables rattachés à l'ordre juridique interne d'un État¹⁸³². En droit international privé, l'ordre public international constitue un motif « *(en matière de conflits de lois ou de conflits d'autorités et de juridictions) pour limiter l'application de la loi étrangère dans la mesure où les dispositions de celles-ci sont incompatibles avec des principes essentiels de la loi du for*¹⁸³³ ». Sur le modèle de ces définitions, l'ordre public alimentaire désigne donc un ensemble de règles alimentaires essentielles auxquelles l'on ne peut déroger. Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, l'ensemble de ces règles sont invoquées par la partie étatique en vue de garantir la sécurité alimentaire de sa population. Il s'agit bien d'un impératif.

824. Le besoin d'ordre public est naturellement revendiqué par les États. A ce titre, les négociations de l'Accord multilatéral sur l'investissement demeurent éclairantes. En effet, certains États ont considéré qu'une disposition relative à l'ordre public devait être incluse afin que ces derniers puissent mettre en œuvre des mesures exceptionnelles au nom de l'ordre public¹⁸³⁴. Cette démarche révèle le besoin des États de protection de leur liberté normative, ce besoin se cristallise par la mise en œuvre et le respect de l'ordre public par l'investisseur étranger. Au cours des négociations de l'AMI, une délégation a relevé que l'intégration d'une clause relative à l'ordre public avait pour finalité l'application de lois de façon non discriminatoire en empêchant les troubles à l'ordre public générés par certaines opérations d'investissement¹⁸³⁵. La difficulté réside dans la différence de

¹⁸²⁶ J.-B. RACINE, « Les manifestations de l'ordre public dans l'arbitrage », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 8.

¹⁸²⁷ Pour une tentative d'ordonnement des normes porteuses d'ordre public, Voy. J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 22 et ss.

¹⁸²⁸ H. ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, thèse, LGDJ, 2005, p. 2.

¹⁸²⁹ L. CHEDLY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, thèse, Centre de publication universitaire, 2002, p. 288.

¹⁸³⁰ P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1986, p. 343.

¹⁸³¹ F. MEGERLIN, *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé, Essai critique sur la méthode*, thèse Paris 2, Atelier national de reproduction des thèses, p. 7.

¹⁸³² Le Professeur Pierre Lalive a défini la notion d'ordre public comme « une partie indispensable de tous les systèmes nationaux de droit et spécialement de droit international privé. Elle vise à maintenir un équilibre entre le caractère « ouvert » des règles de conflit de lois conduisant à l'application ou à la reconnaissance de lois ou de décisions étrangères et, d'autre part, la nécessité de protéger les valeurs, morales et sociales, fondamentales du pays du for » in P. LALIVE, « L'ordre public transnational et l'arbitre international, Nouveaux instruments du droit international privé », Liber Fausto Pocar, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milan, 2009, vol. II, p. 600 ; Le Dictionnaire de droit international public définit l'ordre public comme « un ensemble de principes de l'ordre juridique interne d'un pays déterminé, jugés fondamentaux à un moment donné et auxquels il n'est pas permis de déroger », J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruylant, 2001, p. 786.

¹⁸³³ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruylant, 2001, p. 788.

¹⁸³⁴ OCDE, *L'accord multilatéral sur l'investissement, projet de texte consolidé*, Commentaire au texte de négociation de l'AMI, DAF/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998, p. 43.

¹⁸³⁵ *Ibid.*

situation des investisseurs nationaux et internationaux concernant la protection de l'ordre public de sorte qu'on ne pouvait pas espérer obtenir un traitement équivalent entre eux¹⁸³⁶. D'autres délégations ont mis en avant leur réticence, l'absence de nécessité d'établissement d'une discrimination entre les investisseurs étrangers et nationaux aux fins de préservation de l'ordre public¹⁸³⁷.

2°) Les manifestations de l'ordre public alimentaire dans le champ des investissements internationaux.

825. Ces manifestations peuvent se réaliser par plusieurs biais. La première manifestation envisageable demeure l'intégration directe d'une clause alimentaire ou d'une clause référente à l'ordre public alimentaire dans les accords d'investissement, à l'image de l'évolution de la place de l'environnement dans le droit international des investissements. Nous avons relevé que la clause environnementale ne suffit pas à la concrétisation de la sécurité alimentaire, puisqu'elle ne prend pas en compte l'ensemble des piliers nécessaires à sa mise en œuvre. Dès lors, une référence directe à l'ordre public alimentaire permettrait de considérer le niveau d'exigence attendu par l'État d'accueil de l'investissement et éviterait les hésitations des tribunaux d'arbitraux d'investissement lorsqu'il s'agit de recevoir des normes extérieures dans leur champ d'action. Cette clause pourrait prendre en compte l'ensemble des risques alimentaires susceptibles de se réaliser dans le cadre d'une opération d'investissement (critères de répartition équitable, alimentaire culturelle, accessibilité, et durabilité).

826. Par une approche spécifique à la sécurité alimentaire, ses particularismes seraient sans aucun doute mieux appréhendés. La seconde manifestation soulevée serait d'admettre le rattachement de la sécurité alimentaire aux clauses générales se référant à l'ordre public de l'État hôte en matière environnementale, de sécurité ou encore de santé. Bien souvent, la sécurité alimentaire peut se sous-entendre, mais elle reste soumise au jeu d'interprétation de la norme, et il n'est donc apporté aucune garantie *sine qua non* que la sécurité alimentaire soit visée par ces clauses. La généralisation de ces clauses contribue au rééquilibrage entre les droits des investisseurs et la liberté normative des États. Ces derniers affirmeraient expressément le cadre et leurs droits de réglementations alimentaires dans un domaine où ils apparaissent les uniques garants. Ainsi, l'intégration directe et expresse d'une référence à l'ordre public alimentaire dans les accords d'investissement offre sur un plateau l'ordre de priorité normatif auquel l'arbitre doit se fier. En l'absence de l'intégration d'une telle référence, il restera difficile, mais pas impossible à l'arbitre de se permettre, voire de s'imposer sans une

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ *Ibid.*

autorisation expresse en amont précisant la volonté des parties. Pour autant, une autre voie pourrait amener les tribunaux d'investissement à considérer la sécurité alimentaire.

B.- Ordre public transnational et investissements internationaux

827. Il conviendra d'identifier l'ordre public transnational (1°) en vue de saisir sa pertinence dans le traitement de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement (2°).

1°) L'émergence d'un ordre public transnational¹⁸³⁸

828. L'ordre public transnational constitue un ensemble de valeurs universellement admises et suppose l'existence d'un ordre juridique non étatique. Dépourvu de for, l'arbitre peut s'appuyer sur cet ordre permettant la protection de « certaines valeurs essentielles et des intérêts de la Société internationale¹⁸³⁹ ». Pour autant, l'ordre public transnational ne recueille pas toutes les faveurs, certains allant jusqu'à remettre en cause son existence¹⁸⁴⁰. L'ordre public transnational est susceptible d'être intégré à l'ordre juridique arbitral, « il est une forme propre à l'arbitre » et doit se distinguer de l'ordre public international. En regard de ces considérations, il n'est pas inenvisageable que les arbitres puissent rattacher le droit à l'eau ou le droit à l'alimentation à un ordre public transnational¹⁸⁴¹, tout en gardant à l'esprit qu'il faut contrôler « la spoliation arbitraire de

¹⁸³⁸ Sur la question, voy. p. ex. J.-M. JACQUET, « L'ordre public transnational », in É. LOQUIN et S. MANCAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 101 ; E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, 2008, spec. pp. 176-187 ; C. KESSEDJIAN, « Transnational public policy », in ICCA Congress Series n°13, *Kluwer*, 2007, p. 857 ; M. FORTEAU, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public », *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49 ; P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, pp. 327-373 ; P. LALIVE, « L'ordre public transnational et l'arbitre international, Nouveaux instruments du droit international privé », Liber Fausto Pocar, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milan, 2009, vol. II, p. 599-611 ; L. MATRAY, « Arbitrage et ordre public transnational », *The Art of Arbitration. Essaye on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer Law et Taxation Publishers, 1982, p. 241 ; Ph. KAHN, « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », in *Mélanges F. STURM*, Vol 2, Université de Liège, 1999, p. 1539 ; B. CREMADES & D.-J. A. CAIRNS, « Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud », in A. BERKELEY, K. KARSTEN (ed.), *Arbitration-Money Laundering, Corruption and Fraud*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2003, p. 65 ; Pour des thèses : J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse Nice, LGDJ, 1999. L. CHEDLY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Centre de publication universitaire, Thèse, 2002 ; Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse Paris I, Dalloz, 2001.

¹⁸³⁹ P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, p. 331. Par société internationale, l'auteur vise dans son étude expressément les commerçants et les Etats.

¹⁸⁴⁰ Voy. P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2007, XIII-1025, p. 345 : « L'existence d'un ordre public transnational qui puiserait son fondement dans l'idée de sauvegarde de principes de caractère universel n'a pas encore été démontrée ; elle a même expressément été rejetée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire Banque ottomane », cité in M. FORTEAU, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public », *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49 ; ; P. KAHN, « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *Mélanges en l'honneur de F. Sturm*, Vol. 2, Université de Liège, 1999, p. 1539.

¹⁸⁴¹ J.-B. RACINE, « L'ordre public alimentaire », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 132.

l'investisseur¹⁸⁴² ». Il est clair que le rattachement des droits à l'eau et à l'alimentation à l'ordre public transnational constitue une voie en vue de pallier l'insuffisance de justiciabilité de ces droits dans le champ des investissements internationaux. Ainsi, comme l'a dit le Professeur Jean-Baptiste Racine, « chaque fois que l'occasion se présente, l'arbitre international, parce qu'il est un juge international, doit se saisir de la notion d'ordre public transnational¹⁸⁴³ ».

829. Partant, l'usage de l'ordre public international et de l'ordre public transnational s'avère particulièrement utile à l'arbitre¹⁸⁴⁴. Par ailleurs, les attentes issues de l'accord d'investissement supposent à notre sens des attentes raisonnables de la part des parties. Dès lors, l'investisseur imposant le respect de ses droits au détriment de la sécurité alimentaire de la population locale du pays s'inscrit-t-il encore dans une attente raisonnable ? Le curseur doit être déterminé en amont en offrant aux acteurs une prévisibilité. Il ne faudrait pas non plus que sous le couvert des droits de l'Homme, l'une des parties instrumentalise la sécurité alimentaire. C'est donc une nouvelle fois un équilibre qu'il convient de viser et qui pourrait être tranché par l'arbitre sur le fondement de l'ordre public transnational. Une dernière question se pose. Comment identifier le contenu normatif relevant de l'ordre public transnational ? L'International Law Association a apporté une réponse et recommande ce qui suit :

[I]n order to determine whether a principle forming part of its legal system must be considered sufficiently fundamental to justify a refusal to recognise or enforce an award, a court should take into account, on the one hand, the international nature of the case and its connection with the legal system of the forum, and, on the other hand, the existence or otherwise of a consensus within the international community as regards the principle under consideration (international conventions may evidence the existence of such a consensus). When said consensus exists, the term "transnational public policy" may be used to describe such norms¹⁸⁴⁵.

La jurisprudence arbitrale du CIRDI constitue un miroir de l'interprétation de ce consensus. Dans l'affaire *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, le tribunal arbitral d'investissement a estimé que :

The Tribunal finds that the investment in this case violates not only Bulgarian law, as noted above, but also "applicable rules and principles of international law", in conformity with Article 26(6) of the ECT which states that "[a] tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law"¹⁸⁴⁶.

Dans le même sens, dans l'affaire *Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador*, les arbitres ont considéré que :

¹⁸⁴² *Ibid.*

¹⁸⁴³ J.-B. RACINE, « Les manifestations de l'ordre public dans l'arbitrage », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Dijon, p. 26.

¹⁸⁴⁴ P. LALIVE, op. cit., p. 357.

¹⁸⁴⁵ International Law Association, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, Recommendation 2(b), 2002.

¹⁸⁴⁶ CIRDI, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, aff. n°. ARB/03/24, sentence finale, 27 août 2008, § 140.

« International public policy consists of a series of fundamental principles that constitute the very essence of the State, and its essential function is to preserve the values of the international legal system against actions contrary to it¹⁸⁴⁷ ».

En conséquence, il existe bien un socle commun de valeurs et de principes qui parvient à réunir et qui relèvent de « l'acceptation générale et du consensus¹⁸⁴⁸ ». Rien n'empêche que la sécurité alimentaire soit revendiquée et garantie en vertu de cet ordre.

2°) Le traitement de la sécurité alimentaire sur le fondement de l'ordre public transnational dans les investissements internationaux

830. A la lumière d'un droit commun de l'arbitrage « un certain nombre de principes essentiels du droit international de l'arbitrage ont acquis déjà la nature, ou la « dignité », de principes généraux du droit du commerce international¹⁸⁴⁹ ». Cette idée de consensus est cristallisée dans la jurisprudence arbitrale CIRDI dans les hypothèses relevant de pratiques de corruption¹⁸⁵⁰. Mais d'autres principes sont susceptibles d'être rattachés à l'ordre public transnational. Il en va des droits de l'Homme (et donc du droit à l'eau et à l'alimentation) qui se caractérisent par leur universalité ou encore du droit de la concurrence qui pourrait générer des principes de cet ordre¹⁸⁵¹. Nous choisissons d'illustrer le propos en référence à la corruption¹⁸⁵². Cette dernière constitue certainement un exemple emblématique à qui souhaite démontrer l'existence d'un ordre public transnational. Le mécanisme employé par les tribunaux arbitraux d'investissements lorsqu'ils agissent en garant de l'ordre public face à la corruption reste particulière efficace. L'admission générale par la Société internationale de combattre la corruption apparaît transposable à l'insécurité alimentaire. A l'image du paradoxe de la corruption dans le commerce international dénoncée par le Professeur Bruno Oppetit, l'insécurité alimentaire demeure « tout à la fois unanimement réprouvé et universellement répandu¹⁸⁵³ ». Ainsi, dans l'affaire *World Duty Free c. Kenya*, le tribunal a estimé que :

« In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to

¹⁸⁴⁷ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador*, aff. n°ARB/03/26, sentence du 2 août 2006, § 245.

¹⁸⁴⁸ P. LALIVE, *op. cit.*, p. 342.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*

¹⁸⁵⁰ Sur la question de la corruption, voy. p. ex: B. OPPETIT, « Le paradoxe à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI* 1987, vol 1, pp. 5-21 ; A. BERKELEY, K. KARSTEN (ed.), *Arbitration-Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC Publishing, 2003 ; M. PIETH, « Innovative mechanisms for enforcing international obligations: the OECD's anti-corruption work », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI, Pedone, 2017, pp. 249-259.

¹⁸⁵¹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, 2016, P.U.F, pp. 510-511.

¹⁸⁵² Sur les affaires relevant de pratiques de corruption dans droit international des investissements. Vos. p.ex : UNCITRAL, *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 déc. 2014 ; CIRDI, *World Duty Free c. Kenya*, affaire n°ARB/00/7, sentence finale, 4 oct. 2006

¹⁸⁵³ B. OPPETIT, « Le paradoxe à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI* 1987, vol 1, p. 5.

international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy¹⁸⁵⁴ »

831. Tout d'abord, les arbitres ont relevé que dans la plupart des pays, si ce n'est tous, la corruption était sanctionnée¹⁸⁵⁵. Dès lors, l'idée de consensus est soulignée. Quelques lignes avant, le tribunal arbitral précisait que le terme de « international public policy » devait s'entendre comme « an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora¹⁸⁵⁶ ». Ensuite, il est constaté des références à des normes extérieures relatives à la corruption. A ce titre, il est cité de nombreuses conventions internationales visant à lutter contre la corruption renforçant l'idée d'acceptabilité générale autour d'un principe transnational¹⁸⁵⁷. En conséquence l'arbitre n'hésite pas à utiliser et se servir de l'ordre public transnational lorsqu'il s'agit de cantonner des pratiques de corruption.

A cette référence directe à la disposition des arbitres à l'ordre public transnational, une autre méthode demeure envisageable. Ainsi, la méthode comparative permet aux arbitres de se saisir des principes communs aux ordres juridiques interétatiques et de construire un ordre public transnational « au cas par cas en fonction des besoins »¹⁸⁵⁸. Cette méthode permet à l'arbitre d'agir moins en « législateur universel¹⁸⁵⁹ » que par de façon graduelle et en référence constante aux ordres juridiques étatiques.

832. Sur la base de ces deux voies, la méthode comparative ou la référence directe, le droit à l'alimentation remplit les caractéristiques de rattachement à l'ordre public transnational. En effet, il demeure reconnu dans les ordres juridiques étatiques ainsi que dans une multiplicité de conventions internationales. Partant, un consensus sur la lutte de l'insécurité alimentaire et la nécessité de la combattre est aisément observable et la violation de ces droits humains, bien que fréquente, n'en reste pas moins réprochée par la Société Internationale. L'essor du développement durable et l'intégration dans les nouveaux accords d'investissements de clauses relatives à l'environnement, la sécurité ou encore la santé témoignent expressément d'une volonté de protéger ces droits et ces intérêts étatiques essentiels. Et puis, qu'est-ce qu'il y aurait de plus important que l'alimentation à protéger sur le fondement de l'ordre public transnational ? Dès lors, ce qui se fait en matière de corruption pourrait se concrétiser en matière alimentaire.

¹⁸⁵⁴ CIRDI, *World Duty Free c. Kenya*, affaire n°ARB/00/7, sentence finale, 4 oct.2006, § 157.

¹⁸⁵⁵ *World Duty Free c. Kenya*, § 142.

¹⁸⁵⁶ *World Duty Free c. Kenya*, § 139.

¹⁸⁵⁷ *World Duty Free c. Kenya*, § 143 et ss. Voy. p. ex : United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions, December 16, 1996, 36 Int'l Legal Materials 1043, 1997 ; United Nations Convention against Corruption, October 31, 2003, 43 Int'l Legal Materials 37, 2004 ;

¹⁸⁵⁸ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, 2016, Puf, p. 511.

¹⁸⁵⁹ *Ibid* ; Voy. aussi. E. GAILLARD, « Transnational Law : a legal system or a méthode of decision-making ? » in *The Practise of Transnational Law*, K.P. Berger (ed), *Kluwer*, 2001, p. 53.

Si des mécanismes normatifs demeurent à disposition des arbitres en vue d'une meilleure articulation de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux, la question se pose quant aux pouvoirs et aux fonctions de l'arbitre. En effet, selon la conception que détient l'arbitre du droit et de son rôle, il sera plus ou moins enclin à prendre en compte des considérations relevant de l'intérêt public.

§2.- Le contrôle de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement

833. Il convient de se pencher sur les pouvoirs et les fonctions de l'arbitre afin de saisir si ce dernier, d'une part détient la faculté d'intervenir en faveur de la sécurité alimentaire (A), et d'autre part, de déterminer si un contrôle de la sécurité alimentaire par ces derniers est susceptible de se concrétiser (B) faisant peser sur le tribunal arbitral d'investissement non plus une possibilité d'action, mais bien une responsabilité alimentaire.

A.- Pouvoirs et fonctions de l'arbitre

834. L'arbitre est détenteur d'un éventail de pouvoir et ne demeure pas investi par un ordre juridique étatique. La spécificité de ses pouvoirs relève de « la nature privée de la fonction¹⁸⁶⁰ ». Il dispose du pouvoir de statuer sur sa propre compétence¹⁸⁶¹, d'une autonomie et d'une profonde liberté dans la détermination des règles applicables¹⁸⁶². Mais ces pouvoirs sont encadrés, l'indépendance, l'impartialité, la bonne foi, la célérité et surtout la volonté des parties limitent ses pouvoirs. Dès lors, il apparaît nécessaire d'analyser la compétence du tribunal arbitral pour juger des litiges sur la sécurité alimentaire (1°) ce qui conduira à s'interroger sur la fonction active ou passive de l'arbitre (2°).

1°) Compétence du tribunal arbitral pour juger des litiges relevant de la sécurité alimentaire

835. La compétence de l'arbitre semble avoir été étendue à des domaines qui lui échappaient jusqu'alors¹⁸⁶³. Un litige relevant de la sécurité alimentaire des populations est-il susceptible de

¹⁸⁶⁰ É. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*. 1983, p. 297.

¹⁸⁶¹ Voy. pour une étude approfondie. M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse, Nice, 2011.

¹⁸⁶² Voy. not. P. MAYER, « la liberté de l'arbitre », *Rev. arb.* 2003, n°89 ; P. MAYER, « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, 2001, p. 225.

¹⁸⁶³ Sur la question. Voy. L. RAVILLON, « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 57.

conduire à l'incompétence d'un tribunal arbitral ? C'est la question de la non-arbitrabilité du litige. En France, la jurisprudence s'est prononcée sur le caractère arbitrable des normes relatives à l'ordre public. C'est ainsi qu'elle a déclaré à propos du droit de l'environnement que « l'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux¹⁸⁶⁴ ». Si les arbitres ne sont pas « les destinataires des conventions internationales¹⁸⁶⁵ » ayant vocation à assurer la protection de la sécurité alimentaire, ils se retrouvent dans certaines hypothèses face à un affrontement de la norme alimentaire et de la norme de protection des investissements. La difficulté reste qu'ils sont « liés plus qu'un juge par la volonté des parties¹⁸⁶⁶ ». Le processus d'intégration de la norme alimentaire dans la sphère de l'arbitrage d'investissement ne dépend pas des volontés des tribunaux d'investissement. Dans le même temps, les arbitres ont l'obligation de respecter et de veiller sur l'ordre public, ainsi « l'extension irrésistible de l'arbitrabilité des litiges fait de l'arbitre le juge de l'ordre public¹⁸⁶⁷ ».

836. Arbitrabilité et investissements internationaux. En principe, la mission de l'arbitre est encadrée et limitée par l'accord d'investissement ou encore le Règlement d'arbitrage. La Convention CIRDI traite des pouvoirs du tribunal arbitral. L'article 41 prévoit que le Tribunal est juge de sa compétence tandis que l'article 42 dispose que :

- (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend —y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière.
- (2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.
- (3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Dès lors, sa mission n'apparaît pas pouvoir outrepasser le cadre fixé par le droit international des investissements. Cela explique la faible réception de la norme alimentaire dans ce champ, et plus généralement des droits de l'Homme. Les assouplissements à la réception de la protection des droits de l'Homme sont pratiqués, mais limités. C'est le cas de certains accords d'investissement faisant la promotion du développement durable ou encore de l'environnement. Soit la sécurité alimentaire s'engouffre par la voie de la durabilité dans la sphère des investissements internationaux soit à terme, il conviendra d'ajouter des références à la norme alimentaire. Toutefois, les tribunaux arbitraux

¹⁸⁶⁴ Paris, 19 mai 1993, Labinal : Rev. arb. 1993, p. 645, note Charles Jarosson.

¹⁸⁶⁵ Ce qui avait été précisé à propos du droit de l'environnement. Voy. E. LOQUIN, « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in Pour un droit économique de l'environnement, in Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Éd Frison-Roche, Paris, 2013, p. 300.

¹⁸⁶⁶ E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 300.

¹⁸⁶⁷ E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), Propos introductif, *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 2. Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Dijon.

d'investissement ne restent pas fermés à la prise en compte de « normes extérieures¹⁸⁶⁸ ». Dans la sentence *Phoenix Action Ltd c. The Czech Republic*, le tribunal arbitral a ouvert une voie à la prise en compte des droits de l'Homme en estimant que :

« that the ICSID Convention's jurisdictional requirements – as well as those of the BIT – cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles. To take an extreme example, nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs¹⁸⁶⁹ »

Dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, la référence aux droits de l'Homme est expresse, le tribunal a considéré que :

(...) The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT's special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights¹⁸⁷⁰.

S'il apparaît clair que la mission de l'arbitre répond avant tout aux règles du droit international des investissements, les tribunaux arbitraux ont démontré leur aptitude à se saisir de normes n'ayant pas de vocation économique, présentant une extériorité à leur champ de compétence. Pour autant, l'extension de compétence arbitrale ne semble pas un phénomène voulu par l'arbitre. Il n'y a aucun consensus, bien au contraire. Dans le même temps, on ne peut laisser dire que cette extension ne relèverait exclusivement que d'un phénomène imprévisible dans l'arbitrage d'investissement. En effet, la configuration de l'arbitrage État/personne privée dans des domaines qui relèvent du service public tel que la concession et la gestion de l'eau des villes ne laissait-elle pas présager tôt ou tard une confrontation intérêt public/intérêt privé ? Les arbitres, à la différence du juge étatique sont associés à la volonté des parties et la loi des parties n'inclut pas nécessairement la garantie des normes alimentaires. De fait, l'invitation de l'intérêt public dans la sphère privée ne pousse-t-elle pas à repenser la configuration classique de l'arbitrage et les pouvoirs traditionnels de l'arbitre, juge privé ? En tout état de cause, il nous semble que l'arbitrage ne peut pas demeurer une justice étanche aux considérations alimentaires, d'autant plus lorsqu'elles parviennent jusqu'à lui.

¹⁸⁶⁸ J. CAZALA, « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », *Cahiers de l'arbitrage*, 01 octobre 2012 n° 4, p. 893 § 7.

¹⁸⁶⁹ CIRDI, *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, affaire n°ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 78.

¹⁸⁷⁰ CIRDI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergo c. République d'Argentine*, affaire n°. ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1200.

2°) Fonctions de l'arbitre: passive ou active ?

837. L'arbitre, « juge privé, choisi par les parties et nommé temporairement¹⁸⁷¹ » se distingue du « juge public, imposé aux parties, et exerçant en principe son activité en permanence¹⁸⁷² ». Ainsi, le juge étatique rend la justice au nom du peuple¹⁸⁷³ contrairement au juge privé qui serait tenu principalement par la volonté des parties. Or, l'arrivée de l'intérêt public dans le champ arbitral invite à s'interroger sur les fonctions de l'arbitre. Le rôle du juge privé et public n'est-il pas traditionnellement « de découvrir la vérité¹⁸⁷⁴ » ? L'évolution du droit international des investissements¹⁸⁷⁵ pousse l'arbitre à considérer des valeurs et des normes dépassant le champ traditionnel des investissements internationaux. Dès lors, est-il acceptable de laisser entre les mains de l'arbitre la sécurité alimentaire des populations si ce dernier refuse de considérer l'intérêt public alimentaire, ignore la norme alimentaire, et ne juge qu'en vertu des normes de protection de l'investissement ?

Le Professeur Ferhat Horchani a dit que la fonction d'un arbitre avant tout est d'apporter une réponse sur le fondement du droit choisi par les parties dans litige : « La fonction d'un arbitre, ses soucis, sa raison d'être n'est pas de défendre tel intérêt, mais de régler un litige et de dire le droit dans un cadre que les parties elles-mêmes lui ont circonscrit¹⁸⁷⁶ ». Dans ce sens, l'arbitre détient une fonction passive. Il est vrai que l'arbitrage trouve sa source dans la volonté des parties. En matière d'investissement, le consentement étatique réside dans l'accord d'investissement. Mais le pouvoir de l'arbitre ne dépend pas que des États, il faut aussi le consentement de l'investisseur, le pouvoir de l'arbitre se fonde donc sur « un hybride consensuel très particulier plutôt que sur un accord entre les deux États parties au traité¹⁸⁷⁷ ».

838. Dès lors, l'arbitre est-il susceptible de constituer un garant de la sécurité alimentaire ? Dispose-t-il des armes et de la légitimité pour porter cette mission ? Il a été soulevé que par le passé les arbitres avaient déjà joué « une fonction régulatrice importante tant dans leur effort de définition

¹⁸⁷¹ T. CLAY, *L'arbitre*, Thèse, Paris II, Dalloz, 2001, p. 71.

¹⁸⁷² *Ibid.*

¹⁸⁷³ *Ibid.*, p. 72.

¹⁸⁷⁴ A. DE NANTEUIL (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale, Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Avant-propos, Pedone, 2015, p. 5.

¹⁸⁷⁵ Voy. O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements, contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du Cirdi*, Thèse, Paris, 2012.

¹⁸⁷⁶ F. HORCHANI, (dir.) « Rapport introductif », *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2007, p. 9

¹⁸⁷⁷ D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur les traités d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, Lexis Nexis, 2013 p. 6.

que parfois dans la protection des intérêts de l'État¹⁸⁷⁸ », il est susceptible de détenir une fonction active. Le déclenchement de cette fonction active par l'arbitre dépendra de sa conception du droit. En effet, la conception du droit international des investissements justifie le pouvoir d'édification normatif de l'arbitre¹⁸⁷⁹. L'épreuve à laquelle est confronté ce domaine actuellement reste la réception et le degré de considération de normes extérieures au champ des investissements internationaux. Cette situation pourrait être débloquée par les arbitres qui demeurent certainement les mieux placés en vue de déterminer le niveau d'acceptabilité de la norme extérieure dans la sphère du droit international des investissements. Encore faut-il admettre que ce dernier ne soit pas cloisonné seulement dans les règles instituées par les accords d'investissement et qu'il demeure opportun de prendre en compte les considérations alimentaires.

839. Ainsi, plus l'arbitre a une conception active de sa fonction, plus ce dernier sera tenté de puiser dans les normes extérieures ou dans l'ordre public transnational dont il demeure le juge. A l'inverse, si l'arbitre entend enfermer sa fonction dans la passivité, alors il apparaîtra peu enclin à sortir des sentiers battus et justifiera sa sentence sur la seule base des règles exclusives et protectrices des investissements internationaux. Le paradoxe reste que la sortie d'une conception subjective et incertaine de l'arbitre quant à sa fonction pourrait se réaliser sur le fondement d'un ordre public transnational abouti, mais dont l'unanimité, en tout état de cause, devra être requise si l'on entend éviter la démultiplication des contradictions.

Le postulat classique est le suivant : l'arbitre dispose d'une grande marge de manœuvre et de pouvoirs étendus, mais ceux-ci ne peuvent outrepasser les volontés de l'investisseur ou des États. Dans l'arbitrage d'investissement, seul les États peuvent étendre ou restreindre ceux-ci¹⁸⁸⁰. Or, la difficulté réside dans les contradictions imprévues échappant à la volonté des signataires de l'accord d'investissement qui restent brumeuses durant le déroulement de l'investissement. Ainsi, il apparaît évident que l'État entend rester garant de la sécurité alimentaire de sa population sur le fondement de

¹⁸⁷⁸ F. HORCHANI, (dir.), *op. cit.*

¹⁸⁷⁹ Sur la conception des besoins du commerce international justifiant le pouvoir d'édification normatif de l'arbitre, le Professeur Jean-Baptiste Racine a mis en lumière une méthode d'application relatives aux normes porteuses d'ordre public. Il explique sous certaines réserves, que l'arbitre devrait être autorisé à évincer un ordre public interne d'une loi qui a été choisie par les parties. Dans ce sens, l'ordre public interne est susceptible d'être évincé s'il ne répond pas ou est contraire aux besoins du commerce international. En contrepartie, si l'arbitre juge légitime la norme d'ordre public, il pourra l'imposer dans la sphère internationale si elle est communément acceptée par tous. La méthode est utile car elle permet de contrer l'idée selon laquelle l'écartement d'une norme d'ordre public interne serait l'apanache de la volonté privée, c'est dire si la conception des besoins du commerce international justifie le pouvoir d'édification normatif de l'arbitre. C'est état de fait est similaire dans le cadre des investissements internationaux. Bien entendu, l'auteur rappelle le risque pour le tribunal arbitral de voir fleurir des critiques sur les dérives ou le dépassement de sa mission. Voy. J.-B. RACINE, « Les manifestations de l'ordre public dans l'arbitrage », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014. Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Dijon, pp. 23-24.

¹⁸⁸⁰ Par analogie, a propos des limites de l'arbitre fixé par les parties dans l'arbitrage. Voy. É. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, *JDI* 1983, p. 345.

son droit interne et/ou du droit international. En parallèle, l'investisseur, attend que la mise en oeuvre des normes de protection des investissements prévue le couvre contre toutes mesures ou manœuvres étatiques susceptibles de porter atteinte à son investissement.

840. Après avoir observé que les tribunaux arbitraux d'investissement disposent de mécanismes à leurs dispositions en vue de contribuer à la garantie de la sécurité alimentaire dans le champ des investissements, il a également été observé que la potentialité que l'arbitre use de ses pouvoirs et de d'une fonction active dépend de la conception que ce dernier se fait du rôle de l'arbitre. Dès lors, il convient de s'intéresser à la légitimité de l'arbitre en qualité de garant de la sécurité alimentaire.

B.- La légitimité de l'arbitre en qualité de garant de la sécurité alimentaire

841. Si le contrôle de la sécurité alimentaire demeure discutable (1°), il apparaît une voie souhaitable dans le droit international des investissements (2°).

1°) Le contrôle discutable de la sécurité alimentaire par l'arbitre

842. Les réticences. Comment faire en sorte que l'arbitre ne soit pas réticent à l'application de la norme alimentaire ou même à son intervention dans la mise en œuvre d'un ordre de priorité normative entre la norme alimentaire et les investissements internationaux¹⁸⁸¹. L'hostilité de l'arbitre à s'entrevoir comme un potentiel garant de la sécurité alimentaire reste relié au fait que l'arbitre est juge des parties. Mais dans le même temps, cette hostilité n'apparaît pas atteindre tous les tribunaux arbitraux d'investissement, en effet l'acceptabilité demeure variable.

843. L'acceptabilité variable. Si l'arbitre est susceptible de prendre en compte la sécurité alimentaire, il reste le juge de l'investissement. Et dans le même temps, il n'est pas « que cela non plus »¹⁸⁸². L'adaptation de sa mission à l'évolution de la sphère arbitrale se révèle nécessaire. Il n'est pas inenvisageable de songer que l'arbitre soit doté d'un « *référentiel de normes de principes insusceptibles de dérogation qui pourraient ainsi guider sa conduite* »¹⁸⁸³. Pour autant, la main de l'arbitre sur le prononcé des contradictions de la norme alimentaire et de la norme de protection de l'investissement relève encore une fois de sa conception du droit. Dès lors, à notre sens, la prise en

¹⁸⁸¹ Voy. J.-E. VINUALES, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements » in S.F.D.I., *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 407 et p. 425.

¹⁸⁸² L'expression est du Professeur Jean-Baptiste Racine à propos de l'arbitre, « juge du contrat ». J.-B. RACINE, « Les manifestations de l'ordre public dans l'arbitrage », op. cit., p. 31.

¹⁸⁸³ *Ibid.*, p. 31.

compte arbitrale de la sécurité alimentaire suppose l'adhésion à l'ordre public transnational. Cet outil substantiel en vue d'une garantie arbitrale de la sécurité alimentaire dépend de l'acceptation d'une vision pluraliste du droit¹⁸⁸⁴ qui admet l'émanation du droit par d'autres voies que l'État, à distinguer d'une vision moniste refusant l'idée d'une distinction entre le droit et l'État¹⁸⁸⁵. De même, l'acceptabilité ou le rejet d'une considération de la sécurité alimentaire résulte de la dimension arbitrale extensive ou restrictive de l'arbitre. Elle reste attachée à la vision du rôle de l'arbitre et à l'admission ou l'exclusion de sa fonction « régulatrice »¹⁸⁸⁶.

2°) Le contrôle justifié de la sécurité alimentaire par l'arbitre

844. Si l'arbitre ne réussit pas l'épreuve ou refuse de passer l'épreuve de la régulation dans l'arbitrage d'investissement, des risques de repli étatique pourraient se généraliser, dotés d'un renforcement des hostilités à l'encontre du mécanisme arbitral, notamment relié à sa crédibilité et à sa capacité à trancher un litige en dehors d'un système cloisonné à la protection exclusive des investisseurs. La protection substantielle de l'investissement international demeure légitime. En revanche, il ne faudrait pas que les droits exclusifs des investisseurs règnent jusqu'à en faire oublier l'intérêt public alimentaire.

845. La légitimité du contrôle. Le Professeur Charles Jarrosson a écrit que : « la légitimité de l'arbitre CIRDI tient - selon les modalités qui ont présidé à sa désignation - à la confiance que les parties ou que les organes compétents du Centre lui ont faite et, de manière médiate, à la légitimité de l'institution elle-même, fruit d'un accord entre des États en nombre important¹⁸⁸⁷ ». L'arbitre représente « le pôle de stabilité de l'arbitrage¹⁸⁸⁸ ». S'il « doit d'abord tirer avantage de sa position délocalisée. Il n'est l'agent d'aucun État particulier et ne doit donc pas se rattacher exclusivement à un ordre juridique national¹⁸⁸⁹ ». Mais dans le même temps, il ne doit sa survie qu'à l'adhésion de la communauté internationale des États. Dès lors, « la délégation de la fonction de justice du commerce

¹⁸⁸⁴ Le père de la notion de pluralisme juridique. Voy. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2^e ed., 2002 en opposition à la vision moniste développée par H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ Bruylant impr. 1999.

¹⁸⁸⁵ E. GAILLARD, « Aspect philosophiques du droit de l'arbitrage international », spec. « Les représentations de l'arbitrage international (329) », *RCADI*, 2008. L'auteur distingue l'arbitrage international réduit à une composante d'un ordre juridique étatique donné, (p. 73 et s), l'arbitrage international fondé sur une pluralité d'ordres juridiques étatiques (p. 81. et s.), et enfin l'ordre juridique arbitral (p. 81 et s.) ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, P.U.F, 2016, pp. 513-514.

¹⁸⁸⁶ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 513.

¹⁸⁸⁷ C. JARROSSON, « Des arbitres sans contrôle ? », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, Aspects récents*, L.G.D.J, 2010, p. 263.

¹⁸⁸⁸ T. CLAY, *L'arbitre*, Thèse, Paris II, Dalloz, 2001 p. 808.

¹⁸⁸⁹ Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse, Dalloz, 2001, p. 283.

international, accordé par la communauté des États¹⁸⁹⁰ » oblige les tribunaux arbitraux à considérer les intérêts essentiels des États et a fortiori la sécurité alimentaire.

846. De la légitimité au devoir ? En raison de la généralisation des affaires relevant de l'intérêt public dans l'arbitrage États-investisseurs, la question d'un devoir et non plus d'une seule faculté se pose à l'arbitre quant à son attitude et sa fonction de régulation potentielle. Pour certains, l'arbitre a le devoir de garantir l'ordre public transnational et donc à notre sens la sécurité alimentaire :

« L'Arbitre international n'a pas seulement la faculté - certes à employer avec prudence et retenue, mais aussi avec fermeté - il a le devoir de faire prévaloir l'ordre public transnational, c'est-à-dire des valeurs fondamentales, morales et sociales, de solidarité et de justice. L'exemple de la corruption d'agents étatiques - mais il en est bien d'autres - montre assez que ce pouvoir de l'Arbitre international est en même temps un devoir, une responsabilité, un privilège et un honneur, celui de contribuer à défendre, maintenir et promouvoir un ordre acceptable de la « Société internationale¹⁸⁹¹ ».

Ainsi, l'arbitre « n'est pas seulement un juge éphémère, c'est un juge qui s'insère dans un système. Dans ce sens, l'arbitre est alors un régulateur¹⁸⁹² ». Mais la question de sa fonction régulatrice demeure controversée, puisque rien ne laisse présager que la majorité des arbitres accepte cette mission.

847. Les risques d'admission ou d'exclusion de la mission régulatrice. Ils sont doubles. D'une part, l'arbitre en acceptant sa mission régulatrice prend le risque d'un fleurissement de critiques à son encontre et d'une méfiance continuelle quant au dépassement de ses pouvoirs. D'autre part, chaque fois que l'arbitre refuse sa mission régulatrice, il risque aussi d'engendrer un repli des États. Ces derniers, sentant une menace pour leur pouvoir de réglementation pourraient se désintéresser peu à peu du système d'arbitrage État-investisseur. L'exemple emblématique demeure l'application du CETA. Si pour l'instant, le mécanisme de règlement relatif à l'investissement est écarté dans l'application provisoire, il ne fait nul doute que la mise en place d'un tribunal permanent d'arbitrage conduira à une nouvelle architecture des investissements internationaux et à une affirmation du droit de réglementer des États. L'arbitre apparaît pris en tenaille, à moins d'admettre son pouvoir régulateur, qu'il est susceptible d'édifier sur le fondement d'un ordre public transnational. C'est une voie adéquate aux enjeux de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux qu'il convient certainement d'appréhender dans une dimension globale. Toutefois, il faut sûrement garder

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ P. LALIVE, « L'ordre public transnational et l'arbitre international, Nouveaux instruments du droit international privé », Liber Fausto Pocar, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milan, 2009, vol. II, pp. 610-611.

¹⁸⁹² L. DOSSIOS et J.-B. RACINE, « l'arbitre, juge des parties et/ou régulateur ? » *RIDE* 2019, pp. 105 à 122.

à l'esprit que l'hostilité à l'égard de l'arbitrage État-investisseur ne s'estompera pas tant que des garanties quant au respect de l'intérêt public ne seront pas expressément apportées. En témoigne la position du Brésil, qui refuse l'adhésion au mécanisme CIRDI sans que l'investissement étranger ne souffre d'une neutralisation sur son territoire. Dans le même élan, la vague de dénonciation de la Convention CIRDI révèle les insatisfactions de certains États à son égard et ne peut être ignorée¹⁸⁹³.

848. Arbitres et évolution du droit des investissements à la lumière du CETA. L'ouverture des négociations en mars 2018 par la Commission européenne portant sur une convention instituant un tribunal multilatéral permanent chargé du règlement des différends en matière d'investissement vise à créer un nouveau cadre dans le droit des investissements de l'Union européenne¹⁸⁹⁴. Les négociations du TTIP et du CETA ont fait rejaillir les inquiétudes attachées à l'arbitrage d'investissement États-investisseurs et les contradictions normatives entre les TBI et le droit de l'Union européenne. L'un des objectifs affichés est d'instaurer une juridiction multilatérale réglant les différends sur le fondement des futurs et actuels accords d'investissement et de balayer l'arbitrage privé État-investisseur.

Cette dynamique en faveur de la réédification normative des investissements internationaux a aussi eu lieu en raison d'une volonté de protéger la liberté normative des États malmenés par les droits des investisseurs et de réaffirmer la volonté de considérer les valeurs non marchandes. Les critiques à l'égard de l'arbitrage États-investisseurs sont principalement les suivantes : l'absence de permanence des tribunaux arbitraux, le risque de partialité et de conflits d'intérêts, les contradictions dans l'interprétation des normes, l'imprévisibilité, l'insuffisance de transparence ou encore des sentences qui seraient systématiquement rendues en faveur des investisseurs. Si certaines critiques lèvent le voile sur les dysfonctionnements de l'arbitrage d'investissement actuel, d'autres apparaissent en revanche peu fondées. Par ailleurs, un changement de décor et de juges n'apparaît certainement pas

¹⁸⁹³ Voy. ex. E. GAILLARD, «The Denunciation of the Washington of the ICSID Convention », *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, 2007, p. 5 2007; ; C. SCHREUER, « Denunciation if the ICSID Convention and Consent to arbitration », in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, Part IV chapter 15, pp. 353-368 ; J. FOURET, « Denunciation of the Washington Convention and non-contractual investment arbitration : manufacturing consent to ICSID Arbitration ? », *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, 2008, vol 25, pp. 71-87 ; F. MANTILLA-SERANO, «The effet of Bolivia's Withdrawal from the Washington Convention : is a BIT-Based ICSID Jurisdiction Forclosed », *Mealy's Int. Arbitration Rep.* 2007, p. 15 ; S. MANCIAUX, « La Bolivie de retire du CIRDI », *Rev. arb.* 2007, p. 351 ; J. CAZALA, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, 2012, pp. 551-565 ; W. BEN HAMIDA, « La dénonciation de la convention CIRDI », in F. HORCHANI (dir.), *CIRDI, 45 après, Bilan d'un système*, Actes du colloque de Tunis 11, 12 et 13 mars 2010, Pedone, 2011, p. 109.

¹⁸⁹⁴ Voy. p.ex sur les difficultés d'articulation entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements. S. MÉNÉTREY, « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 613-638 ; A. DE NANTEUIL, « L'articulation entre l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit international de l'investissement », *Cah. arb.* 2013/4, pp. 1006-1010 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, Pedone, 2017, p. 459-477.

la solution aux maux de l'arbitrage d'investissement. C'est bien le droit qu'il convient de repenser en amont en vue éviter les contradictions normatives entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux ainsi que celles existantes entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements. Si les évolutions normatives à l'échelle de l'Union européenne apparaissent encourageantes en vue d'une meilleure prise en compte de l'intérêt public, il n'en reste pas moins que la continuité d'une insuffisance d'appréhension du risque alimentaire dans les prochains accords d'investissements ne permettra pas de résoudre les conflits de la norme alimentaire et de la norme de protection des investissements. Par ailleurs, l'arbitre, juge transnational, détient sans doute la meilleure place en vue de saisir les différends relatifs au droit transnational, et il ne fait nul doute que la sécurité alimentaire comme les investissements internationaux demeurent des parties intégrantes de cette sphère transnationale.

Conclusion du Chapitre 2

849. En regard de tous ces développements, il ressort qu'un équilibre entre le droit de réglementation alimentaire des États et les droits des investisseurs est recherché, parfois sans succès, d'autre fois en révélant la potentialité de changer les affres du « paradigme de la pleine protection des investisseurs¹⁸⁹⁵ ». Le CETA révèle cette volonté. Par l'affirmation du droit de réglementer des États, la Commission européenne envoie un message aux investisseurs qui se verront dans le cadre de ce mécanisme assujettis à des conditions parfois plus strictes, notamment en matière d'expropriation indirecte. Toutefois, malgré des évolutions en faveur de l'intérêt public, les investisseurs ne répondent pas à une responsabilité alimentaire unifiée expresse et directe à l'égard des États et des victimes d'insécurité alimentaire en raison des opérations d'investissement. Cette responsabilité reste encore difficilement identifiable. Pour autant, la responsabilisation des investisseurs apparaît en bonne marche, particulièrement sous l'impulsion du développement durable, de la soft law comme de la hard law.

850. Les obligations de diligence due, de conformité, ou encore de respect des normes minimales de protection démontrent une dynamique et des tentatives en vue de renforcer la responsabilité des investisseurs qui pour l'instant ne demeure qu'à un stade embryonnaire. De plus la généralisation de clauses sur la santé, l'environnement et la sécurité permet d'assurer un renforcement de valeurs non marchandes dans la sphère des investissements internationaux. En revanche, notons

¹⁸⁹⁵ M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI, Pedone, 2017, p. 295.

que si la sécurité alimentaire est implicitement visée dans ces clauses, l'entrevoir à travers des normes qui n'appréhendent pas l'éventail du risque alimentaire constitue une solution insuffisante. Dans le même temps, les opérateurs publics instaurent un climat nouveau en proposant d'agir autour de questions longtemps inconsiderées. En témoigne la prise de position de la CPI au sujet de l'exploitation illicite de ressources naturelles, la criminalité financière, l'appropriation illicite de terres ou encore la destruction de l'environnement. Ainsi, le tableau apparaît peu encourageant, mais des avancées restent observables. C'est la raison pour laquelle, la régularité alimentaire de l'investissement doit être prise en compte sur le fond dans la solution arbitrale et dans le prononcé de la réparation. De plus, à l'appui de la régularité d'un investissement, la conditionnalité alimentaire est susceptible de se réaliser par le biais d'un contrôle du tribunal d'investissement, mais aussi par l'émergence de nouveaux mécanismes telle que la méthode arithmétique susceptible d'influencer le comportement des investisseurs.

851. La prise en compte de la sécurité alimentaire par les tribunaux d'investissement est envisageable. Par la garantie d'un ordre public alimentaire ou d'un ordre public transnational, l'arbitre pourrait représenter la figure du juge transnational et du garant de la sécurité alimentaire. Encore faut-il qu'il admette détenir une fonction régulatrice, et donc active. Dans le cas contraire, le risque demeure l'accentuation de l'hostilité attachée à la sphère arbitrale en regard de son insuffisance de considération de l'intérêt public et poussé à son paroxysme, cette hostilité se traduit par une volonté d'exclure les litiges d'intérêt public du champ de l'arbitrage d'investissement. Dès lors, les mouvements de remplacement des tribunaux arbitraux d'investissement insufflés par l'Union européenne pourraient fleurir.

Conclusion du Titre 2.

852. C'est ainsi que préalablement à son emploi, le principe de proportionnalité exige certaines pièces de fonctionnement en garantie d'une pesée juste et équitable. Au côté du balancier des normes, un balancier des responsabilités s'avère indispensable. Néanmoins, l'étude de la responsabilité des opérateurs a révélé d'une part, un renouvellement nécessaire de la responsabilité et des obligations alimentaires des États accompagnés d'une coordination juridictionnelle, d'autre part, que la responsabilité alimentaire des opérateurs privés, à distinguer de la responsabilité alimentaire des États, suppose une recherche vers des voies de responsabilisation en vue d'obtenir un rééquilibrage des responsabilités. Enfin, ce rééquilibrage nécessaire au bon fonctionnement du balancier des responsabilités impose une prise en compte de la sécurité alimentaire par les tribunaux

arbitraux d'investissement de préférence initiée par les États et admise par les investisseurs étrangers. Cette prise en compte apparaît envisageable sur le fondement de l'ordre public transnational et de l'ordre public alimentaire. Il est possible que ce dernier se manifeste par l'intégration d'une clause alimentaire dans les accords d'investissement internationaux à l'image des clauses environnementales. Par exemple sur le modèle de l'article 24.3 du CETA intitulé « Droit de réglementer et niveaux de protection », les clauses alimentaires pourraient prendre la forme suivante :

Les Parties reconnaissent le droit de chaque Partie de définir ses priorités **alimentaires**, d'établir ses niveaux de protection **alimentaire** ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation et ses politiques d'une manière conforme au présent accord et aux accords sur **la sécurité alimentaire** auxquels elle est partie. Chaque Partie cherche à faire en sorte que cette législation et ces politiques assurent et encouragent des niveaux élevés de protection relatif à **la sécurité alimentaire** et elle s'efforce d'améliorer continuellement cette législation et ces politiques de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent.

853. On pourrait aussi imaginer l'intégration expresse de la sécurité alimentaire dans les accords d'investissements internationaux sur le modèle des clauses s'inspirant des exceptions générales dans le droit du commerce international. Prenons la clause type du nouveau modèle canadien relatifs aux investissements internationaux (2014) :

1. Pour l'application du présent accord :

a) chacune des Parties peut adopter ou appliquer les mesures nécessaires, selon le cas :

i) à la protection de **la sécurité alimentaire**, de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou à la préservation des végétaux,

ii) pour assurer le respect de son droit interne qui n'est pas incompatible avec le présent accord,

iii) à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques;

b) pourvu que les mesures visées au sous-paragraphe a) ne soient pas, selon le cas :

i) appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs,

ii) une restriction déguisée à l'investissement ou au commerce international. (...)

854. Les clauses d'expropriation peuvent aussi directement intégrer une référence à la sécurité alimentaire dans leur rédaction. Par exemple, sur le modèle de l'annexe 8-A du CETA portant sur l'expropriation qui préciserait :

Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment

en matière de santé, de **sécurité alimentaire** ou d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.

Dans l'hypothèse de la rédaction de ces clauses, les termes « alimentaire » et « sécurité alimentaire » renvoient aux quatre critères du risque alimentaire : répartition équitable, accessibilité, durabilité et critère culturel¹⁸⁹⁶.

Conclusion de la deuxième partie

855. En conclusion, la mise en œuvre du principe de proportionnalité en qualité de remède aux conflits entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement international nous apparaît souhaitable. Cette voie s'envisage seulement si le principe de balancier est fonctionnel. En effet, rappelons qu'il constitue la pièce maîtresse du mécanisme de proportionnalité. Il permet d'assurer par un balancier des normes et des responsabilités une pesée juste et équitable. D'une part, nous pensons que le rééquilibrage s'effectuera à la condition que la norme alimentaire soit reconsidérée et apte à intégrer le monde du droit international des investissements. D'autre part, la responsabilité alimentaire des Etats pourrait s'améliorer et s'ajuster à toutes les voix des parties intéressées. Aussi, il ne faudrait pas craindre l'idée d'une responsabilisation des opérateurs privés qui ont pris de plus en plus de pouvoirs. Les activités économiques des investisseurs étrangers rejaillissent positivement ou négativement sur des intérêts essentiels des Etats et sont susceptibles d'affecter la sécurité alimentaire. Dès lors, le renouvellement du droit international des investissements s'impose, ce dernier doit composer, quoi qu'il en soit, avec d'autres normes que celles prévues à son effigie. Ces deux balances s'avèrent les étapes nécessaires à l'équilibre entre le droit de réglementation alimentaire des Etats d'accueil de l'investissement international et les droits des investisseurs étrangers.

¹⁸⁹⁶ *Supra* § 270 et s.

CONCLUSION GÉNÉRALE

856. L'articulation des droits des investisseurs et des obligations alimentaires des États en vue de parvenir à une garantie simultanée de la sécurité alimentaire et de la protection des investissements internationaux rencontre de nombreux obstacles. Le droit international des investissements offre aux investisseurs un arsenal de droits mis en œuvre avec efficacité. La place de la sécurité alimentaire dans cet espace demeure épineuse. Son application reste variable et soumise à des aléas dans une sphère plutôt hostile à la venue de normes extérieures. L'angle d'étude des conflits de normes aura permis, du moins, nous semble-t-il, de saisir leurs rencontres tumultueuses.

857. L'analyse des interactions de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux révèle avant tout que la corrélation entre l'amélioration de la sécurité alimentaire et l'augmentation des investissements internationaux n'est pas nécessairement vraie. Si une opération d'investissement peut s'avérer néfaste à l'encontre de la sécurité alimentaire, ce fait n'apparaît pas nécessairement pris en compte adéquatement par le droit. Dans le même temps, cette corrélation n'est pas fausse et c'est donc le climat et la structure de ses relations qu'il faut changer si l'on souhaite que les investissements internationaux agissent de manière positive sur la sécurité alimentaire. Bien sûr, cette dernière ne rencontre pas tous les jours les investissements internationaux dans l'arbitrage international d'investissement. Pour autant, les croisements comprennent des dangers, parfois encore peu visibles, pouvant engendrer des situations d'insécurité alimentaire. C'est ainsi qu'en l'absence d'une prise en compte des conflits entre la norme alimentaire et celle des investissements internationaux, les risques alimentaires sont susceptibles de se généraliser. Ce pronostic, qui provient de l'étude des lois, des jurisprudences et des situations d'insécurité alimentaire dans le droit international des investissements, est le résultat du diagnostic posé par l'étude des interactions entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux.

858. Par une analyse étiologique, les causes ont été recherchées. Les finalités distinctes et l'absence de liaisons dans leur conception renseignent sur la disparité des fondements du droit à l'alimentation et du droit international des investissements. Les différences de leurs besoins et de leurs origines constituent les deux raisons qui viennent principalement expliquer la difficulté après coup d'articulation de leurs normes. À cela s'ajoutent les contrastes entre leurs forces normatives, à savoir, le paradigme dénoncé d'une protection exclusive des droits des investisseurs tandis que l'efficacité des fondements juridiques de la sécurité alimentaire reste encore bien limitée. Si le décor s'apprête à changer, par une restructuration du régime des investissements internationaux, dans l'ensemble, les mêmes normes restent applicables et certainement insuffisantes au renversement des déséquilibres normatifs déjà bien ancrés dans le ciment du droit international des investissements. Le

contexte, marqué par la fragmentation du droit international, n'aide pas non plus à solidifier leur relation. Bien que des incidences positives soient issues de la diversité normative, des effets majoritairement négatifs restent observés sur leur relation. L'absence traditionnelle de références de la norme alimentaire dans le droit international des investissements crée un climat d'imperméabilité difficilement surmontable malgré des articulations occasionnelles souvent indirectes, par le biais d'autres normes telle que la norme environnementale.

859. Par une analyse sémiologique, les symptômes ont été observés. D'un côté, la discordance des normes et la contrariété de certaines décisions renseignent sur les déséquilibres des normes et des décisions arbitrales. Cette peinture des rapports entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux met en scène des incohérences entre les normes, une relation hiérarchique embryonnaire, voire inexistante, et un assujettissement à des normes susceptibles d'être contradictoires. De l'autre, l'opposition du droit de réglementation alimentaire des États aux droits des investisseurs, ajoutée à l'asymétrie de ces derniers en comparaison des droits des victimes d'insécurité alimentaire fait apparaître les déséquilibres des responsabilités et des droits justiciables.

860. Rappelons comme l'écrivait le Doyen Henri Batiffol que « *chaque Etat détermine par les traités qu'il accepte de signer, ou plus généralement par ses actes, ce qu'il reconnaît comme les règles de sa conduite vis-à-vis des autres États*¹⁸⁹⁷ ». En principe, si l'Etat décide du degré des droits et des responsabilités accordés aux investisseurs, il reste dans le même temps le protecteur de la sécurité alimentaire de sa population. Ces deux objectifs, l'un de protection de la sécurité alimentaire et l'autre de protection des droits des investisseurs, recouvrent encore des allures contraires malgré les dynamiques récentes autour des accords d'investissement de nouvelles générations. À ce titre, la focalisation d'un traitement de la sécurité alimentaire sur le fondement des seules problématiques environnementales, tendance qui apparaît jusqu'alors dans les accords d'investissements internationaux récents, ne peut être qu'insuffisante, et c'est bien un ensemble plus concret de critères constituant le risque alimentaire qu'il convient d'appréhender.

861. Que l'atteinte à l'investissement en raison de la protection alimentaire des populations soit substantielle, normale, raisonnable, le juge de l'investissement cherche à déterminer si l'atteinte s'avérait proportionnée. Et donc, le principe du même nom offre une issue aux conflits entre la norme alimentaire et la norme de l'investissement international. Derrière cette scène, en coulisse, il s'agit toujours de la résolution des tensions entre le pouvoir de réglementation alimentaire de l'État et les

¹⁸⁹⁷ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, . 105.

droits des investisseurs. Que l'on nomme cette situation de « tensions », « conflits de légitimité », ou de « conflits de normes », chacun perçoit la situation selon les lunettes qu'il décide de porter et donc selon sa vision du droit et son interprétation de l'intensité de la relation conflictuelle. C'est la raison pour laquelle des composantes des conflits de normes ont été cernées et permettent nous l'espérons de mieux percevoir ces crises normatives. En effet, l'étude des lois et des jurisprudences a confirmé que dans certaines hypothèses, relatives aux jonctions de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux, il existe des normes contradictoires applicables simultanément à une même situation; un assujettissement à des obligations contradictoires générant la violation d'une norme par l'application d'une autre; et l'absence de règle de priorité normative. Dans ces cas, les arbitres composent avec des instruments juridiques mal accordés et la musique ne sonne pas toujours juste.

862. Lorsqu'une politique publique alimentaire initiée par l'État d'accueil entre en conflit avec les droits des investisseurs étrangers ou qu'un accord international d'investissement s'oppose à une loi alimentaire, ce dernier se retrouve pris en tenaille entre des obligations contradictoires. Cette situation est susceptible d'engendrer une violation des droits des investisseurs en vertu du respect des obligations étatiques alimentaires ou à l'inverse une violation des droits alimentaires au profit de la mise en œuvre des droits des investisseurs. Le conflit normatif survient donc entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement sans nécessairement être relevé en tant que tel par les arbitres, les investisseurs ou les États. Pour autant, l'identification des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires s'avère déterminante. Le risque alimentaire intervient sous différents visages dans le droit international des investissements. Quatre risques alimentaires majeurs ont été répertoriés dans la recherche après l'étude des jurisprudences et des rencontres entre les deux matières : l'atteinte à la répartition équitable des ressources, l'atteinte à l'accessibilité, l'atteinte à une alimentation culturelle et l'atteinte à la durabilité. Dans ces quatre hypothèses exposées à travers des études de cas, il ressort des situations d'insécurité alimentaire graves causées par des opérations d'investissements qui ont fait l'objet de contentieux et se sont retrouvées entre les mains d'arbitres internationaux prêts à juger sur le fondement des règles du droit international des investissements conformément à leurs missions. Dans certaines hypothèses, la situation d'insécurité alimentaire n'apparaît pas relevée. L'application de ces quatre critères permettrait une vérification de l'état de la situation alimentaire et une connaissance des risques alimentaires encourus. De manière générale, les instruments juridiques alimentaires s'avèrent exclus ou inappliqués renseignant sur leur inadaptabilité et la distinction des forces normatives de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux. Le corpus juridique de la sécurité alimentaire montre les plus grandes peines à s'affirmer dans le droit international des investissements.

863. Si l'appréhension des situations d'insécurité alimentaire reste dysfonctionnelle, la passivité du droit demeure accrue par le refus de reconnaître les croisements conflictuels entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement. Elle se lit aussi dans l'hostilité des tribunaux arbitraux à percevoir ces différends sous l'angle du conflit normatif. Relever les choses telles qu'elles sont permettrait probablement de mieux cerner les difficultés d'un phénomène qui perdure en l'absence d'outillage juridique adéquat et donc d'appliquer les bons remèdes. À ce titre, la voie de la proportionnalité semble constituer une voie de solution intéressante lorsque les arbitres apparaissent confrontés au choix d'un ordre de priorité normative et que les traités internationaux restent silencieux. Mais ces capacités résolutoires n'apparaissent pouvoir fonctionner qu'au prix du respect de certaines conditions. Ce remède sera dénué d'effets si l'une des normes qu'il entend soupeser reste pourvue d'une force normative insuffisante en regard de l'autre. Dès lors, le principe de proportionnalité devra s'accompagner du principe de balancier, c'est-à-dire, d'un principe fonctionnel assurant au préalable que la mise en balance ne soit pas erronée. Partant, cette technique ne pourra venir en aide aux arbitres que si ces derniers perçoivent les risques alimentaires. Le principe de balancier permet de régulariser les mouvements du mécanisme normatif. En qualité de pièce centrale, il est nécessaire à la bonne marche du principe de proportionnalité. C'est la raison pour laquelle les voies de rééquilibrage ont été pensées en vue d'obtenir un balancier des normes et des responsabilités garantissant le fonctionnement du principe de proportionnalité.

864. Par le balancier des normes, il s'agit d'assurer une place à la norme alimentaire dans le droit international des investissements. Cette idée exige une élévation et une adaptation de la norme alimentaire. L'insuffisance d'intégration de la norme alimentaire dans les accords d'investissements internationaux n'apparaît pas justifiée d'autant plus lorsque la norme environnementale parvient à s'y hisser. L'absence de prise en compte efficace de la norme alimentaire se révèle dans la transposition de l'incertitude des qualifications juridiques alimentaires dans le droit international des investissements. Comment garantir adéquatement le droit à la terre ou à l'eau si leurs qualifications juridiques restent indécises ou ambiguës ? De plus, les nouveaux phénomènes tels que les investissements agricoles à grande échelle restent mal appréhendés et renseignent mieux encore sur la nécessité d'une harmonisation entre la protection alimentaire et celle des investissements internationaux. Partant, la norme alimentaire doit s'adapter et se renouveler. De l'état de nécessité aux exceptions générales, l'application de ce qui pourrait constituer des leviers de la sécurité alimentaires demeure limitée. La redéfinition et la création d'infractions en matière alimentaire constituent des solutions séduisantes permettant d'éviter un fossé entre la proclamation de la sécurité alimentaire et sa réalisation. L'intégration d'instruments de protection alimentaire dissuasifs dans le droit international des investissements et de manière générale dans le droit international pourrait

apporter des réponses à des phénomènes qui échappent au droit notamment par le biais des constructions juridiques de l'écocide et l'ethnocide.

865. Par le balancier des responsabilités, des voies d'améliorations de la responsabilité alimentaire des opérateurs publics et des voies d'admission de la responsabilité alimentaire des opérateurs privés ont été envisagées. D'une part, le renouvellement de la responsabilité des États par un renforcement des obligations alimentaires et la mise en œuvre d'une véritable « démocratie alimentaire¹⁸⁹⁸ » devraient s'imposer. D'autre part, la coordination des opérateurs publics est parfois susceptible de laisser à désirer. On assiste à un isolement de certaines juridictions contribuant au risque de décisions contradictoires en raison du défaut de coordination juridictionnelle. Néanmoins, des progrès sont identifiés et certains tribunaux arbitraux prennent en compte la jurisprudence d'autres juridictions. Pour autant, le remaniement de la responsabilité alimentaire des opérateurs publics nous semble insuffisant, et des éléments en faveur d'une véritable responsabilisation alimentaire des opérateurs privés distincts de celles des États apparaissent souhaitables. Si la protection des investisseurs peut être conditionnée à la régularité de l'investissement, cette piste ne constitue pas la meilleure voie. Un rééquilibrage de l'intérêt public alimentaire et des droits des investisseurs s'avère possible directement par le biais des demandes reconventionnelles qui commencent à progressivement se développer. De plus, rien n'empêche que la conditionnalité alimentaire développée dans cette recherche ne soit opposée aux investisseurs par un mécanisme assurantiel ou encore des méthodes arithmétiques. Par ailleurs, la prise en compte de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement est envisageable sur le fondement de l'ordre public transnational et par le biais de l'ordre public alimentaire. Ce dernier pourrait notamment se manifester par l'intégration d'une clause alimentaire dans les accords d'investissements internationaux. Aussi, un contrôle du respect de la sécurité alimentaire par les arbitres bien que discutable constitue la voie à privilégier. De la même façon que la réalisation des droits des investisseurs demeure assurée, le droit à la sécurité alimentaire impose un véritable contrôle. Les organes de ce contrôle devraient savoir reconnaître lorsqu'une violation du droit à l'alimentation survient dans l'espace du droit international des investissements. Sous couvert du respect de cette condition, il est envisageable de renforcer la mission du juge de l'investissement avec l'accord des parties et que ce dernier relève les atteintes à la sécurité alimentaire lorsqu'elles constituent les effets d'une opération d'investissement.

¹⁸⁹⁸ F. COLLART DUTILLEUL, *Penser une démocratie alimentaire* (dir.), Inida, vol. 1, 2013 et vol. 2, 2014.

866. Pour finir, cette recherche, bien loin d'apporter toutes les solutions, aura nous l'espérons, permis de contribuer à mettre en lumière les risques de l'insuffisance de traitement de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements et la nécessité de se pencher sur ce qui constitue l'un des grands défis du siècle. Le droit reste souvent indifférent et laisse perdurer les règles d'un système à l'intérieur duquel des opérations d'investissement sont susceptibles de créer ou d'aggraver l'insécurité alimentaire. Dès lors, si l'avenir du couple des investissements internationaux et de la sécurité alimentaire apparaît malaisé, il ne fait nul doute que le droit doit disposer d'une place aux premières loges. Comme l'a écrit le Professeur François Collart Dutilleul, « *s'il y a tant d'insécurité alimentaire dans le monde, sous les angles quantitatifs ou qualitatifs, c'est parce que le droit le permet, laisse faire ou reste muet*¹⁸⁹⁹ ».

¹⁸⁹⁹ F. COLLART DUTILLEUL, « Lascaux et le droit de la sécurité alimentaire dans le monde, Histoire intellectuelle d'un programme de recherche atypique en droit », *RIDE*. 2015/2 t. XXIX, p. 254.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES ET MONOGRAPHIES

P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (ed.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

J. E. ALVAREZ (ed.), *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

J. E. ALVAREZ (ed.), *International Investment Law*, Brill Nijhoff, 2017.

J. E. ALVAREZ et K. P. SAUVANT, *The Evolving International Investment Regime : Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011, pp. 174-193.

M. AMADIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, L.G.D.J., 1967.

H. ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, L.G.D.J., 2005.

J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2012-2015*, parution 2019 pour les dernières sentences.

H. ASCENSIO, *Droit international économique*, P.U.F., 2018.

H. ASCENSIO, « Les infractions en matière de pollutions », H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, pp. 391-400.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales Tome XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009.

M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, L.G.D.J., 2^e éd., 2016.

E. BALATE, J. DREXL, S. MÉNÉTREY, H. ULLRICH, *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2016.

A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

V. BARRAL, *Le développement durable en droit international ; essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, Bruylant, 2015.

B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique, Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., Tome 1, 2017.

H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 103.

- W. BEN HAMIDA**, *L'arbitrage transnational unilatéral: réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003.
- W. BEN HAMIDA et T. CLAY**, *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013.
- W. BEN HAMIDA et F. COULÉE**, *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'Homme : Une approche contentieuse*, Pedone, 2017.
- W. BEN HAMIDA, J.-B. HARELIMANA et A. NGWANZA**, *Un demi-siècle africain au CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs*, L.G.D.J, 2019.
- A. BENSALAH-ALAOUI**, *La sécurité alimentaire mondiale*, L.G.D.J, 1989.
- J.-S. BERGÉ**
 - *Les ordres juridiques*, Dalloz, 2015.
 - *L'application du droit national, international et européen ; approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Dalloz, 2013.
- J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET, ET J.-M. THOUVENIN (dir.)**, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, 2011.
- P. BERLIOZ**, *Droit et biens*, Ellipses, 2014.
- A. BERKELEY, K. KARSTEN (ed.)**, *Arbitration-Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC Publishing, 2003.
- M. BETTATI**, *Le droit international de l'environnement*, Odile Jacob, 2012, pp. 50-109.
- R. BISMUTH, D. CARREAU, A. HAMANN, P. JUILLARD**, *Droit international économique*, Précis Dalloz, 6è éd., 2017.
- L. BOLTANSKI**, *De la critique, Précis de sociologie de l'émancipation*, Gallimard, 2009.
- B. BONNET (dir.)**, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, L.G.D.J, 2016.
- S. BONOMO**, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.
- M. BOUCARON-NARDETTO**, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse, Nice, 2011.
- P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Y. LOUSSOUARN**, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2007, XIII-1025, p. 345.
- S. BORELLI, F. LENZERINI**, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- J. BOURRINET et F. SNYDER**, *La sécurité alimentaire dans l'Union européenne*, Travaux du CERIC, Bruylant, 2003.
- L. BOY**, *Droit économique*, Vol. 1, Cours, l'Hermès, 2002.

- L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR**, *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011.
- L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN**, *Droit économique et droit de l'homme*, Larcier, 2009.
- L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN**, *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2007.
- C. BRICTEUX, B. FRYDMAN**, *Les défis du droit global*, Bruylant, 2018.
- G. BÜCHELER**, *Proportionality in investor-state arbitration*, Oxford University Press, 2015.
- M. BUISSON**, *Conquérir la souveraineté alimentaire*, l'Harmattan, 2013, p. 11.
- M. BUNDEBERG, J. GRISEL, S. HOBE et A. REINISCH**, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/hart/Nomos, 2015.
- O. CACHARD**, *Droit du commerce international*, L.G.D.J, 3^e éd., 2018.
- E. CAPANO, M. CHASTAGNARET, E. MAZUYER**, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Larcier, 2016.
- J. CARBONNIER**, *Droit civil, Introduction*, Thémis, P.U.F., 25e éd. refondue, 1997, sp. n° 53.
- J. CARBONNIER**, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, Paris, 10^e éd., 2001, p. 26.
- D. CARREAU, P. JUILLARD**, *Droit international économique*, Précis Dalloz, 5^e ed., 2013.
- H. CASSAN (dir.)**, *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Economica, 1989.
- S. CASSELLA**, *La nécessité en droit international, De l'état de nécessité aux situations de nécessité, Etude de droit international*, Martinus Nijhoff, 2011.
- S. CASSELLA, V. LASSERRE et B. LECOURT (dir.)**, *Le droit souple démasqué, Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Pedone, 2018.
- L. CHEDLY**, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, thèse, Centre de publication universitaire, 2002.
- J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN**, (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012.
- U. CHOQUET**, *Les exceptions environnementales et sanitaires dans la jurisprudence de l'OMC*, Thèse Nice, 2015.
- T. CLAY**, *L'arbitre*, Dalloz, 2001.
- M. COHEN-ELIYA ET I. PORAT**, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013.
- G. COHEN JONATHAN**, *Les concessions en droit international public*, thèse, Paris, 1966

C. COLLARD, C. DELHAYE, H.-C LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *Risque juridique et Conformité, Manager la compliance*, Lamy, 2011.

F. COLLART DUTILLEUL

- *La Charte de la Havane, Pour une autre mondialisation*, Dalloz, 2018.
- (dir.), *Penser une démocratie alimentaire*, Inida, vol 1 en 2013 et vol 2 en 2014.
- (dir.) *De la terre aux aliments, des valeurs au droit*, Inida, 2012.

F. COLLART DUTILLEUL et L. BOY, « La régulation communautaire et international des aliments », *Les dossiers de la RIDE*, ed Boeck, dossier n°1, 2007.

F. COLLART DUTILLEUL, E. LE DOLLEY, B. HUGOU, (dir.), *Droit, économie et marchés de matières premières agricoles*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2013.

F. COLLART DUTILLEUL, F. RIEM, (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J, 2013.

B. COLMANT et s. (collectif), *Les agences de notation financière, Entre marchés et États*, Larcier, 2013.

J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, **L.G.D.J** - Précis Domat, 12 éd., 2016.

C. COURTAIGNE-DESLANDES, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, thèse, Paris II, 2010.

O. CORTEN, P. KLEIN, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006

J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.

J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003.

J. CRAWFORD, R. D. BISHOP, W. M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes : Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2014.

J. CRAWFORD, A. PELLET et S. OLESSON, (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.

M. CUQ, *L'eau en droit international, Convergences et divergences dans les approches juridiques*, Larcier, 2013.

O. DANIC, *L'émergence du droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse, Paris Nanterre, 2012.

B. DARMOIS et E. GLUCKSMANN (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015.

A.-M. DAZA-CLARK, *International Investment Law and Water Resources Management, An appraisal of Indirect Expropriation*, Brill Nijhoff, Vol. 6, 2017.

C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, Thèse, Paris, LGDJ, 2012.

M. DELMAS-MARTY

- *Aux quatre vents du monde, Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016
- *Le pluralisme ordonné. Les Forces imaginantes du droit*, Tome 2, Seuil, 2006.

F. DEROCHE, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre, Un questionnement pour l'ordre mondial*, l'Harmattan, 2008.

E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014.

A. DE NANTEUIL

- *Droit international des investissements*, Pedone, 2017 ;
- *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, 2014.
- (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale, Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2015, pp. 31-59.

O. DE SCHUTTER, J. SWINNEN, J. WOUTERS, *Foreign Direct Investment and Human development, The law economics of international investment agreements*, Routledge, 2016.

Ch. DE VISSCHER

- *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963.
- *Théories et réalités en droit international public* 4è ed., Paris, Pedone, 1970, p. 314 et s.

P. DEUMIER et J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, L.G.D.J, 2018.

R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilaterals Investment treaties*, La Haye, Nijhoff, 1995.

R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012.

Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J. E. VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law : Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014.

P.-M. DUPUY, J.-E. VIÑUALES, *Introduction au droit international de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2015

W. DROSS, *Droit des biens*, L.G.D.J, 2è ed, 2014.

P.-M. DUPUY, *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pedone, 2018.

P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, XLVIII-597.

P.-M. DUPUY et J.-E. VIÑUALES (eds), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection, Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013.

P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 2018.

- S. EL BOUDOUHI**, *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruylant, 2013.
- I. EL HAYEK**, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, Thèse, Paris I, 2016.
- T. EL GHADBAN, C.-M. MAZUY et A. SENEGACNIK (dir.)**, *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'Etat*, Paris, Pedone, 2018.
- G. FARJAT**, *Droit économique*, P.U.F, 1982.
- A. FAYARD-RIFFIOD**, « Le patrimoine commun de l'humanité, une notion à reformuler ou à dépasser », thèse Bourgogne, 1995.
- J.-F. FLAUSS et S. TOUZÉ, (dir.)**, *Contentieux international des droits de l'homme et choix du forum : les instances internationales de contrôle face au forum shopping*, Bruylant, 2012.
- T. FOSSIER, D. GUIHAL, J.-H. ROBERT (dir.)**, *Droit répressif de l'environnement, Economica*, 4^e ed, 2016.
- P. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
- M.-A. FRISON-ROCHE**, « Le droit de la *compliance* », *Dalloz*, 2016.
- B. FRYDMAN**, *Petit manuel pratique de droit global, L'économie de marché est-elle juste ?*, Académie Royale de Belgique, 2014.
- B. FRYDMAN, A. VAN WAEYENBERGE**, *Gouverner par les standards et les indicateurs, De Hume aux rankings*, Bruylant, 2013.
- E. GAILLARD**
 - *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*,_Martinus Nijhoff, 2008, spec. pp. 176-187
 - *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, Vol 1, 2004 et Vol 2, 2009.
- A. GAUDEMET (dir.)**, *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Panthéon Assas, 2016.
- G. GÉNY**, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique. T. 2*, 2^e éd., L.G.D.J, 1919.
- A. GILLES**, *La définition de l'investissement international*, Larcier, 2012.
- C. GOLAY**, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruylant, 2011.
- J. GUDEFIN**, *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, Johanet, 2015.
- H. GHERARI**, *Les accords commerciaux préférentiels*, Larcier, 2013.
- M. HAURIOU**, *La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896.

- C. HENCKELS**, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge University Press, 2015.
- J. HO**, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018.
- T. HOBBS**, *Le Citoyen ou Les Fondements de la politique*, Flammarion, 1982.
- F. HORCHANI (dir.)**, *Le CIRDI : 45 ans après, bilan d'un système*, Paris, Pedone, 2011.
- C. IMHOOS, E. SCHÄFER et H. VERBIST**, *L'arbitrage de la CCI en pratique*, Bruylant, 2019.
- J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP**, *Droit du commerce international*, Dalloz, « Précis », 3^e éd., 2014.
- A. JEAMMAUD**, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, Lyon, 1975.
- H. Kelsen**, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd. par Charles Eisenmann, L.G.D.J., 1999.
- H. KENFACK**, *Droit du commerce international*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « Mémentos », 2017.
- Y. KERBRAT (dir.)**, *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruylant, 2011;
- C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN (dir.)**, *Le droit européen et l'investissement*, LGDJ, Panthéon-Assas, 2009.
- C. KESSEDJIAN**, *Droit du commerce international*, P.U.F, 2013.
- C. KESSEDJIAN**, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016.
- P. KAHN et T.-W. WALDE**, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden Martinus Nijhoff, Nijhoff, 2007.
- R. KOLB**, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, Martinus Nijhoff, 2014.
- P. KURER**, *Legal and Compliance Risk, A Strategic Response to a Rising Threat for Global Business*, Oxford University Press, 2015.
- S. LALANI, R. POLANCO LAZO (eds)**, *The role of the State in Investor-State Arbitration*, Brill Nijhoff, 2015.
- L. LANKARANI EL-ZEIN**, *Les contrats d'Etats à l'épreuve du droit international*, Bruylant, 2002.
- Ch. LEBEN (dir.)**
- *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Nouveaux développements*, L.G.D.J, 2006.
 - *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, Aspects récents*, L.G.D.J, 2010.

- *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.

R. LEAL-ARCAS, (ed.), *Commentary on the Energy Charter Treaty*, Edward Elgar Publishing, 2018.

R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe : Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, Washington, D.C, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

A. LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002.

C. MC LACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration : substantive Principles*, 2nd ed., Oxford University Press, 2017.

S. MAHIEU, *Le droit de la société de l'alimentation, vers un nouveau modèle de maîtrise des risques alimentaires et technologiques en droit communautaire et international*, Larcier, 2007.

A. MAHIOU et F. SNYDER (dir.), *La sécurité alimentaire - Food Security and Food Safety*, Martinus Nijhoff, 2006.

S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats: Trente année d'activité du CIRDI*, Travaux du Credimi, vol. 24, Paris, Litec, 2004.

A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international, Une analyse critique*, Bruylant, 2015.

S. MENÉTREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, 2010.

V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t.1, 7^e éd., Paris, Cujas, 1998, p. 631.

K. MILES, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013.

W.-I. MILLER, *Eye for an Eye*, Cambridge University Press, 2006.

P. MISTRETTA, *La responsabilité pénale du délinquant écologique*, Septentrion, 2001.

K. MOLLARD-BANNELIER, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001.

N. MONEBHURRUN, *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, L'harmattan, 2016.

H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, p. 11.

E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 2^e ed, Lexis Nexis, 2014, spec. 84-87.

L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015.

M.-A. NGO, *La qualité et la sécurité des produits agro-alimentaires, Approche juridique*, L'Harmattan, 2006.

- S.H. NIKIÈMA**, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, P.U.F, 2012.
- D.-C. OLARTE BACARES**, *L'articulation du droit international des investissements et des droits de l'homme : le cas de l'Amérique latine*, Thèse Paris I, 2015.
- A. ONDOUA et K. ABDEREMANE (coll.)**, *Entre les ordres juridiques : Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, L.G.D.J., 2016.
- F. OST et M. VAN DE KERCHOVE**
- *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F, 1988.
 - *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
 - *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Université Saint-Louis Bruxelles, 2010.
- S. PAQUEROT**, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- A. R. PARRA**, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2è éd., 2017.
- G. PARENT (dir.)**, *Production et consommation durable : de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Yvon Blais, 2008.
- G. PARENT, S. MORALES, F. COLLART DUTILLEUL, (dir.)**, *De la souveraineté à la sécurité alimentaire*, Cowansville, Yvon Blais, 2013.
- A. PELLET**, *Le droit international du développement*, P.U.F., 2è éd, 1987.
- F. PÉRALDI LENEUF et S. SCHILLER**, *Les conflits horizontaux de normes, Le traitement logistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare et Martin, 2014.
- R.M. PEREIRA**, *Environmental Criminal Liability and Enforcement in European and International Law*, Brill - Nijhoff, 2015.
- Ch. PERELMAN**, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.
- M. PRIEUR (dir.)**, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7è éd., 2016.
- S.-F. PUVIMANASINGHE**, *Foreign Investment, Human Rights and the Environment: A Perspective from South Asia on the role of public international law for development*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- J.-B. RACINE**, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J, 1999.
- J.-B. RACINE**, *Droit de l'arbitrage*, P.U.F, 2016.
- J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN**, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3è éd., 2018.
- Y. RADI**, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, 2018.

- A. RAJPUT**, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, Kluwer, 2018.
- M. RAUX**, *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, Thèse, Paris II, 2010.
- A. REINISCH**, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008.
- S. RIPINSKY and K. WILLIAMS**, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008.
- S. ROBERT-CUENDET**
- *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
 - (dir.) *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruylant, 2017.
- S. ROMANO**, *L'ordre juridique*, Réimpression de la 2e édition de 1975, Dalloz, 2002
- N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS, J. POUMAREDE**, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, P.U.F, 1996, p. 361.
- J. W. SALACUSE**, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2015.
- M. MOHAMED SALAH**, *Les contradictions du droit mondialisé*, P.U.F, 2002.
- J. SALMON**, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? » in J. MAKARCZYK (dir.), *Etudes de droit international en l'honneur du juge M. Lachs*, Nijhoff, Leiden/Boston, 1984, pp. 235-270.
- C. SCHREUER**
- *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012.
 - *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001
- C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR**, *The ICSID Convention : A Commentary : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, 2009.
- N. SCHRIJVER**, *The Evolution of Sustainable Development in International Law : Inception, Meaning and Status*, Martinus Nijhoff, 2008.
- N. SCHRIJVER, V. PRISLAN**, *Netherlands BIT, Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, Chester Brown, 2013,
- A.K. SEN**, *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford University Press, 1981.
- C. SERAGLINI**, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.
- M. SIBERT**, *Traité de droit international public*, t. I, Paris, Dalloz, 1951.

J. SOHNLE, *Le Droit international des ressources en eau douce. Solidarité contre souveraineté*, thèse Strasbourg-III, 1999;

M. SORNARAJAH, *The international Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 4^e éd., 2017.

B. STEPHENS; J. CHOMSKY; J. GREEN; P. HOFFMAN, M. RATNER, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Brill | Nijhoff, 2008.

Y. STRICKLER, J.-B RACINE (dir), *L'arbitrage, Questions contemporaines*, L'Harmattan, 2012.

S. REGOURD, *L'exception culturelle*, P.U.F, 2004.

C. THIBIERGE et alii (dir.), *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013.

K. TOMASEVSKI, *The right to food: guide through applicable international law*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

A. TOURNIER, *La protection diplomatique des personnes morales*, L.G.D.J, 2013.

S. TOUZÉ, *La protection des droits nationaux à l'étranger*, Paris, Pedone, 2011.

I. TUDOR, *The fair and equitable treatment standard in international law of foreign investment*, Oxford University Press, 2008.

V. VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Edgar International Investment Law, 2018.

H. VEDIA JEREZ, *Competition Law Enforcement and Compliance across the World, A Comparative Review*, Kluwer Law International, 2015

J.E. VINUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012.

J. ZIEGLER, *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris Fayard, 2002.

C.-R. ZORILA, *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, thèse, Université d'Auvergne Clermont 1, 2007 p. 464.

II. DICTIONNAIRES ET CODE

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008.

D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, P.U.F, 2003.

L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F, 2004.

F. COLLART DUTILLEUL, J.-P. BUGNICOURT (dir.), *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Larcier, 2013.

F. COLLART DUTILLEUL et P. NIHOUL, *Code de droit européen de l'alimentation*, Bruyant, 2012.

G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011.

J. ROCHFELD, M. CORNU, F. ORSI (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, P.U.F, 2017.

J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, préf. G. GUILLAUME, Bruylant, AUF, 2001.

III. CONTRIBUTIONS

L. AZOULAI et W. BEN HAMIDA, « La protection des investissements par le droit primaire - Droit conventionnel des investissements et Droit primaire communautaire : Etude comparée des régimes et des approches », in C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, LGDJ, 2009, p.71.

J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la charte sociale européenne n'est pas une utopie » in *L'Homme dans la Société Internationale, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, 2013, p. 4.

P. ALSTON, « International Law and the Human Right to Food », in P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (ed.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 9.

J. ASMUS BISCHOFF and R. HAPP, « The Notion of Investment », in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE and A. REINISCH (eds), *International Investment Law*, Baden Baden Nomos, 2015, p. 495.

M. AUDIT

- « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, pp.119-134.

- « La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », in Ch. LEBEN (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p. 941-966.

T. BACCOUCHE, « L'affaire Aguas Argentinas et al./V/ República Argentina : l'apport processuel », in F. COLLART DUTILLEUL, *Pensée une démocratie alimentaire vol 2, Programme Lascaux, INIDA*, 2014, p. 300.

P. BEAUVAIS, « Les limites de l'internationalisation du droit pénal de l'environnement », in L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, p. 11.

M. BEDJAOU, « La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 545.

M.-M. MBENGUE et D. RAJU, « Energy, Environnement and Foreign Investment », in E. DE BRABANDERE et T. GAZZINI (Ed.), *Foreign Investment in the Energy Sector, Balancing Private et Public Interests*, Brill/Nijhoff Leiden Boston, 2014, pp. 171-191.

W. BEN HAMIDA

- « La dénonciation de la convention CIRDI » in F. HORCHANI (dir.), *CIRDI, 45 ans après, Bilan d'un système*, Pedone, 2011.
- « La Dénonciation de la Convention Cirdi en Amérique Latine : Significations et Conséquences », *RBA*, n°30 - Abr-Jun/2011-Doutrina internacional, pp. 66-93.
- « L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in F. HORCHANI (Dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, p. 195.

D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur les traités d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés », Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, Lexis Nexis, 2013, p. 20.

C. BERNAULT, « Les défis de la protection et la promotion de la spécifié agricole. Réflexions sur une "exception alimentaire" à l'image de l'exception agricole », in G. PARENT et F. COLLART DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, pp. 70-71.

A.-K. BJORKLUND, « Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment : The State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness », in P.-T. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Ch. 12, 2008, 459.

L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Eaux internationales et droit international : vers une gestion commune », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, S.M.A. SALMAN (dir.), *Les ressources en eau et le droit international*, Leiden: M. Nijhoff, 2005, pp. 3-43.

S. EL BOUDOUHI, « L'investisseur devant les juridictions internationales des droits de l'Homme : la question des droits fondamentaux de l'investisseur » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruylant, 2017, p. 329.

G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le Juge et le droit public. Mélanges offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, T.2, p. 298.

A. BRAÏLOWSKY et A. GILLES, « Les contrats internationaux des services de l'eau, présentation du contrat de concession connu pour la ville de Buenos Aires », in *L'eau en droit international, SFDI, colloque d'Orléans*, Pedone, 2011, pp. 129 - p.147.

P. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné » in J.-B. AUBY, (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010, pp. 195-213.

J. CARDONA LLORENS, « Le rôle des traités » in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, 20-21 mai 2005, Bruylant, 2006, p. 25.

J. CAZALA, « Le respect des droits de l'homme comme justification de la violation d'un traité d'investissements », in W. BEN HAMIDA et F. COULÉE, *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'Homme : Une approche contentieuse*, Pedone, 2017, p. 321.

T. CHRISTAKIS, « Les circonstances excluant l'illicite : une illusion d'optique ? », in *Mélanges offerts à Jean SALMON, Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Bruylant, 2007, p. 259.

F. COLLART DUTILLEUL

- « La première étape d'une longue marche vers un droit spécial de la sécurité alimentaire » in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Frison-Roche, 2013, p. 131.

- « Proposition pour la reconnaissance internationale d'une "exception alimentaire" sur le modèle de l'exception culturelle », *Penser une démocratie alimentaire* (vol. I), Inida (Costa Rica), p.13, 2013.

- « Investissements internationaux et accaparement des terres : la recherche d'un équilibre », in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire*, Programme Lascaux, Inida, vol I, 2013, p. 83.

- « Les voies d'amélioration de la sécurité alimentaire dans un contexte de mondialisation du commerce », in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire* (vol. I), Inida (Costa Rica), 2013, p. 214.

F. COLLART DUTILLEUL, A. DIABATÉ et I. SIDIBÉ, « Le respect du droit à l'eau et la sécurité alimentaire dans le cadre des aménagements hydro-agricoles au Mali » in F. COLLART DUTILLEUL (dir.), *Penser une démocratie alimentaire* (vol. I), Inida (Costa Rica), p.143, 2013.

J. CORTI-VARELA, « Les instruments d'exécution des décisions de justice dans les affaires environnementales sont-ils efficaces ? Réflexions à partir de l'affaire Chevron », *L'Observateur des Nations Unies, La Nature*, 2013-1, Vol. 34, pp. 193-194.

M. COSSY, « Le statut de l'eau en droit international économique, Principaux aspects au regard des règles de l'Organisation mondiale du commerce » in L. BOISSON DE CHAZOURNES, S.M.A SALMAN (dir.), *Les ressources en eau et le droit international*, Leiden: M. Nijhoff, 2005, p.177.

L. COTULA, « Land Grabbing' and International Investment Law: Toward a Global Recon guration of Property? » in A.K. BJORKLUND, (ed.), *Yearbook On International Investment Law & Policy* , Oxford University Presse, 2014–2015, p. 177.

B. CREMADES & D.-J. A. CAIRNS, « Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud », in A. BERKELEY, K. KARSTEN (ed.), *Arbitration-Money Laundering, Corruption and Fraud*,_Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2003, p. 65.

C. CRÉPET DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », Chapitre 1, in Ch. LEBEN (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015 pp.83-115.

O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », Chapitre 14, in Ch. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015.

L. DELABIE, « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, Bruylant, 2017, pp. 135-169.

A. DE NANTEUIL, « La notion d'investissement protégé : l'exigence de conformité de l'investissement au droit local », in A. DE NANTEUIL (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice*

arbitrale, Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement, Paris, Pedone, 2015, pp. 31-59.

L. DOSSIOS et J.-B. RACINE, « l'arbitre, juge des parties et/ou régulateur ? » *RIDE*, 2019, pp. 105 à 122.

P.-M. DUPUY

- « Bilan de recherche de la section française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », in *La pollution transfrontière et le droit international*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international de la Haye, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1985 § 51.

- « Unification Rather than Fragmentation of International Law ? The case of International Investment Law and Human Rights Law », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009, pp. 45-61.

- « L'invocation de l'état de nécessité écologique, Les enseignements tirés d'une étude de cas », in *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble, SFDI, Pedone, Paris, 2007, pp. 223-235.

P.-M. DUPUY et Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015.

P.-M. DUPUY, J. VINUALES, « Human Rights and Investment Disciplines : integration in progress » in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE et A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/hart/Nomos, 2015, pp. 1739-1767.

R.-J DUPUY, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droit et libertés à la fin du xxè siècle, Influence des données économiques et technologiques*, Etudes offertes à Claude-Albert Colliard, Pedone, 1984, p. 198.

M. FORTEAU, « Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international ou l'un et l'autre à la fois ? », *Liber Amicorum J.P. COT*, Bruylant, 2009, pp. 95-129.

M.-A FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au droit », in R. CABRILLAC, M.-A FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18ième éd, Dalloz, 2012, Paris, p. 525.

B. FRYDMAN

- « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp. 17-48.

E. GAILLARD

- « L'avenir des traités de protection des investissements » in Ch. LEBEN (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p. 1027.

- « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » in J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, 2009, pp. 17-32.

K. GARCIA, « Existe-t-il un droit à l'alimentation au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », in F. COLLART DUTILLEUL (Dir.), *De la terre aux aliments, des valeurs au droit*, San José, (C.R.), *Inida*, 2012, spec. pp. 160-164.

G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE et M.-L. NIBOYET, « Remarques introductives de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, p. 14.

S. GRUNVALD, « La notion de subsistance au plan collectif et individuel : un éclairage pénaliste », in G. PARENT et F. COLLART DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, pp. 109-116

N. HACHEZ and J. WOUTERS, « International Investment Dispute Settlement in the 21st Century : Does the Preservation of the Public Interest Require an Alternative to the Arbitral Model ? » in F. BAETENS(ed.), *Investment Law within International Law : Integrationists Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, p. 417.

P. HALLEY, « Le développement durable, une stratégie pour la sécurité alimentaire ? L'exemple des réformes du droit à l'eau au Québec », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, pp. 17-28.

N. HAUPAIS, « Les acteurs du droits international de l'eau » in *L'eau en droit international*, Colloque d'Orléans, Pedone, 2011, pp.46-47.

J. HEYMANN, « De la mobilité des sociétés dans l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014. 425.

F. HORCHANI, « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux », in L. BOY, J.-B RACINE, F. Siiriainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, 2009, pp. 139-166.

R. HUESA VINAIXA, « Le rôle de l'opinio juris », in R.HUESA VINAIXA et K.WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, 20-21 mai 2005, Bruylant, 2006, p. 57.

P. JACOB, « La place des normes externes dans le contentieux de l'investissement », in S. ROBERT-CUENDET (dir.) *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruylant, 2017, p. 609.

J.-M. JACQUET, « L'ordre public transnational », in É. LOQUIN et S. MANCEAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 101.

C. JARROSSON, « Des arbitres sans contrôle ? », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, Aspects récents*, L.G.D.J, 2010, p. 263.

E. JOUANNET, *L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international*, in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, 2006, p. 151.

P. JUILLARD, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ? » (Table ronde) in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, L.G.D.J., 2006, spéc. pp. 190-193.

P. KAHN

- « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », in *Mélanges F. STURM*, Vol 2, Université de Liège, 1999, p. 1539.
- « Les investissements internationaux, nouvelles données, vers un droit transnational de l'investissements », in P. KAHN et T.-W. WALDE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden Nijhoff, 2007, spec. pp. 17-31.
- « Droit de l'investissement et droits de l'Homme » §§ 95-109 in F. HORCHANI (dir.), *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2006.

I. KAUL, I. GRUNBERG, M.- A. STERN (dir.), « Les biens publics à l'échelle mondiale, La coopération internationale au XXIe siècle », publié pour le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), New York, OUP, 1999, p. 13 (publication initiale).

É. KERCKHOVE, « Les conflits de normes entre conventions et l'utilisation des méthodes de droit international privé » in F. PÉRALDI LENEUF et S. SCHILLER, *Les conflits horizontaux de normes, Le traitement logistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare et Martin, 2014, p. 83.

C. KESSEDJIAN, « To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration », in R. P. ALFORD & C. A. ROGERS (ss dir.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford UP, 2009, pp. 43-68.

U. KRIEBAUM, « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration ? » in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, & E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, pp. 219 - 45.

P. LALIVE, « L'ordre public transnational et l'arbitre international, Nouveaux instruments du droit international privé », *Liber Fausto Pocar, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.*, Milan, 2009, vol. II, p. 599-611.

F. LATTY

- « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », pp. 415-461 in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et droit de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015.
- « Le point de vue du droit international des investissements », in Muriel UBÉDA-SAILLARD (dir.), *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, SFDI, Pedone, 2017, p. 118.
- « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », in T. EL GHADBAN, C.-M. MAZUY, A. ENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

Ch. LEBEN

- « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in Ch. LEBEN (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 163-183
- « Remarques introductives de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit*

applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes, Pedone, Paris, 2011, p. 23.

- « Un survol historique », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 1-79.

L. LIBERTI, « Investissements et droit de l'homme », in Ph. KAHN et Th. WALDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Chapitre 16, pp. 791-852.

E. LOQUIN

- « L'approche juridique de la marchandisation », in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Travaux du Credimi*, vol. 33, Paris, LexisNexis Litec, 2010, p. 83.

- « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Pour un droit économique de l'environnement, Ed. Frison-Roche, 2013, p. 307.

S. C. MCCAFFREY, « The Human Right to Water », in E. BROWN WEISS, L. BOISSON DE CHAZOURNES and N. BERNASCONI-OSTERWALDER (Eds.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford UP 2005, pp. 93–115.

M.-C. MAFFEI, « Food as a Cultural Choice : A human Right to Be Protected ? », in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 106.

X. MAGNON, « Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 455-470.

S. MANCIAUX

- « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'Homme », in E. DOCKES (dir.), *Au coeur des combats juridiques, Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 355.

- « La marchandisation de l'eau » in E. LOQUIN, « L'approche juridique de la marchandisation », in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, Dijon, Travaux du Credimi, vol. 33, Paris, Litec, 2010, p. 243

F. MANTILLA-SERRANO, « La contrariété de décisions dans l'arbitrage d'investissement: risques et conséquences », in B. DARMOIS et E. GLUCKSMANN (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 30.

A. MARTIN, « Les biens publics mondiaux » in E. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, vol. 33, Paris, LexisNexis, 2010, p. 408.

G.-J. MARTIN, « Réflexions autour du nouveau régime de réparation du préjudice écologique introduit dans le code civil par la loi "Biodiversité" », *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 505 et s.

K. MARTIN-CHENUT et C PERRUSO, « L'affaire Chevron-Texaco et l'apport de conventions Ecocrime et Ecocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales » in L. NEYRET

(dir.), *Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, p. 85.

L. MATRAY, « Arbitrage et ordre public transnational », *The Art of Arbitration. Essaye on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer Law et Taxation Publishers, 1982, p. 241.

J. MATRINGE, « La notion d'investissement » in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, pp. 135-160, 2015.

P. MAYER

- « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 395.

- « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, 2001, p. 225.

- « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », in *L'eau en droit international*, SFDI, Paris, Pedone 2011, p. 183.

- « La dispersion des demandes connexes entre plusieurs procédures arbitrales est-elle inéluctable ? », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés », Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, Lexis Nexis, 2013, pp. 129-143.

M.-M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis*, SFDI, Pedone, 2017, pp. 295-337.

F. MEGERLIN, *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé, Essai critique sur la méthode*, thèse Paris 2, p. 7.

S. MENÉTREY, « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 613-638.

C. MOIROUD, « Du concept de "souveraineté" » à "la souveraineté alimentaire" » in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 45.

L. NEYRET, « Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Frison-Roche, 2013, p. 414.

P. NIKKEN, Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights, in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, & E.-U. PETERSMANN (eds.), « Human Rights in International Investment Law and Arbitration », Oxford/New York, Oxford UP 2009, XLVIII-597, p. 261.

S. H. NIKIÈMA, « Les mesures d'expropriation indirecte en droit international », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés », Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, Lexis Nexis, 2013, pp. 235-253.

K. NOWROT, « Obligations of investors » in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE et A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/hart/Nomos, 2015, pp. 1176-1184.

B. OPPETIT, « Le paradoxe à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987, vol 1, pp. 5-21

B. PARANCE, « L'influence du droit international de l'environnement sur les entreprises multinationales, à propos de la proposition de loi française relative au devoir de vigilance des entreprises » in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI*, Pedone, 2017, pp. 279-294.

J. PAULSSON, « The Role of Precedent in Investment Arbitration », in K. Yannaca-Small (ss dir.), *Arbitration under International Investment Agreements : a Guide to the Key Issues*, Oxford UP, 2010, pp. 699-718.

A. PELLET

- « Notes sur la 'fragmentation' du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unity and Diversity in International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, pp. 757-784.

- « Police Power or the State's Right to Regulate » in M. KINNEAR, G. R. FISCHER, J. R. ALMEIDA, L. FERNANDA TORRES and M. URAN BIDEGAIN (dir.), *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, Alphen, 2016, 447-462.

M. PIETH, « Innovative mechanisms for enforcing international obligations: the OECD's anti-corruption work », in L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ, *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis, SFDI*, Pedone, 2017, pp. 249-259.

A. PIQUEMAL, « La notion de conditionnalité et les organisations internationales économiques et financières », *Mélanges en l'honneur du Doyen Paul Isoart*, Pedone, 1996, pp. 306-318.

V. PIRONON, « Faut-il se méfier de l'arbitrage entre États et investisseurs étrangers ? Libres propos à partir de l'article 15 de l'accord franco-colombien sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 641.

J.-B. RACINE

- « L'ordre public alimentaire », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 134.

- « Les manifestations de l'ordre public dans l'arbitrage », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 31.

M. RAUX, « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 463-499.

L. RAVILLON, « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 57.

A. REINISCH

- « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : The Threat of Fragmentation vs. The promise of a More Effective System ? Some Reflections From the

Perspective of Investment Arbitration », in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH (ed.), *International Law Between Universalisation and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijthoff, 2008, pp. 107-125.

- « Necessity in Investment Arbitration » in I. DEKKER, E. HEY (eds), *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 41, 2010, pp. 137-158.

D. ROSENBERG, « Le droit à la sécurité alimentaire : réponses et non réponses du droit international » in F. COLLART DUTILLEUL, *Penser une démocratie alimentaire (vol. I), Inida (Costa Rica)*, 2013, p. 399.

P. ROSHER, « Accords multilatéraux de protection de l'investissement de la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord : deux exemples d'instruments méconnus mais prometteurs », *Cahier de l'arbitrage*, n°3, dec. 2017, p 437.

S.M.A. SALMAN, « Evolution and Context of International Water Resources Law », in L. BOISSON DE CHAZOURNES et S.M.A SALMAN (dir.), *Les ressources en eau et le droit international*, Leiden: M. Nijhoff, 2005 p. 75.

C. SCHREUER, « Denunciation if the ICSID Convention and Consent to arbitration », in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, Part IV chapter 15, pp. 353-368.

C. SCHREUER, M. WEINIGER, « A Doctrine of Precedent ? », in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (ss dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford UP, 2008, pp. 1188-1206.

S. CLAVEL, « Interaction du droit des investissements et des droits de l'Homme » in W. BEN HAMIDA et F. COULÉE, *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'Homme : Une approche contentieuse*, Pedone, 2017, p. 276.

B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires ? » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Litec, 2000, p. 223 et ss.

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, pp. 678-707.

M. SORNARAJAH, « A Coming Crisis : Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration », in K. SAUVANT (ed.), *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, pp. 39-45.

B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires ? » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Litec, 2000, p. 223 et ss.

A. STRECKER, « The Human dimension to Landscape Protection in International Law » in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity, New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 344.

F. SUDRE, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in « Liberté et droits fondamentaux ». R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, 2009, *Dalloz*, p. 44.

S. SUR, « L'interprétation en droit international public », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, P.U.A.M., 1995.

A. TANZI, « Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector » in T. TREVES, F. SEATZU & S. TREVISANU (eds). *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge, 2014, p. 318.

F. TERRÉ, « L'humanité, un patrimoine sans personne », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Etudes offertes à Philippe Ardant*, L.G.D.J., 1999, p. 340.

P. THIELBÖRGER, « The Human Right to Water versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict? », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E.-U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 487.

J.-M. THOUVENIN, « OMC et conflits de normes, le regard de l'internationaliste publiciste » in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET, ET J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, 2011, p. 31.

C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment law », in F. FONTANELLI, A. GATTINI and A. TANZI (Eds), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, pp. 323-343

F.-X. TRAIN, « Forum shopping et fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards de l'internationaliste privatiste », in J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, spec. sur le forum shopping en droit des investissements internationaux, p. 136.

J. TULLY, *A Discourse on Property : John Locke and his Adversaries*, Cambridge University Press, 1980.

J. E. VINUALES

- « The environmental regulation of foreign investment schemes under international law », in P.-M. DUPUY and J. E. VINUALES, (ed.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguard*, Cambridge University Press, 2013, spec. pp 275-278.

- « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements » in SFDI., *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010, p. 413.

T. WÄLDE et K. HOBBER, « The first Energy Charter Treaty Arbitral Award », in Ch. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 307-329.

F. YALA, « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS, et Mihaly) », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Nouveaux développements*, LGDJ, 2006, pp. 281-306.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

R. AGO, « Les circonstances excluant l'illicéité », *RCADI*, vol. 68, 1939, p. 545.

R. ALEXY, « Constitutional Rights and Proportionality », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 2014, pp. 51-65.

J. E. ALVAREZ, K. KHAMSI, « The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime », 2008/2009 *Y.B. INT'L INV. L. & POL'Y*, 2009, p. 379.

J.-J. ANDELA, « L'article XX du GATT de 1994 dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC : une analyse sous le prisme environnemental », *RQDI*, vol. 25.1, 2012, pp. 1-28.

M. ANDENAS et S. ZLEPTING, « Proportionnalité : WTO Law in Comparative Perspective », *Texas ILJ*, 2007, pp. 375-382.

M. AUDIT

- « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », *Rev. crit. DIP* 2011. 581

- « Is the Erecting of Barriers against Sovereign Wealth Funds Compatible with International Investment Law? », *Journal of World Investment & Trade*, 2009, p. 617-627.

- « La dette souveraine devant les tribunaux arbitraux internationaux », *Annuaire international des droits de l'Homme*, Vol. VII (2012-2013), Sakkoulas Pub. / LGDJ, 2014, pp. 331-346.

- L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité du droit », *Rev.arb.*, 2015, pp. 1001-1035.

- « Contentieux arbitral international – droit commun », *Jurisclasseur international*, fasc-572-65.

R. BABADJI, « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) », *AFDI*, 1996, pp. 872-893.

R. BACHAND, M. GALLIÉ, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, 2003, pp. 575-610.

R. BACHAND

- « Les poursuites CIRDI contre l'Argentine : Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers », *Montréal, GRIC*, 2005.

- « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : enjeux pour la gouvernance globale », *RGDIP*, 2010, pp. 316-317.

S. BAGNI, « Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique italien : un cadre général », *Revue générale du droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions 2018, p. 2.

E.-L. BARRE Jr., « Doctrine of Forum Non Conveniens », 35 *Cal. L. Rev.* 380, 1947.

B. LALLAU, « Land grabbing versus investissements fonciers à grande échelle. Vers un « accaparement responsable ? », *L'Homme et la société* 1/2012 (n° 183-184), pp. 15-34.

W. BEN HAMIDA

- « L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents », *JDI*. 2004, pp. 419-441
- « L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, Vol 51, p. 601.
- « L'arbitrage Etat-Investisseur cherche son équilibre perdu » : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ?, *International Law Forum*, 2005, 7, pp. 261-272.
- « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*. 2008, pp. 999-1033.

J.-S. BERGÉ

- « Interactions du droit international et européen, Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *JDI 2009*, n° 3, chron. 4.
- « Le fait de circulation internationale : la méthode du juriste en question », *JDI* 2016/1.
- « Quelle approche des phénomènes par le droit ? Le cas de la circulation totale au-delà du contrôle », *D.* 2017. 2546.
- « La normativité au pluriel : Dépasser le prisme de la concurrence, construire des méthodes de combinaison », *Concurrence des normativités, RIDE*, 2018/3, pp. 281-287.

A. BILANOVÁ et J. KUDRNA, « Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It? », *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, Issue 1, 2018.

P. J. BORCHERS, « Punitive Damages, Forum Shopping, and the Conflict of Laws », *70 La. L. Rev.*, 2010.

X. BOUCOBZA ET Y.-M. SERINET, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.* 2017. 1619.

H.- L. BRAY, « ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup », 2013 ICSID Review Student Writing Competition, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 29, Issue 2, 1 May 2014, pp. 474-483.

G. BURDEAU

- « Droit international et contrats d'États, La sentence *Aminoil contre Koweït* du 24 mars 1982 », *AFDI*, 1982, Vol 28, n°1, pp. 454-470.
- « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-38.

E. CABROL, « Droit des investissements internationaux », *Jurisclasseur International*, fasc 572-70.

E. CADEAU et F. DUHAUTOY, « Le droit à l'eau, soluble dans le droit international de l'investissement ? », *revue de droit de l'environnement n° 216*, Octobre 2013, p. 338.

C. CADOUX, « Naissance d'une nation : le Zimbabwe », *AFDI*, Vol 26, n°1, 1980, pp. 9-29.

L. CAFLISCH, « Assise théorique du droit des cours d'eau internationaux », *RCADI*, vol. 219, 1989.

G. CAIRE, « Codes de conduite : multinationales et acteurs sociaux », *Revue d'économie industrielle*, Vol 22, n°1, 1982, p.1.

O. CALVO-GONZALES, J.H. LOPEZ, « El Salvador: Building on Strengths for a New Generation. Systematic Country Diagnostic ». *Washington, DC: World Bank. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO*, 2015, p. 1-2.

G. CARDUCCI, « A State's Capacity and the EU's Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate – and "Preclude" in Achmea – a Treaty or BIT of Member States, a State's Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties and EU Law, and the CJEU's Decisions on EUSFTA and Achmea. Their Roles and Interactions in Treaty and Investment Arbitration », *ICSID Rev.*, Spring 2018, Vol. 33 Issue 2, pp. 582-619.

D. CARREAU, « Investissements », *Répertoire international Dalloz*, 2014.

J. CAZALA

- « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009, pp. 5-32
- « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, 2012, pp. 551-565.
- « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », *Cah. arb.*, Paris Journal of International Arbitration, 2012, n° 4, pp. 899-906.
- « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI* n° 1, Janvier 2017, doct. 3.
- « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur.* 2018. 597 ;

N. CHAEVA, « Les affaires Yukos devant la Cour permanente d'arbitrage : 1er acte », *Les Cahiers de l'Arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2010/4, pp. 1069-1081.

G. CHANTEPIE, « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? » *Dalloz IP/IT* 2017. 522 .

Y. CHAPUT, « Contrôle et responsabilité de la notation financière : les agences de rating en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 006 58-2 pp. 493-502.

S. CHASSAGNARD-PINET, « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT* 2017. 495.

Th. CHRISTAKIS, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité *ad hoc* dans l'affaire CMS c. Argentine, *RGDIP*. 2007, pp.879-896.

G. CHRISTIE, « What Constitutes a Taking of Property Under International Law ? », *BYBIL*, 1962, pp. 307-338.

T. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Gaz. Pal.* 2003, n° 148, p. 10 ;

M. COHEN-ELIYA ET I. PORAT, « Proportionality and Constitutional Culture », *Cambridge University Press*, 2013, p. 24.

G. COHEN JONATHAN

- « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen » *AFDI.*, 1977, pp. 452-479.

- « Les droits de l'Homme, une valeur internationalisée », *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet- décembre 2001, p. 157.

D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p. 611.

F. COLLART DUTILLEUL, « Lascaux et le droit de la sécurité alimentaire dans le monde, Histoire intellectuelle d'un programme de recherche atypique en droit », *RIDE*. 2015/2 t. XXIX, p. 254.

F. COLLART-DUTILLEUL et A. DIABATE, « La sécurité alimentaire et le droit à l'alimentation à l'épreuve des investissements internationaux en Afrique de l'Ouest : les risques d'une désillusion », *HAL*, 2013.

J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 85-105.

D. COMPAGNON

- « Zimbabwe : de la « réforme agraire » à l'insécurité alimentaire », *Hérodote* 2008/4 (n° 131), pp. 118-136.

- « La prétendue « réforme agraire » au Zimbabwe. A qui profite le crime ? », *Études* 3/2003 (Tome 398), pp. 297-307.

- « Zimbabwe : l'alternance ou le chaos », *Politique africaine* 1/2001 (N° 81), pp. 7-25.

F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements: l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *RGDIP*. 2018, n°4, pp. 893-931.

C. CRÉPET-DAIGREMONT, « Protection diplomatique », *Les Cahiers de l'arbitrage, The Paris Journal of International Arbitration* n°2012/4, pp. 906-913.

E. DAOUD et M. PUGLIESE, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux », *Sécurité et stratégie* 2013/4 (15), p. 71.

H.-S. DASHWOOD, « *Zimbabwe: The Political Economy of Transformation* », *University of Toronto Press*, 2000.

E. DE BRABANDERE, « NGOs and the « Public Interest » : The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes : *Chicago Journal of International Law*, 2011-2012, vol. 12 :1, p. 85.

P. DELEBECQUE, « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.* 2012 p. 2711.

M.DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006 p. 951.

X. DELPECH, « Loi PACTE : renforcement du contrôle des investissements étrangers en France, Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (TA n° 258, 11 avr. 2019), art. 152 », *D. actualité*, avril 2019.

S. DE LOS ANGELES, « Les sociétés peuvent-elles encore détenir du foncier agricole après la loi du 20 mars 2017 ? » *Deffrénois*, 30 juin 2017, n° 126v5, p. 763.

A. DE NANTEUIL

- « L'articulation entre l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit international de l'investissement », *Cah. arb.*, 2013/4, pp. 1006-1010 ;
- « L'application du droit international public dans l'arbitrage transnational », *RGDIP*, 2014/1, p. 69.
- « Les mécanismes permanents de règlements des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? *JDI*, 2017-1, doct. 2.

A. DENIS-FATÔME ET G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017. 1610.

O. DE SCHUTTER

- « Foreign Investment, Human Development and Human Rights: Framing the Issues », *Rights & International Legal Discourse*, 3(2), 2009, pp. 137-176.
- « Towards a New Treaty on Business and Human Rights », *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2016 pp. 41-67.

Ch. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *RGDIP*, t. XXIV, 1917, p. 74.

R. DOLZER

- « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Review, FILJ*, 1986, pp. 41-65.
- « Indirect expropriation: New developments ? », *N.Y.U. Env. Law Journal*, 2002, pp. 64-93.
- « Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties », *The International Lawyer, American Bar Association*, Vol. 39, No. 1, Spring, 2005, pp. 87-106.

B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017. 532.

Z. DOUGLAS, « Can a Doctrine of Precedent be Justified in Investment Treaty Arbitration ? » *ICSID Review, FILJ*, 2010/1, pp. 104-110.

L. DUBIN, « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *RGDIP*, 2016. pp. 867-891.

O. DUBOS, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ? », *JDI* n° 4, Oct. 2012.

J.-B. DUCLERCQ

- « Les effets de la multiplication des algorithmes informatiques sur l'ordonnement juridique », *Communication Commerce électronique n° 11*, Novembre 2015, étude 20.
- « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018. 131.

S. DUFOUR, « The Legal Impact of the Canada-United States Free Trade Agreement on Canadian Water Exports », *Les Cahiers de droit*, Vol 34, Num 2, 1993, pp. 705-762 spec. p. 742.

F. DULÉRY, « L'affaire du Lac Lanoux », *RGDIP*, 1958, t. LXII, pp. 469-516.

L. DUONG GODEFROY

- « Pour un droit du traitement des données par les algorithmes prédictifs dans le commerce électronique », *D.* 2016. 438.

- « Les algorithmes : quel statut juridique pour quelles responsabilités ? », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2017, étude 18 ;
- « Le code algorithmique au service du droit », *D.* 2018. 734.

P.-M. DUPUY

- « La gestion concertée des ressources naturelles partagées : A propos du différend entre l'Argentine et le Brésil relatif au barrage d'Itaipu », *AFDI*, Vol 24, N°1, 1978, pp. 866-889.
- « Le droit à l'eau, un droit international ? », *EUI Working Paper Law*, n°2006/6, en ligne: <http://cadmus.iue.it>.
- « A doctrinal debate in the globalisation era: on the "fragmentation" of international law, *European Journal of legal studies* », 2007, Vol I, n°1, pp. 26-41.
- « L'unité de l'ordre juridique international », Cours général de droit international public, *RCADI*, 2002, Vol. 297;

J. DREXL, « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Quel ordre public pour les marchés globalisés ? », *RIDE*, t. xvii, no. 3, 2003, pp. 387-409.

M. EDELMAN, C. OYA, S.-M BORRAS, « Global Land Grabs: historical processes, theoretical and methodological implications and current trajectories », *Third World Quarterly*, Vol. 34 Issue 9, Oct 2013, pp. 1517-1531.

A. EDMUNDO OLIVEIRA, « La victimisation des Indiens en Amazonie », *RCS* 1992, p. 553.

A.-S. EPSTEIN, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.* 2016.

I. FADLALLAH, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, t. 249, 1996, pp. 369-430.

B. FAGE, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. arb.*, 2000, p. 5.

A.-A FATOUROS

- « Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales », *JDI*. 1974/3 pp. 496-521.
- , « Le Projet de code international de conduite sur les entreprises multinationales : essai préliminaire d'évaluation », *JDI*. 1980/1, pp.5-47.
- « An international legal framework for energy », *RCADI*, vol. 332, 2008, pp. 409-443.

M.-G. FAURE, « Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2005, Vol, 9 n°1, pp. 3-19.

V. P. FAUTEUX, « Protection de l'environnement en période de conflit armé : vers un renforcement du droit », *Revue québécoise de droit international*, vol. 7, n°2, 1991-1992 pp. 160-168.

G. FISCHER, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, Vol 8, n°1, 1962, p. 518.

D. FLECK, « The Protection of the Environment in Armed Conflict: Legal Obligations in the Absence of Specific Rules », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 82 issue 7, pp. 7-20.

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

C. FOLARD-FABREGOULE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'égard des multinationales, Contribution à l'étude de la circulation normative et au dialogue entre institutions l'aune de l'exemple de la gouvernante environnementale », *RGDIP*. 2016, p. 579.

M. FORTEAU, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public », *JDI*. n° 1, 2011, pp. 3-49.

L. Y. FORTIER et S. 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*, Vol. 19, Issue 2, 2004, pp. 293-327.

J. FOURET, « Denunciation of the Washington Convention and non-contractual investment arbitration : manufacturing consent to ICSID Arbitration ? », *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International* 2008, vol 25, pp. 71-87.

T. M. FRANCK

- « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 4, Oct., 2008, pp. 715-767.
- « Proportionality in International Law », *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Issue 2, 2010, pp. 231-242.

B. FRYDMAN, « La concurrence des normes globales », *Concurrence des normativités, RIDE*, 2018/3, p. 300.

E. GAILLARD

- « Le principe de confidentialité dans l'arbitrage international », *D.* 1997, chron. p. 153.
- « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, pp. 853-875.
- « The Denunciation of the Washington of the ICSID Convention », *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, 2007, p. 5 2007.
- « L'affaire Achmea ou les conflits de logiques », *Rev. crit. DIP* 2018. 616.

N. GALLUS, « Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador », *ICSID Review*, Vol. 28, No. 1, 2013, pp.15-16.

A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G.*, 9 janvier 2017, doct. 31.

T. GAZZINI, « General Principles of Law in the Field of Foreign Investment », *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, No. 1, 2009, p. 103, spec. p. 118.

A. GERVAIS, « La sentence arbitrale du 16 novembre 1957 réglant le litige franco-espagnol relatif à l'utilisation des eaux du Lac Lanoux », *AFDI*, 1957 Vol 3, n°1, pp. 178-180.

E. GEORGE, « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources nationales dans les travaux de l'ONU », *RCADI*, vol. 149, 1976, pp.45-63.

C. GIORGETTI, « Horizontal and Vertical Relationships of International Courts and Tribunals - How Do We Address Their Competing Jurisdiction? », *ICSID Review*, Vol. 30, No. 1, 2015, pp. 98-117.

- S. GLASER**, « Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, n°6, 1952, p. 599 et s.
- C. GOLAY, I. BIGLINO**, « Human Rights Responses to Land Grabbing: a right to food perspective », *Third World Quarterly*, Vol. 34 Issue 9, Oct 2013, pp.1630-1650.
- D. GOYEAU, A. SAUVIAT, A. TARAZI**, « Marché financier et évaluation du risque bancaire. Les agences de notation contribuent-elles à améliorer la discipline de marché ? », *Revue économique*, 2001, 52-2 pp. 265-283.
- B. GRAEFFCHAGASPINTO**, « Le nouveau cadre juridique des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et les droits fondamentaux », *Droit comparé*, Petites affiches, 16 mai 2007 n° 98, p. 4.
- M.-A. GRAY**, *The International Crime of Ecocide*, California Western International Law Journal, Vol. 26 : No. 2 , Article 3, 1996.
- D. GRIMM**, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », *57 U. TORONTO, L.J.* 383, 2007.
- F. GRISEL**, « L'octroi d'intérêts composés par les tribunaux arbitraux d'investissement », *JDI* n°3, juillet 2011, doctrine 9.
- F. GRISEL et J.-E. VINUALES**, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review*, 2007, vol. 23, p. 380.
- S. GROSBON**, « Investissements et changements climatiques : le chapitre 8 de l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) face aux impératifs de transition énergétique », *JDI*, n°2, Avril 2019, doct. 5.
- G. GUILLAUME**, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, Vol. 55, n°1, pp. 23-30.
- A. GUILMAIN**, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, Vol. 61, num. 1, 2015, p. 102.
- J.-L. HALPÉRIN**, « Lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée sur ces deux solutions concurrentes », *Revue d'Histoire du Droit*, 2012, pp. 353-397.
- S. HAMAMOTO**, « Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence - Commentaire article par article, *JDI* n° 1, Janvier 2016, doct. 1.
- H. HELLIO**, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatifs aux investissements étrangers », *RGDIP*. 2009/3, pp. 589 et s.
- B. HESS**, « The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice », *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, 2018(3), mars 2018.

R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, vol. 176, pp. 261-392.

K. HOBBER, « Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 153–190.

F. HORCHANI, « Les droits de l'Homme et le droit des investissements internationaux », in *L. Boy, J.-B. Racine et F. Siiriainen (dir.), Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009.

M-H HUBERT, « Nourriture contre carburant : Quels sont les éléments du débat ? », *Revue Tiers Monde* 3/2012 (n°211), pp. 35-50.

V. C. JACKSON, « Constitutional Law in the Age of Proportionality », 8 *Y.L.J.* 128, 2016.

J-P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue française de droit constitutionnel* 1/2007 (n° 69), p. 32

J.-M. JACQUET et D. BENTOLILA, « Contrat d'Etat », *JCP droit international* Fasc. 571-90.

W. JENKS, « The Conflict of Law -Making Treaties », *British Yearbook of International Law* (BYBIL), vol. 30 (1953), p. 403.

D. JOHNSON, « L'accord multilatéral sur l'investissement : ami ou ennemi ? », *Politique étrangère*, 1998, Vol 63, N°2, pp. 359-376.

C. JOURDAIN-FORTIER, E. LOQUIN, « Droit du commerce international et sécurité alimentaire », *RIDE*, 2012/4 (t. XXVI), pp. 45- 46.

P. JOURDAIN

- « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *RTD civ.* 2013.119.
- « Réparation du préjudice écologique pur : les difficultés d'évaluation pécuniaire ne dispensent pas le juge d'en assurer la réparation », *RTD civ.* 2016. 634.

P. JUILLARD

- « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, t.250, pp. 9-216.
- « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 669-682.
- « The Law of International Investment : Can be Imbalance be Redressed ? », *Yearbook on international investment law and policy*, vol. 2008-2009, pp. 273 et s.

J. KARL, « On the way to multilateral investment rules-some recent policy issues », *ICSID Review, FILJ*, 2002, vol. 17, pp. 293- 319.

C. KESSEDJIAN et L. VANHONNAEKER, « Les différends entre investisseurs et États hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *RTD eur.* 2017. 633.

A.-C. KISS et J.-D. SICAULT, « La Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5/16 juin 1972) », *AFDI*, 1972, pp. 603-628.

A.-C. KISS, La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982. t.175, pp. 99-256.

A. KONOPLYANIK et Th. WALDE, « Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy », *24 J. Energy Nat. Resources L.* 523, 558 (2006).

B. KUNOY, Developments in Indirect Expropriation, case Law in ICSID, Transnational arbitration, *The journal of world investment and Trade*, 2005, n°3, pp 467-491.

M. LAZOUZI, « L'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne contre l'arbitrage d'investissement intra-européen », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2018, n°2, pp. 217-224.

N. LACEY and H. PICKARD, « The Chimera of Proportionality, institutionalising limits on punishment in contemporary social and political systems », *The Modern Law Review*, 78 (2), pp. 216-240.

J.-F. LALIVE, « Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents », *RCADI*, Vol. 181, 1083 (III), pp. 9-284.

P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, pp. 327-373.

C. LAROCHE DUPRAZ, A. POSTOLLE, « La souveraineté alimentaire en Afrique est-elle compatible avec les négociations commerciales agricoles à l'OMC ? », *Politique africaine* 2010/3 (N° 119), p. 110.

F. LATTY

- « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, Paris 2010, pp. 614-634
- « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, 2011/2, p. 460.

Ch. LEBEN

- « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol 302, 2003, p. 217.
- Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, vol. 50, 2004. pp. 683-685.
- « L'état de nécessité en droit international de l'investissement », *Gaz. Pal., Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, p. 329-334.

A. LEMAIRE, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA », *Rev.de l'arb.*, 2001 n°1, p. 80.

E. LEVINE, « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *29 Berkeley J. Int'l Law*, 2011, p. 205.

R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792.

E. LOQUIN

- « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, 1983, p. 297.
- « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p. 323.

J.-M. LONCLE et D. PHILIBERT-POLLEZ, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RDAI* 2009.

G. LÜBBE-WOLFF, « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court », *Human Rights Law Journal*, 2014, vol. 34, n°1-5, p. 12.

V. LUCAS-LECLIN, « Qu'apporte l'analyse ISR à l'analyse financière ? », *Revue d'économie financière*, 2006 85 pp. 209-232.

A. LUNDSTROM, « Indigenous Peoples as Vulnerable Groups in the Process of Realising the Right to Food », *Human Rights in Development Online*, Volume 8, Issue 1, 2002, pp. 267-299.

B. MADLEY, « An American genocide : the United States and the California Indian catastrophe, 1846-1873 », *New Haven : Yale University Press*, 2016.

X. MAGNON, En quoi le positivisme normativisme est-il diabolique ?, *RTD civ.* 2009, p. 269.

C. MALECKI, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *Bull. Joly* 2017. 298.

S. MANCIAUX,

- « La Bolivie de retire du CIRDI », *Rev. arb.*, 2007, p. 351.

- « The notion of Investment : New controversies », *Journal of World Investment and Trade*, n° 6, déc. 2008, n°4, pp. 443-466.

- « Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ? », *RIDE*, vol. t. xxvi, no. 4, 2012, pp. 49-62.

F. MANTILLA-SERANO, «The effet of Bolivia's Withdrawal from the Washington Convention: is a BIT-Based ICSID Jurisdiction Forclosed », *Mealy's Int. Arbitration Rep.* 2007, p. 15.

E. MARIQUE et A. TROWEL, « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Dalloz IP/IT* 2017. 517.

F. MARRELLA, « On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration », *International Community Law Review* 12, 2010, pp. 335-359;

K. MARTIN-CHENUT, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Droit social* 2017. 798.

D. MARTUCCELLI, « Les deux voies de la notion d'épreuve en sociologie », *Sociologie*, vol. 6, no. 1, 2015, pp. 43-60.

B. MATHIEU, « Jusqu'où peut-on faire porter sur les entreprises un devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement ? », *Constitutions* 2017. 291.

L. MAYER-ROBITAILLE, « L'impact des accords de libre-échange américains sur le statut juridique des biens et services culturels », *AFDI*, 2004, Vol 50, num 1, pp. 715-730.

P. MAYER

- « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, 1986, pp. 5-78.

- « la liberté de l'arbitre », *Rev. arb.* 2003, n°89.

« Contract Claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*. 2009, p. 84.

- « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », *L'eau en droit international*, SFDI, colloque d'Orléans, *Pedone*, 2011, pp.163-183.

D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat » *LPA* 30 sept. 1998, p. 12.

G. MAZET, Colloque à Bello « Le droit des investissements dans l'ALENA: de la protection à la sécurité », Centre de Recherches sur l'Amérique Latine CNRS, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine, Université Paris 3 Sorbonne Nouvelle.

Y. MENECEUR, « Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP éd. g.*, 12 février 2018, 190.

S. MENÉTREY, La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires, *JDI n° 4*, Octobre 2010, doctr. 13.

D. MESSIRE et S. ONNÉE, « Les agences de notation sociétale: la quête de légitimité dans un champ organisationnel en construction », *Comptabilité, contrôle, audit et institution(s)*, _Mai 2006.

A. METAWIE, « History of cooperation in the Nile basin », *International Journal of Water Resources Development*, Vol 20, 2004, issue 1, pp. 47-63.

A. MILANOVA, « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atouts discrets d'une hégémonie », *JDI*. 2003, pp. 87- 100.

P. MILON et C. PERRUSO, « L'homme et la nature au regard de l'écocide : quelle équité ? », *L'Observateur des Nations Unies*, « La nature », 2013-1, Vol 34, pp. 228-230.

M. MIZANUR RAHAMAN, « Principles of Transboundary Water Resources Management and Ganges Treaties: An Analysis », *International Journal of Water Resources Development*, Vol. 25, issue 1, 2009, pp. 159-173.

M. MOLINER-DUBOST, « Marée noire de l'Erika : double victoire pour les parties civiles et pour l'environnement », *AJCT* 2012. 620.

J. MOLINIER, « Principes généraux-Teneur des principes généraux du droit », *Rép. dr eur*, Mars 2011 (actualisation : Janvier 2019), § 120.

K. MÖLLER, « Proportionality: Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, Vol.10, Issue 3, July 2012, pp. 711-716.

V. MONTMAUR, « Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », *AJCT* 2012. 68

B. MOSTAFA, « The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law », *Australian International Law Journal*, 2008, pp. 267-296.

S. MOYO, « Land and Natural Resource Redistribution in Zimbabwe: Access, Equity and Conflict », *African and Asian Studies*, Volume 4, Issue 1-2, pp. 187-224.

H. MUIR WATT

- « Chevron, l'enchevêtrement des fors, un combat sans issues ? », *Rev. crit. DIP* 2011. 339.

- « Irrecevabilité aux Etats-Unis d'une action de groupe contre une multinationale accusée de crimes contre l'humanité ». Cour d'appel fédérale des Etats-Unis (2^e circuit), 17 septembre 2010, *Rev. crit. DIP* . 2010, pp. 761-768.

A. NANCY S. WILBERT, « Zimbabwe : la « soif de terres » aux origines du mouvement des anciens combattants », *Critique internationale* 2/2006 (n^o 31), p. 136.

L. NEYRET, « L'affaire *Erika* : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.* 2010. 2238.

J. NEUMANN et E. TUERK, « Necessity revisited: proportionality in World Trade Organization law after Korea beef, EC asbestos and EC sardines ». *Journal of World Trade*. Vol. 37, No. 1, 2003.

A. NEWCOMBE

- « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, *ICSID Review, FILJ*, Vol. 20, 2005, pp.1-57.

- « Sustainable Development and Investment Treaty Law », *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, 2007.

A. NEWCOMBE, J.- M. MARCOUX, « Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia – Imposing international obligations on foreign investors », *ICSID Review - FILJ*, vol. 30 (3), 2015, pp. 525-532.

L. NEYRET, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *D.* 2012. 2673.

S. H. NIKIÈMA, « Nature et portée des exceptions relatives au développement durable dans les accords internationaux d'investissement », *Annuaire Africain de droit international, Online*, Vol. 16, issue 1, 2008, pp. 329-371.

C. NIVARD, « Le droit à l'alimentation », *La Revue des droits de l'homme*, 2012, p 245.

N. NORBERG, « The US Supreme Court Affirms the *Filartiga*, Paradigm », *Journal of International Criminal Justice*, Volume 4, Issue 2, 1 May 2006, pp. 387–400.

C. NOURISSAT, « La clause d'arbitrage contenue dans un traité bilatéral d'investissement n'est pas compatible avec le droit de l'Union européenne », *Procédures* 2018, n^o 5 p.18.

Y. NOUVEL

- « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, pp. 79-102.

- « L'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA) », *D.* 2016. 2616.

S. OLYNYK, « A Balanced Approach to Distinguishing between Legitimate Regulation and Indirect Expropriation in Investor-State Arbitration », 2012, 15 *Int'l Trade & Bus. L. Rev.* 254.

J. PAINE, « Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties », *ICSID Review, FILJ*, Spring 2018, Vol. 33 Issue 2, pp. 340-348.

G. PARENT

- « Droit économique et sécurité alimentaire : un couple mal assorti ? », *RIDE*, 2012/4 (t. XXVI), p. 17.
- « La diversité agricole et alimentaire et l'OMC », in G. PARENT et F. COLLART-DUTILLEUL (Dir.), *De la souveraineté à la sécurité alimentaire, Objectifs, stratégies et moyens juridiques*, Yvon Blais, 2013, p. 90.

A. PARRA, « Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes », *ICSID Review FILJ*, 1992, pp. 428-452.

J. PAULSSON

- « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev.*, Vol. 10, Issue 2, 1995, pp. 232-257.
- « Indirect Expropriation : Is the Right to Régulante at Risk ? », *Transnational Dispute Management*, 2006.

A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *JDI*, n° 1, Janvier 2014, doct. 1.

J.-B. PERRIER, « L'indemnisation et la nécessaire évaluation du préjudice écologique », *AJ pénal* 2016.

E. PERROT, « Les agences de notation sociétale en quête d'objectivité », *Études*, 2003/5 (Tome 398), p. 609-618.

L.-E PETERSON and 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, « Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États », *Droits et Démocratie, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique*, 2009, p. 12.

B. PLESSIX, « Agence de notation - À propos de la notation souveraine », *Revue juridique de l'économie publique* n° 715, Janvier 2014, étude 1.

F. POIRAT, « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, 1998, pp. 45-84.

M. POTESTA, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and Limits of a Controversial Concept », *ICSID review*, 2013.

M. PRABHU, *Rapport général, Les atteintes à l'environnement, Problème de droit pénal général, Revue internationale de droit pénal*, (version française), Vol n°65, 1994, spec. pp. 663-698;

P. M. PROTOPSALTIS, « Les principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger », *RCADI*, 2007.

A. PRUJINER, « L'expropriation, l'ALENA, et l'affaire Metalclad », *International law forum du droit international: the journal of international Law Association*, 2003, vol 5, p. 215.

J.-B. RACINE,

- « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *Revue juridique de l'Environnement*, 1996, pp. 409-424.
- « Brefs propos sur la notion de besoins du commerce international », *RDAl/IBLG*, n°4, 2019 pp. 375-388
- « Approches de droit global », *JDI*. 2019/3, pp. 665-693.

Y. RADI, « Philip Morris v Uruguay: Regulatory Measures in International Investment Law: To Be or Not To Be Compensated ? » *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33, Issue 1, 2018, pp. 74-80.

M. RAUX, « La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin : LG&E c/ Argentine », *Gaz. Pal., Cahiers de l'arbitrage*, 2006/3, p. 56.

V. RAVIT et O. SUTTERLIN, « Réflexions sur le destin du préjudice écologique 'pur' », *D.* 2012. 2675.

A. REINISCH, « Necessity in International Investment Arbitration, An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases ? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol 8, Iss. 2, 2007, pp. vii- 214,

P. RICOEUR, « De la Nation à l'humanité : la tâche des chrétiens », *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, Vol 76, n°1, 2003, p. 97.

J.-H. ROBERT

- « L'épave de l'Erika est juridiquement stabilisée », *Rev. sociétés*, 2013. 110.
- « Environnement et urbanisme. Pollution des mers. L'affaire du naufrage de l'Erika », *RSC* 2013. 363.

S. ROBERT-CUENDET, « Accords d'investissement et développement durable, comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *ConventionS - Réguler la mondialisation*, 2014, n°14, p. 11.

T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT* 2017. 380.

J. SALMON, « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, 1964, pp. 225-266.

S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordr e », *JCP E* 2017. 1193

C. SCHLIEMANN, « Requirements for *Amicus Curiae* Participation in International Investment Arbitration, A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/151 », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals 12*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 365-390.

M. SORNARAJAH, « State Responsibility and Bilateral Investment Treaties », *Journal of World Trade Law*, 1986, vol. 20/1, pp. 79-98.

A. REINISCH, « Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina », *The Journal of World Investment and Trade*, 2007, pp 191-214.

D. ROETS, « Naissance du droit pénal européen de l'environnement », *RED env*, 2009, n°3, p. 271-283.

S. ROBERT-CUENDET

- « Accords d'investissement et développement durable, comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? » in *Conventions, Réguler la mondialisation*, La Note de Conventions n°14, 2014, p. 5.

- « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux, Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », *RGDIP*. 2016-3, pp. 545-578.

M. ROSADO DE SA RIBEIRO et O.J. GUTERRES COSTA JUNIOR, « Global Governance and Investment Treaty Arbitration: The Importance of the Argentine Crisis for Future Disputes », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, Vol 14, Issue 3, pp 417-437.

F. ROUVIÈRE, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD Civ.*, 2017, p. 527

G. SACERDOTI, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *RCADI*, 1997, vol. 269, pp. 255-463.

P. SANDS, « Bangladesh–India: Treaty on Sharing of the Ganges Waters at Farakka », *International Legal Materials*, 36(3), 1997, pp. 519-528.

J.-W. SALACUSE, N.-P. SULLIVAN, « Do BITs Really Work ? : An evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain », *Harvard International Law Review* 46, 2005, pp. 67-130.

G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *RIDE* 2010. 351.

J. L. SAX, « Takings and the Police Power », *Yale Law Journal*, 1964, pp. 36-76.

M.-N. SCHMITT, « Green War : an assessment of the environmental law of international armed conflict », *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, n°1, 1997 ;

C. SCHREUER

- « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *ICSID Rev.*, 1996, pp. 59-224.

- « The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties », *Transnational Dispute Management*, 2005.

- « Fair and equitable treatment in arbitral practice », *The journal of World Investment and Trade*, vol 6, 2006.

I. SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *AFDI*, 1987, pp. 7-31.

B. SIMMA et P. ALSTON, « The sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens and General principles », *Aust. YBIL*, 1988-1989, pp. 82 et s.

B. SIMMA, « Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? », *International and Comparative Law Quarterly*, 60(3), 2011, pp. 573-596.

E. SNODGRASS, « Protecting Investors Legitimate Expectations : Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review*, 2006, pp. 1-58

L. SPESS, « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing countries ? », (10) *World development* 1567, 2005.

S. SPRONK & C. CRESPO, « Water, Sovereignty and Social: Investment Treaties and the Struggles against Multinational Water Companies in Cochabamba and El Alto, Bolivia », *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, 1, 2008.

B. STERN

- « La protection diplomatique des investissements internationaux, De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI*, 1990, pp. 896 -948.

- « L'entrée de la société civile dans le règlement des différends entre Etat et investisseur », *Rev. arb.*, 2002, pp. 329-345.

A. TANZI, « International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: A Multidimensional Analysis », *International Community Law Review*, Volume 18, Issue 3-4, 2016, pp. 183-222.

M. TELLER, « Sécurité alimentaire et responsabilité sociale des entreprises », *RIDE*, 4/2012 (t. XXVI), p. 67.

G. THULLIER et Y. GAILLARD, « Qu'est ce qu'un investissement ? », *Revue économique*, vol. 19, n° 4, 1968, p. 615.

M. TIGNITO, D. YARED, « La commercialisation et la privatisation de l'eau dans le cadre de l'OMC », *Revue québécoise de droit international*, 2006, p.161.

C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil », *JDI*. 2014, doct.6.

E. TRUSWELL, « Thirst for profit: Water privatization, investment law and a human right to water » in C. BROWN & K. MILES (eds). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p. 572.

S. TSAKYRAKIS, « Proportionality : An assault on human rights ? », *7 INT'L J. CONST. L. (I-CON)* 468, 2009.

F.C. TURNER et M. CARBALLO, « Argentina: Economic Disaster and the Rejection of the Political Class », *Comparative Sociology*, Vol 4, Issue 1, 2005 pp. 175-206.

D. TURP, *La contribution du droit international au maintien de la diversité culturelle*, *RCADI*, t. 363, 2013, pp. 345-453.

A. VANDERVORST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement* , 2000 4-2 pp. 129-151.

G. VAN HARTEN, M. LOUGHLIN, « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *17 EUR. J. INT'L L.* 121, 2006, p. 121.

A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, vol. 37, 1931 (III), pp. 323-412.

J. E. VINUALES

- « Amicus Intervention in Investor-State Arbitration », *Dispute Resolution Journal*, November 2006 - January 2007, pp. 72-81.

- « State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law », *Law and Business Review of the Americas*, Vol 14, 2008, p. 79.

- « Access to Water in Foreign Investment Disputes », *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 21, No 4, 2009, pp. 733-751.

- « Foreign Investment and the Environmental in International Law : An ambitious Relationship », *80 British Yearbook of International Law*, 2009/2010, pp. 244-332.

D. VIS-DUNBAR and L.-E. PETERSON, « Bolivian Water Dispute Settled; Bechtel Forgoes Compensation », *Investment Treaty News*, Jan. 20, 2006.

E. VRANES, « The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory », *EJIL*, vol. 17, n°2, 2006, pp. 395-418.

Th. WÄLDE

- « Investment under the 1994 Energy Chapter Treaty », *Journal of World Trade Law*, 1995, t.29, n°5.

« Investment Arbitration and Sustainable Development: Good Intentions - or Effective Results? », *Transnational Dispute Management*, (5), 2006.

P.-E. WALLACE, « International Investment Law and Arbitration, Sustainable Development, and Rio+20: Improving Corporate Institutional And State Governance », *Sustainable Development Law & Policy* 12, no. 3, 2012, pp. 22-56.

P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, 1969-III, vol. 128, spec. pp. 120-188.

D. WICHELS, J. BARRY Jr, M. MULLER, M. NAKAO, L.-D. PHILO, A. ZITELLO, « Cooperation regarding water and other resources will enhance economic development in Egypt, Sudan, Ethiopia and Eritrea », *International Journal of Water Resources Development*, Vol 18, issue 4, 2003, pp. 535-552.

P. WISBORG, « Human Rights Against Land Grabbing? A Reflection on Norms, Policies, and Power », *Journal of Agricultural & Environmental Ethics*, Vol. 26 Issue 6, Dec 2013, pp. 1199-1222.

R. WITMEUR, « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *RIDE*, 2012/3 (t. XXVI), p. 241.

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, pp. 301-344.

H.-E. ZEITLER, « Environmental Criminal Law », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 77, no.1, 2006, pp. 255-261.

J. ZILLER, « Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics », *RIDE*, vol. t. xvii, no. 3, 2003, pp. 495-510.

V. RAPPORTS, DÉCLARATIONS, DOCUMENTS DE TRAVAUX PRINCIPAUX

R. BACHAND, « CMS contre Argentine : Premières réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre », Note de recherche, - *CEIM* p. 2, disponible en ligne le 10 septembre 2016 : http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Bachand_CMS.pdf.

I. BERNIER, H. RUIZ-FABRI, *Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*, étude préparée pour le compte du Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Québec, 2002. Disponible en ligne le 20 juin 2018 : http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/pdf/106145_faisabilite.pdf

CCFD-Terre Solidaire, *Investissements et accaparement des terres et des ressources : prévenir les violations des droits humains*, juin 2012, p.7.

F. COLLART DUTILLEUL, Analyse de la contribution du Secrétariat de la FAO pour la définition des objectifs et les possibles décisions du Sommet mondial des 16, 17 et 18 novembre 2009 sur la sécurité alimentaire, 2009, disponible en ligne <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00716826>.

T. COTTIER, R. ECHANDI, R. LEAS-ARCAS, R.G LIECHTI-MCKEE, T. PAYOSOVA, et C. SIEBER-GASSER, « The Principle of Proportionality in International Law », *Trade Regulation Working Paper*, No 2012/38.

L. COTULA, *Land rights and investment treaties, Exploring the interface*, IIED Land, Investment and Rights series, International Institute for Environment and Development (UK), 2015.

L. COTULA, M.DJIRÉ, R.-W. TENGA, (dir.), *Le droit à l'alimentation et l'accès aux ressources naturelles*, FAO, Rome, 2009, p. 26.

H. ELVER, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'alimentation, A/HRC/28/65. Accès à la justice et droit à l'alimentation: la marche à suivre, Conseil des droits de l'homme, Vingt-huitième session, Point 3 de l'ordre du jour, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, 12 janvier 2015.

B. FRYDMAN

- « Comment penser le droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01, pp. 18-19.

- « La concurrence normative européenne et globale », *Centre Perelman de philosophie du droit, working papers 2016/3*, p. 3.

G. HAFNER, « Les risques que pose la fragmentation du droit international », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, annexe pp. 310 et s.

C. GOLAY, M. ÖZDEN, *Le droit à l'alimentation*, brochure, Une collection du Programme Droit Humains du Centre Europe-Tiers Monde (CETIM).

K. GORDON, J. POHL, M. BOUCHARD, « Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01.

S. LEPELTIER, « Mondialisation : une chance pour l'environnement ? », Rapport d'information n° 233 (2003-2004), fait au nom de la délégation du Sénat français pour la planification, déposé le 3 mars 2004, p. 44.

H. MANN, K. VON MOLTKE, L.-E. PETERSON, et A. COSBEY, *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable*, Institut international du développement durable (IIDDD), Avril 2005, révisé et traduit en 2006.

A.-C. MARTINEAU, « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », Biennial Conference of the European Society of International Law, Paris, 2006, *International law: do we need it?*, disponible en ligne le 11 avril 2019 : <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Martineau.PDF>, p. 2.

J. R. MARTINEZ COBO, *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Conclusions, propositions et recommandations*, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, Vol V, Nations Unies, E/CB.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, pp. 16-21 et pp. 41-45.

K. NURM, *L'accaparement des terres : une sonnette d'alarme pour l'Europe et une menace imminente pour l'agriculture familiale*, Avis du Comité économique et social européen (avis d'initiative), NAT/632 – EESC-2014-00926-00-00-AC-TRA (EN) 4/16, Bruxelles, 21 janvier 2015, p. 4.

A. PELLET, Comptes rendus analytiques des séances de la cinquième-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1er mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, Vol I, 2006, A/CN.4/SER.A/2006 p. 254.

H. RUIZ FABRI, L. GRADONI et Groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice. France. (Dir.), *Émergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation, Rapport final*, UMR de droit comparé, Université Paris 1 2008.

J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », intervention du vice-président du Conseil d'Etat à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, disponible en ligne sur le site du Conseil d'Etat français.

O. DE SCHUTTER

- *Acquisitions et locations de terres à grande échelle : ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, Rapport du rapporteur sur le droit à l'alimentation, Conseil des droits de l'homme, 13^e session, Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/13/33/Add.2, 2009.

- *Accès à la terre et droit à l'alimentation*, Rapport du rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, 65^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/65/281, 21 octobre 2010.

- Combattre la faim par le biais du droit à l'alimentation. Progrès réalisés au niveau national en Afrique, en Amérique latine et en Asie du Sud, note d'information, mai 2010 p. 4.

- « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights : An Introduction », *CRIDHO Working Paper* 2013/2.

M. ÖZDEN, « Sociétés transnationales et droits humains : Etat des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », *CETIM*, 2006, p. 3.

The International Institute for Sustainable Development (IISD) and the Friedrich Ebert Stiftung (FES), « Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements », *Report of the expert meeting held in Versoix, Switzerland*, January 11-12, 2018, p. 11-12.

Banque mondiale

World Bank, *El Salvador, Recent Economic Developments in Infrastructure*, REDI-SR, Report No. 37689-SV, 20 octobre 2006, p.176, § 6.16.

World Bank, *International bank for reconstruction and development and international finance corporation country partnership strategy for the Republic of El Salvador*, report No. 50642-SV, 29 octobre 2009, p 18 § 57.

CDI

Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 13.

Commentaire de l'article 25 par R. AGO in *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats, Annuaire de la Commission du droit international*, Documents de la trente-deuxième session (non compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), 1980, Vol II, p. 19.

Commentaire de l'article 25 des Articles adoptés par la Commission du droit international , paragraphe 2, *Annuaire de la Commission du droit international*, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Vol II, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001, p. 85.

CNUCED

CNUCED, *Code de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictives*, 1980.

CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissements*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2009.

UNCTAD, *Reform Package for the International Investment Regime*, New York and Geneva, UN, 2018.

Conseil d'Etat français

Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, 2013.

CSA

CSA, *Cadre d'action pour la sécurité alimentaire et la nutrition lors des crises prolongées (CSA-CDA)*, 13 octobre 2015.

CSA, *Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires*, 2014.

CSA, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, 2012.

FAO

FAO, *Plan d'action du Sommet mondial de l'alimentation*, disponible sur le site internet de la FAO.

FAO, *Projet de déclaration du Sommet mondial de l'alimentation : cinq ans après*, Rome, 10-13 juin 2002.

FAO, *Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, adoptées à la cent vingt-septième session du Conseil de la FAO, Novembre 2004, p. 7.

FAO, *Directives volontaires*, adoptées à la cent vingt-septième session du Conseil de la FAO, Novembre 2004, Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture, Rome, 2005.

FAO, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, FAO, 11 mai 2012.

FAO, *Cadre stratégique révisé 2010-2019*, C 2013/7, Trente-huitième session, Conférence, Rome, 15 - 22 juin 2013.

FAO, *Directives d'application volontaire pour la prise en compte systématique de la biodiversité dans les politiques, programmes et plans d'action nationaux et régionaux relatifs à la nutrition*, FAO, Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, 2016.

FAO, « Acte constitutif », *Textes fondamentaux de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture*, Vol I et II, 2017.

FIDA

FIDA, *Cadre stratégique du FIDA 2016-2025, Favoriser une transformation inclusive et durable du monde rural*, Rapport 2016.

OCDE

OCDE, *Principes Directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, 1976.

OCDE, *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, OCDE, 1996.

OCDE, *L'accord multilatéral sur l'investissement, projet de texte consolidé (AMI)*, DAF/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998.

OCDE, *L'expropriation indirecte et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*, OCDE, 2004.

OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *Éditions OCDE*. 2004.

OCDE, *Droit international de l'investissement : Un domaine en mouvement, Complément aux Perspectives de l'investissement international*, OCDE, 2005.

OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États*, *Éditions OCDE*, juin 2005, p. 4.

OCDE, *Sécurité alimentaire mondiale, Défis pour le système agricole et agro-alimentaire*, OCDE, 2013.

OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement agricole*, OCDE, 2013.

OIT

OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 1977.

PAM

PAM, *Faim Zéro : Au cœur de l'agenda 2030*, juin 2016.

Rapports groupés des organisations internationales

Rapport FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF, *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2018. Renforcer la résilience face aux changements climatiques pour la sécurité alimentaire et la nutrition*. Rome FAO, 2018, p. 12.

Rapport FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF, *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2017. Renforcer la résilience pour favoriser la paix et la sécurité alimentaire*. Rome, FAO, 2017, p. 2.

Rapport de la Banque Mondiale, CNUCED, FAO, FIDA, *Principes pour l'investissement agricole responsable (PRAI)*, 2009.

UNION EUROPÉENNE

Rapport sur *l'accaparement de terre et droits de l'homme : rôle des sociétés et des entités financières européennes dans l'accaparement de terre en dehors de l'Union européenne*, Direction générale des politiques externes, département thématique, Parlement européen, EP/EXPO/B/DROI/2015/02, 2016.

VI. JURISPRUDENCES PRINCIPALES

- COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE/COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Activités militaire et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c. Etats-Unis), 27 juin 1986, *Rec.* p. 94

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne), 5 février 1970, *Rec.* p. 3.

Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 30 août 1924, Série A, n°2, p. 12.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien, Avis consultatif du 9 juill.2004, *Rec.* 2004, spec. §130-137.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), 20 juillet 1989, *Rec.* p. 15.

Fonderie de Trail (Canada/Etats-Unis), 11 mars 1941,), *Rec.* vol. III, pp. 1905-1982.

Paiement de divers emprunts serbes émis en France, affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, arrêts n°14 pour les emprunts serbes et 15 pour les emprunts brésiliens, 1929, Série A, n°20/21, p. 41.

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), 1997, *Rec.* p. 7

Usine de Chorzów, (Allemagne/Pologne), 13 Septembre 1928, *Usine de Chorzow, Rec.* Série A, n°17.

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010, § 77.

- COURS EUROPÉENNES (CJCE, CJUE, CEDH)

CJCE/CJUE

Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide c/ Köster, aff. 25/70, *Rec.* 1161, 17 déc. 1970.

Slowakische Republik c. Achmea BV, aff. C-284/16, 6 mars 2018.

Valsabbia c/ Commission, aff. jointes 154/78 et autres, *Rec.* 907, 18 mars 1980.

Vodafone Ltd e.a., aff. C-58/08, 8 juin 2010.

CEDH

Butan et Dragomir c/Roumanie, n°40067/06, 14 février 2008.

Handyside c. Royaume-uni, n°5493/72, 7 décembre 1976.

Hokkanen c. Finlande, 24 août 1994.

James et autres c. Royaume-Uni, 21 février 1986.

Kadiķis c/ Lettonie, n°62393/00, 4 mai 2006.

López Ostra c. Espagne, n°16798/90, 09 décembre 1994.

Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979, *Rec. Série A*, n° 31.

Matos e Silva, Lda., et autres c. Portugal, 16 septembre 1996, *Rec. Vol IV*.

Mellacher and Others v. Austria, judgment of December 19, 1989, 48, p.24.

Oao Neftyanaya kompaniya Yukos c. Russie, n°14902/04, 20 septembre 2011.

Pressos Compañía Naviera and Others v. Belgium, judgment of November 20, 1995, 38, p. 19.

V.D. c Roumanie, n°7078/02, 16 février 2010.

Wallona et Walla c/ République Tchèque, n°23848/04, 26 octobre 2006.

- *COURS AMÉRICAINES*

Cours nationales

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, Jugements de la Cour suprême du Canada, [1997] 3 *RCS* 1010, n° 23799, 1997, §114.

United States District Court, Southern district of New York, Chevron corp. c. Dozinger et al, March 4, 2014, Case 1 : 11-cv-00691-LAK-JCF.

CIDH

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Judgment of August 31, 2001, (Ser. C) No. 79, 200.

Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs.

Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of March 29, 2006, Merits, Reparations and Costs.

- *COURS AFRICAINES*

Cours nationales

Afrique du sud, Constitutionnel Court Khosa and Others v. Minister of Social development and Others, 2004, (6) *BCLR* 569 (CC), 4 march 2004.

High Court of South Africa (Cape of Good Hope Provincial division), Kenneth George and Others v. Minister of Environnement Affairs & Tourism, Case N° EC 1/2005, 2 may 2007.

Hight Court of Botswana, Roy Sesana, Keiwa Setlhobogwa and Others vs Botswana, Misc. No. 52 of 2002, 13 décembre 2006.

CADHP

CADHP, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, affaire n°55/96, 13 oct. 2001.

CADHP, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c. Kenya*, affaire n° 276/03, 25 novembre 2009.

Cour ADHP, *African Commission on human and peoples' rights / Republic of Kenya*, n° 006/2012, judgment, 26 mai 2017, § 201.

- *COUR ASIATIQUE*

India, *Supreme Court, People's Union for Civil Liberties Vs. Union of India & Ors*, 2001.

- *CIRDI*

Antoine Goetz et autres et S.A. Affinage des Metaux c. Burundi, aff. n°. ARB/01/2, 21 juin 2012.

Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation c. Roumanie, aff. n° ARB/10/1.

AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, affaire n°ARB/77/1, sentence du 30 nov. 1979.

Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. Argentine, aff. n° ARB/03/17.

Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, aff. n° ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990.

Azurix Corp. c. Argentine, aff. n°ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006.

Bear Creek Mining Corporation c. pérou, aff. n°ARB/14/2, sentence du 30 nov. 2017.

Bernhard von Pezold and Others c. République du Zimbabwe, aff. n°ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015.

Bernardus Henricus Funnekotter and others c. Zimbabwe, aff. n° ARB/05/6, sentence 22 avril 2009.

Biwater Gauff c. Tanzanie, aff n°. ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.

Burlington Resources Inc. c. Equateur, aff. n°ARB/08/5, demandes reconventionnelles, 7 février 2017.

Compañia de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi (ex-Compagnie Générale des Eaux) c. Argentine, aff. n°ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000.

Compania del Desarrollo de Santa Elena c/ Costa Rica, aff. n°ARB/96/1, sentence du 17 février 2000.

Consortium Groupement Lesi-Dipenta c/ Algérie, aff. n° ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005.

Continental Casualty Company c/ Argentine, n° ARB/03/9, sentence du 5 sept. 2008.

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, aff. n° ARB/01/8, sentence finale, 12 mai 2005.

Eco Oro Minerals Corp. c. Colombie, aff. n° ARB/16/41.

El Paso Energy International Company c. Argentine, affaire n° ARB/03/15.

Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique, aff. n°. ARB(AF)/02/1, 17 juillet 2006.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines, aff. n°. ARB/03/25, sentence du 16 août 2007.

Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) c. Roumanie, aff. n°ARB/15/3121, Notice d'arbitrage, 21 juillet 2015.

Gavazzi c. Roumanie, n° ARB/12/25, décision sur la compétence, la recevabilité et la responsabilité, 21 avril 2015,

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana, affaire CIRDI n°. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010.

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, aff. n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011.

Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador, aff. n°ARB/03/26, sentence du 2 août 2006.

Joseph Charles Lemire c. Ukraine, aff. n°ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011.

Joy Mining c. Egypte, aff. n°ARB/03/1, sentence du 6 août 2004.

LG&E Energie Corporation et consorts c. Argentine, aff. n° ARB/02/01, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006.

Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c. Liberia, aff. n°ARB/83/2JDI, sentence du 31 mars 1986.

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne, aff. n°ARB/14/1, sentence du 16 mai 2018.

Metalclad Corporation c. Mexique, aff. n° ARB/(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.

Mondev Int'l Ltd c. Etats-Unis, aff. n°ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur, aff. n°. ARB/06/11, 5 octobre 2012.

Pac Rim Cayman LLC c. Le Salvador, aff. n°ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016.

Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie, aff. n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007.

Plama Consortium Limited c. Bulgarie, aff. n°. ARB/03/24, sentence finale, 27 août 2008.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A., Abal Hermanos S.A. c Uruguay, aff. n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016.

Phoenix Action c. République tchèque, aff. n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009.

Quiborax c. Bolivie, aff. n°ARB/06/02, décision sur la compétence, 27 septembre 2012.

RSM Production Corporation c. République centrafricaine, ARB/07/02, décision sur la compétence et la responsabilité du 7 décembre 2010.

Saba Fakes c. Turquie, aff. n°ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010.

Salini c. Maroc, aff. n° ARB/00/4, sentence du 23 juillet 2001.

Saluka Investments B. V. c. République Tchèque, sentence partielle, 17 mars 2006.

SAUR International c. Argentine, affaire n. ARB/04/4.

Sempra Energy International c. Argentine, aff. n°ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007.

Siemens A.G. c. Argentine, aff. n° ARB/02/8, Décision sur la compétence, 3 août 2004

Sodexo Pass International SAS c. Hongrie, aff. n°ARB/14/20, sentence du 28 janvier 2019.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Egypte, aff. n°ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine aff. n°. ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010.

Spyridon Roussalis c. Roumanie, aff. n° ARB/06/1, sentence finale, 7 décembre 2011,

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, aff. n°ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003.

UP (ex Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale c. Hongrie, aff. n°ARB/13/35, sentence du 09 octobre 2018.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine, aff. n°ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016.

Vattenfall c. Allemagne, n°ARB/12/12, sentence du 31 août 2018.

Vestey Group Ltd c. Venezuela, aff. n°ARB/06/4

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte, affaire n° ARB/05/15, sentence du 1er juin 2009.

Waste Management, Inc. c. Mexique, aff. n°ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004.

- CNUDCI

Chemtura Corporation c. Canada, (CNUDCI) sentence du 2 août 2010.

CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque, sentence partielle, 13 septembre 2001.

Ethyl Corporation c. The Government of Canada, sentence 24 juillet 1998.

G. Gallo v. Government of Canada, Award, 15 septembre 2011.

Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis, sentence 8 juin 2009.

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al v. United States of America, Arbitration Rules, Award, 12 January 2011.

International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique, sentence du 26 janvier 2006.

Methanex Corporation c. États-Unis, sentence finale, 5 août 2005.

S.D. Myers, Inc. c. Canada, sentence partielle du 13 novembre 2000.

Ronald S. Lauder c. République Tchèque, sentence finale, 3 septembre 2001.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie, (CPA) aff. n° AA 227, sentence finale, 18 juin 2014.

- OMC

Canada - Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés, L/6268 - 35S/106, adopté le 22 mars 1988.

Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001.

Corée - Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS169/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 Dec. 2000, § 159.

États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

États-Unis - restrictions à l'importation de thon (Plainte de la Communauté économique européenne), GATT DS29/R, distribué le 16 juin 1994.

États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et anciennes formules, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.

Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, DS10/R, adopté le 7 novembre 1990.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.

A

Accord multilatéral sur l'investissement, 88, 824

Accaparement, 350 et s, 530 et s, 495 et s

Accessibilité (critère) 275 et s

Agricole (spécificité), 9

ALENA, 86 et s, 157, 199, 405 et s, 543, 699

Alien Tort Claims Act, 720-726

Amicus curiae, 265, 389-398, 378, 345

Arbitrabilité, 834-836

Arbitres

-**Fonctions**, 834 et s

-**Légitimité**, 841 et s

-**Contrôle**, 833 et s

Atteinte normale, 213 et s

Atteinte raisonnable, 213 et s

Attentes légitimes, 221, 234 et s

Autodétermination, 432 et s

B

Balance des normes, 289 et s

Balance des responsabilités, 399 et s

Balancier, 38, 481, 482, 855, 863

Bien commun fondamental (qualification hybride), 567 et s

Bien public mondial, 565 et s

C

CETA, 2, 3, 94, 97, 144, 198, 216, 229, 399, 740 et s

CIRDI (centre d'arbitrage), 12, 79

CJUE (réforme) 2, 96

Clause alimentaire, 146, 825, 852, 853, 854, 865

Clause d'expropriation, 156, 194-221

Clause de traitement juste et équitable, 222 et s, 239

CNUCED, 513, 523

CNUDCI, (groupe de travail III, réforme), 22

Coface, 812

Compétence universelle, 720 et s

Compliance alimentaire, 757

Conditionnalité alimentaire, 810 et s

Contrariétés (décisions), 172 et s

Contrat d'Etat, 75

Crime alimentaire, 638

CSA, 62

Culturel (critère), 419 et s

D

Demandes reconventionnelles, 99, 459, 805 et s

Démocratie alimentaire, 694, 865

Développement durable, 66 et s, 394 et s, 703 et s

Diligence Due, 777-778

Durabilité (critère), 371 et s

E

Ecocide, 621-625, 629 et s

Ecocrime, 627-630

Effet unique (critère), 203 et s

État de nécessité, 193 et s, 291 et s, 341 et, 592 et s

Ethnocide, 641 et s

Ethnocrime, 641-648 ; 649-650

Exception alimentaire, 575 et s

Exceptions générales, 138, 315 , 584 et s

Ethnocrime, 641-648 ; 649-650

Exception alimentaire, 575 et s

Exceptions générales, 138, 315 , 584 et s

F

FAO, 60 et s, 455, 514

FIDA, 60-62

Fragmentation, 112 et s

H

Hard law, 756 et s

I

Indemnisation, 196 et s, 677 et s

Interdépendance (disciplines), 5, 7, 712 et s

Investissement irrégulier, 17, 496, 800-804

Investissement protégé, 763 et s, 800-804

Investissements agricoles (grande échelle), 350 et s, 486-523

J

Justiciabilité (alimentaire) , 257 et s

L

Lex specialis, 32-33, 71, 168, 295

N

Normes

- **concurrentes**, 154 ets
- **contradictaires**, 165 et s
- **hiérarchie**, 162-164
- **primauté**, 157 et s, 162, 290 et s, 340 et s

O

Obligations

- **alimentaires**, 34, 170, 193 et s, 244-247, 673 et s, 677 et s, 681 et s
- **contradictaires** (v. normes)
- **en cours**, 781, 784
- **ex ante**, 781, 783
- **ex post**, 781, 785

OCDE, 90, 685

OMC, 9, 545, 585 et s, 690

Ordre juridique, 20, 21, 117, 132 et s

Ordre public alimentaire, 591, 820 et s

Ordre public transnational, 828 et s

P

Participation

- développement économique de l'Etat d'accueil, 13 et s, 496 et s, 796 et s
- droit, 434 et s

Police powers, 179, 196, 207 et s

Proportionnalité

- CEDH, 314 et s
- **admission**, 366 et s, 411 et s
- **critiques**, 359 et s
- **conditionné**, 37-38, 468 et s
- **principe**, 36, 311 et s

Protection alimentaire (besoin), 47 et s

Protection investissements (besoin), 52 et s

Protection diplomatique, 73 et s

Protocole facultatif, 259 et s
(droits économiques, sociaux et culturels)

R

Réglementation (droit), 84, 193 et s

Répartition équitable (critère), 325 et

Responsabilité alimentaire

- Etat, 672 et s
- Investisseur, 748 et s

Responsabilité international (États), 675 et s

Ressources naturelles, 104, 526 et s

Risque alimentaire, 270 et s

RSE, 90, 141

S

Soft law, 750 et s

Souveraineté alimentaire, 689 et s

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-------|
| Introduction | p. 9 |
| §1. La diversité des interactions | p. 13 |
| §2. Le prisme des conflits de normes | p. 25 |
| §3. La permanence du phénomène | p. 33 |
| | |
| PARTIE 1.- L'EXISTENCE DES CONFLITS NORMATIFS ENTRE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX | p. 39 |
| | |
| Titre 1.-La révélation des déséquilibres normatifs entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux : le diagnostic des conflits de normes | p. 41 |
| | |
| Chapitre 1.- L'analyse étiologique des conflits normatifs : les causes | p. 42 |
| | |
| Section 1.- La disparité des fondements du droit de l'alimentation et du droit des investissements internationaux | p. 42 |
| | |
| §1.- Les cloisons normatives conceptuelles de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux | p. 42 |
| A.- Les finalités distinctes | p. 42 |
| 1°) Le besoin d'une protection des droits alimentaires des populations | p. 43 |
| 2°) Le besoin d'une protection des droits de propriété des investisseurs | p. 45 |
| B.- L'absence de liaisons d'origine | p. 48 |
| 1°) Les origines normatives de la sécurité alimentaire | p. 48 |
| a) <i>Les premiers jalons de la sécurité alimentaire : première vague</i> | p. 48 |
| b) <i>L'impulsion du développement durable sur la sécurité alimentaire : deuxième vague</i> | p. 52 |
| 2°) Les origines normatives des investissements internationaux | p. 56 |
| a) <i>De la protection diplomatique aux contrats d'État : première vague</i> | p. 56 |
| b) <i>L'essor des traités bilatéraux d'investissement : deuxième vague</i> | p. 60 |
| | |
| §2.- Le contraste des forces normatives entre la sécurité alimentaire et les investissements internationaux | p. 62 |
| A.- L'efficacité protectrice des fondements juridiques des investissements internationaux | p. 63 |
| 1°) Le paradigme de la protection exclusive des droits des investisseurs | p. 63 |
| 2°) L'évolution des traités bilatéraux d'investissement | p. 71 |
| B.- L'efficacité limitée des fondements juridiques de la sécurité alimentaire | p. 74 |
| 1°) La protection relative des instruments juridiques alimentaires | p. 74 |
| 2°) L'évolution du concept de sécurité alimentaire | p. 79 |
| | |
| Section 2.- L'incidence de la fragmentation du droit international sur la relation entre le droit de l'alimentation et le droit des investissements internationaux | p. 81 |
| | |
| §1.- Les incidences négatives majoritaires | p. 81 |
| A.- Le risque des désordres normatifs généré par le processus fragmentaire | p. 82 |
| 1°) Unité et diversité | p. 82 |
| 2°) Fragmentations et contradictions | p. 84 |
| B.- L'insuffisance des convergences entre la norme alimentaire et la norme liée à l'investissement | p. 87 |

| | |
|---|--------|
| 1°) L'absence de références directes de la sécurité alimentaire dans le droit international des investissements | p. 87 |
| 2°) De l'absence de référence à l'imperméabilité des normes alimentaires dans le droit international des investissements : « l'effet papillon » | p. 88 |
| §2.- Les incidences positives minoritaires | p. 91 |
| A.- Les apports constructifs de la diversité normative impulsés par le processus fragmentaire | p. 91 |
| 1°) Ordre juridique et fragmentation | p. 92 |
| 2°) Le caractère novateur et évolutif du pluralisme | p. 93 |
| B.- L'articulation occasionnelle de la sécurité alimentaire et des investissements internationaux dans les accords d'investissement | p. 94 |
| 1°) La prise en compte indirecte de la sécurité alimentaire dans les accords d'investissements internationaux | p. 94 |
| 2°) La portée restreinte de la prise en compte indirecte dans les accords d'investissements internationaux | p. 99 |
| Chapitre 2.- L'analyse sémiologique des conflits normatifs : les symptômes | p. 103 |
| Section 1.- Les symptômes des conflits de normes dans le droit applicable | p. 103 |
| §1.- La discordance des normes : le déséquilibre des normes | p. 103 |
| A.- La concurrence entre les normes | p. 103 |
| 1°) L'incohérence des normes | p. 104 |
| 2°) Des relations hiérarchiques embryonnaires | p. 108 |
| B.- La formation d'obligations contradictoires | p. 110 |
| 1°) L'assujettissement à des normes contradictoires | p. 110 |
| 2°) La violation d'une norme par le respect d'une autre | p. 113 |
| §2.- La contrariété des décisions arbitrales : le déséquilibre des décisions | p. 114 |
| A.- Des éléments juridiques semblables | p. 114 |
| 1°) La similarité des faits | p. 115 |
| 2°) La similarité des fondements juridiques | p. 117 |
| B.- Des conclusions juridiques contraires | p. 119 |
| 1°) L'interprétation contradictoire du critère de gravité | p. 119 |
| 2°) L'interprétation <i>in concreto</i> | p. 121 |
| Section 2.- Les symptômes des conflits de normes sur les opérateurs | p. 123 |
| §1.- L'opposition du droit de réglementation des États aux droits des investisseurs : le déséquilibre des responsabilités | p. 123 |
| A.- Les obligations alimentaires étatiques vs les clauses d'expropriation | p. 123 |
| 1°) Le caractère conflictuel des clauses d'expropriation et du droit de l'alimentation ... | p. 124 |
| a) <i>La notion d'expropriation</i> | p. 124 |
| b) <i>L'appréciation critique des critères de l'effet et de l'intention</i> | p. 129 |
| i) L'appréciation critique du critère exclusif de l'effet de la mesure : l'affirmation du droit de propriété des investisseurs par la négation de la sécurité alimentaire | p. 129 |
| ii) L'appréciation critique de la doctrine des <i>police powers</i> : l'affirmation de la sécurité alimentaire par la négation du droit de propriété del'investisseur | p. 131 |

| | |
|--|--------|
| 2°) La recherche de nouvelles voies face à l'inadaptabilité des doctrines classiques de <i>l'effet unique</i> et des <i>police powers</i> | p. 134 |
| B.-Les obligations alimentaires étatiques vs les clauses de traitement juste et équitable | p. 140 |
| 1°) Le caractère conflictuel des clauses de traitement juste et équitable et du droit de l'alimentation | p. 141 |
| 2°) L'existence des attentes légitimes des investisseurs vs l'absence d'attentes légitimes des Etats | p. 148 |
| §2-. L'asymétrie des droits des investisseurs et des droits des victimes d'insécurité alimentaire | |
| A.- La combinaison difficile des obligations alimentaires étatiques et du droit à un recours effectif | p. 151 |
| 1°) L'identification des obligations alimentaires des Etats | p. 152 |
| 2°) L'insuffisance de la justiciabilité alimentaire | p. 154 |
| B. Le sort incertain des victimes d'insécurité alimentaire par l'effet d'une opération d'investissement | p. 159 |
| 1°) L'application variable du droit à l'alimentation | p. 159 |
| 2°) Justiciabilité du droit à l'alimentation et arbitrage international d'investissement ... | p. 163 |
| Titre 2. La généralisation des risques alimentaires dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissements : le pronostic des conflits de norme | p. 167 |
| Chapitre 1.- L'identification des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires quantitatifs | p. 169 |
| Section 1.- L'accessibilité alimentaire dans le droit international des investissements | p. 169 |
| §1-. La mise en oeuvre du critère d'accessibilité dans le droit international des investissements : l'affaire <i>Aguas Argentinas</i> | p. 169 |
| A.- La violation des droits des investisseurs par l'État en vertu du droit d'accès à l'eau | p. 170 |
| 1°) Le rejet de l'expropriation par le tribunal arbitral d'investissement | p. 171 |
| 2°) L'admission d'une violation du traitement juste et équitable par le tribunal | p. 174 |
| B.- La primauté de la norme de protection de l'investissement sur la norme alimentaire | p. 176 |
| 1°) L'exclusion de l'état de nécessité par le tribunal arbitral d'investissement | p. 176 |
| 2°) Le traitement égal de normes inégales | p. 182 |
| §2.- L'accessibilité alimentaire à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements | p. 185 |
| A.- Le risque alimentaire lié à l'accessibilité dans le droit international des investissements | p. 185 |
| 1°) L'identification du critère d'accessibilité | p. 185 |
| 2°) Les différents conflits de la norme alimentaire liée à l'accessibilité et de la norme liée à l'investissement | p. 187 |
| B.- L'apport du principe de proportionnalité | p. 192 |
| 1°) La transposition du principe dans le droit international des investissements | p. 192 |
| 2°) Le traitement de l'accessibilité alimentaire et des droits de investisseurs par la proportionnalité | p. 198 |

| | |
|--|--------|
| Section 2.- La répartition équitable en droit international des investissements | p. 201 |
| §1.-La mise en oeuvre du critère de répartition équitable dans le droit international des investissements : l'affaire <i>Bernhard von Pezold c. Zimbabwe</i> | p. 201 |
| A.- La violation des droits des investisseurs par l'État en vertu du droit d'accès à la terre | p. 201 |
| 1°) L'admission de la violation du traitement juste et équitable par le tribunal arbitral | p. 204 |
| 2°) L'admission de l'expropriation par le tribunal arbitral d'investissement | p. 205 |
| B.- La primauté de la norme de protection de l'investissement sur la norme alimentaire | p. 209 |
| 1°) L'exclusion de l'état de nécessité par le tribunal arbitral d'investissement | p. 209 |
| 2°) Le traitement de la situation alimentaire par la norme de protection de l'investissement | p. 210 |
| §2.- La répartition équitable à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements | p. 211 |
| A. Le risque alimentaire lié à la responsabilité équitable dans le droit international des investissements | p. 211 |
| 1°) L'identification du critère de répartition équitable | p. 211 |
| 2°) L'aggravation de la répartition inéquitable par l'opération d'investissement | p. 214 |
| B. Les critiques relatives du principe de proportionnalité | p. 218 |
| 1°) La répartition équitable et le rejet de la proportionnalité | p. 218 |
| 2°) Le traitement admissible de la répartition équitable et des droits des investisseurs par la proportionnalité | p. 221 |
| Chapitre 2.- L'identification des conflits normatifs porteurs de risques alimentaires qualitatifs | p. 225 |
| Section 1.- La durabilité alimentaire dans le droit international des investissements | p. 225 |
| §1.- La mise en oeuvre du critère de durabilité dans le droit international des investissements : Étude de cas de l'affaire <i>Pac Rim Cayman LLC c. Salvador</i> | p. 225 |
| A.- Le refus d'autorisation d'une licence d'exploitation minière en vertu du droit à l'eau potable | p. 226 |
| 1°) Les mesures environnementales et alimentaires entreprises par le Salvador | p. 226 |
| 2°) Le non-respect des conditions d'obtention de la licence minière par les investisseurs | p. 230 |
| B.- La primauté de la norme de durabilité alimentaire sur la norme de protection de l'investissement | p. 232 |
| 1°) L'inapplication de l'accord d'investissement international au profit de la loi salvadorienne | p. 232 |
| 2°) L'application du principe constitutionnel salvadorien de proportionnalité | p. 235 |
| §2.- La durabilité alimentaire à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements | p. 237 |
| A.- Le risque alimentaire lié à la durabilité dans le droit international des investissements | p. 237 |
| 1°) L'identification du critère de la durabilité | p. 237 |

| | |
|---|--------|
| 2°) Les différents conflits de la norme alimentaire liée à la durabilité et de la norme liée à l'investissement | p. 243 |
| B.- L'adaptation du principe de proportionnalité | p. 248 |
| 1°) L'entrée du principe de proportionnalité par la durabilité dans le droit international des investissements | p. 248 |
| 2°) L'extension potentielle du principe de proportionnalité aux autres rapports de la norme alimentaire et de la norme d'investissement | p. 251 |
| Section 2. Le critère culturel dans le droit international des investissements | p. 252 |
| §1.- La mise en oeuvre du critère culturel dans le droit international des investissements | p. 253 |
| A.-L'opération d'investissement international sur les terres des communautés autochtones | p. 253 |
| 1°) L'identification des peuples autochtones | p. 253 |
| 2°) Les motifs d'atteintes au droit à la terre par l'opération d'investissement | p. 254 |
| B.- Les effets négatifs de l'opération d'investissement sur la sécurité alimentaire des peuples autochtones | p. 260 |
| 1°) Les atteintes au droit à la terre des communautés autochtones par l'opération d'investissement | p. 260 |
| 2°) Les atteintes au droit à la participation et à l'autodétermination des peuples autochtones par l'opération d'investissement | p. 261 |
| §2. Le critère culturel à la lumière du principe de proportionnalité dans le droit international des investissements | p. 266 |
| A.- Le risque alimentaire lié au critère culturel dans le droit international des investissements | p. 266 |
| 1°) L'identification du critère culturel | p. 266 |
| 2°) Les différents conflits liés à la norme alimentaire culturelle et à la norme de protection des investissements | p. 272 |
| B. L'inefficacité du principe de proportionnalité sans balancier : l'exemple de la norme alimentaire culturelle | p. 278 |
| 1°) Etude du cas Belo Monte | p. 279 |
| 2°) Les enseignements | p. 282 |
| PARTIE 2.- LA RESOLUTION DES CONFLITS NORMATIFS DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX | p. 287 |
| Titre 1. - La norme alimentaire dans le droit international des investissements : le balancier des normes | p. 289 |
| Chapitre 1.- L'exigence d'une élévation de la norme alimentaire dans le droit international des investissements | p. 291 |
| Section 1.- L'insuffisance d'intégration des normes alimentaires : l'exemple des investissements agricoles à grande échelle | p. 292 |

| | |
|--|--------|
| §1. Droit à la terre et investissements internationaux | p. 292 |
| A.- Le manque de prise en compte des dangers des investissements agricoles à grande échelle | p. 292 |
| 1°) Accès à la terre et investissements fonciers | p. 293 |
| 2°) De l'investissement à l'accaparement | p. 297 |
| B.- L'identification des investissements agricoles à haut risque | p. 299 |
| 1°) La violation des critères quantitatifs de la sécurité alimentaire | p. 299 |
| 2°) La violation des critères qualitatifs de la sécurité alimentaire | p. 301 |
| §2.- Protection alimentaire et protection des investissements | p. 304 |
| A.- L'aléa des protections | p. 304 |
| 1°) Investissements agricoles et organes de protections des investissements internationaux | p. 304 |
| 2°) Investissements agricoles et organes de protection des droits de l'Homme | p. 307 |
| B. L'adéquation des protections | p. 309 |
| Section 2.- La transposition de l'incertitude des qualifications juridiques alimentaires dans le droit international des investissements : l'exemple de l'eau | p. 316 |
| §1.- L'identification des attributs de l'eau | p. 316 |
| A.- L'eau comme ressource naturelle | p. 316 |
| B.- L'eau comme marchandise | p. 321 |
| C.- L'eau comme service | p. 328 |
| D.- L'eau comme droit | p. 329 |
| §2.- Etude d'une qualification juridique hybride pour une amélioration du traitement de la qualification de l'eau dans le droit international des investissements | p. 330 |
| A.- Le regroupement des attributs de l'eau | p. 331 |
| 1°) Les résistances à la marchandisation de l'eau | p. 331 |
| 2°) la concurrence des attributs de l'eau | p. 331 |
| 3°) La protection par d'autres catégories juridiques | p. 332 |
| B. Les difficultés de mise en oeuvre d'une qualification hybride | p. 334 |
| 1°) L'inadaptabilité de la qualification de patrimoine commun de l'humanité | p. 335 |
| 2°) L'échec d'une qualification concurrente des souverainetés : la qualification de bien public mondial | p. 338 |
| 3°) Approche d'une qualification hybride : le bien (marchandise et service) commun (ressource naturelle) fondamental (ressource vitale et droit de l'Homme) | p. 339 |
| Chapitre 2.- L'exigence d'une adaptation de la norme alimentaire dans le droit international des investissements | p. 343 |
| Section 1.-L'adaptation par le droit substantiel | p. 343 |
| §1.- L'application limitée des instruments de protection alimentaire dans le droit international des investissements | p. 343 |
| A.- L'exception alimentaire dans le droit international des investissements | p. 343 |
| 1°) L'exception alimentaire sur le modèle de l'exception culturelle - Programme Lascaux- | p. 344 |
| 2°) L'exception alimentaire sur le fondement des exceptions générales | p. 348 |
| B.- L'application incertaine de l'état de nécessité alimentaire dans le droit international des investissements | p. 354 |
| 1°) L'identification de l'état de nécessité alimentaire dans le droit international des investissements | p. 355 |

| | |
|--|---------------|
| 2°) L'analyse critique de l'appréciation de l'état de nécessité alimentaire dans le droit international des investissements | p. 361 |
| §2.- L'intégration d'instruments de protection alimentaire dissuasifs dans le droit international desinvestissements | p. 368 |
| A. La qualification juridique de l'écocide et de l'écocrime | p. 369 |
| 1°) L'identification de l'écocide et de l'écocrime | p. 369 |
| 2°) L'apport de l'écocide | p. 378 |
| B.- Ethnocide et investissement international | p. 384 |
| 1°) L'identification de l'ethnocide | p. 384 |
| 2°) Mise en oeuvre : Ethnocide et « ethnocrime » | p. 387 |
| Section 2.- L'adaptation par le droit procédural | p. 389 |
| § 1.- La participation des amicus curiae aux différends | p. 389 |
| A.- Le développement des amicus curiae dans la procédure arbitral | p. 389 |
| B. La portée | p. 392 |
| § 2.- Le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral | p. 393 |
| A.-Le cas de refus d'une intervention de la société civile dans la procédure d'arbitrage | p. 393 |
| B.- Le cas de l'admission de la requête en qualité d'amicus curiae | p. 394 |
| Titre 2. - La responsabilité alimentaire dans le droit international des investissements : le balancier des responsabilités | p. 399 |
| Chapitre 1.- Les voies d'amélioration de la responsabilité alimentaire des opérateurs publics | p. 401 |
| Section 1.- Le renouvellement nécessaire de la responsabilité alimentaire des États | p. 401 |
| §1.- Les obligations alimentaires étatiques dans le droit international des investissement | p. 401 |
| A.- La responsabilité des États du fait d'une atteinte aux investissements internationaux en vertu de la sécurité alimentaire | p. 401 |
| 1°) Les conditions d'engagement de la responsabilité internationale des Etats dans le droit international des investissements | p. 402 |
| 2°) La garantie des obligations alimentaires et les droits des investisseurs : l'indemnisation | p. 403 |
| B.- La responsabilité étatique du fait de l'absence de protection alimentaire suffisante dans le droit international des investissements | p. 406 |
| 1°) Le renforcement des obligations alimentaires des États | p. 406 |
| 2°) L'adaptabilité de la souveraineté alimentaire dans les investissements internationaux | p. 409 |
| §2.- La garantie étatique des obligations alimentaires par l'intégration du développement durable dans le droit international des investissements | p. 415 |
| A.- L'intégration progressive du développement durable dans les traités bilatéraux d'investissements | p. 415 |
| 1°) La mise en oeuvre du développement durable dans les investissements internationaux | p. 415 |

| | |
|---|--------|
| 2°) L'évolution des accords d'investissement et la réaffirmation de la liberté normative | p. 416 |
| B. L'apport du concept de développement durable dans les investissements internationaux | p. 418 |
| 1°) L'apport positif : le développement durable comme outil d'unification | p. 418 |
| 2°) L'apport limité : le développement durable apparent comme outil d'accréditation ... | p. 420 |
| Section 2.- Les réglages du défaut de coordination des opérateurs publics | p. 422 |
| §1.- Le risque de divergence juridictionnelle | p. 422 |
| A.- Isolement des juridictions et interdépendances disciplinaires | p. 422 |
| 1°) L'interdépendance des disciplines | p. 422 |
| 2°) L'éventail de voies juridictionnelles | p. 423 |
| B. Le risque des décisions contradictoires lié au défaut de coordination des opérateurs | p. 424 |
| 1°) L'accentuation des conflits de compétence par l'interdépendance disciplinaire | p. 424 |
| 2°) Le risque d'une attribution de compétence universelle inadaptée | p. 426 |
| §2.-L'insuffisance de coordination | p. 431 |
| A.- L'absence de prise en compte de la jurisprudence des tribunaux d'investissements par les autres juridictions | p. 432 |
| 1°) Un phénomène à « sens unique » | p. 432 |
| 2°) Un phénomène général | p. 432 |
| B.- L'émergence de convergences | p. 433 |
| 1°) Les références aux jurisprudences extérieures par les tribunaux arbitraux d'investissement | p. 433 |
| 2°) L'évolution vers une coordination en provenance des opérateurs publics : l'exemple du CETA | p. 436 |
| Chapitre 2.- Les voies d'admission d'une responsabilité alimentaire des opérateurs privés | p. 441 |
| Section 1. Les éléments pour une véritable responsabilisation alimentaire des investisseurs | p. 441 |
| §1.- Essai d'identification d'une responsabilité alimentaire des investisseurs | p. 441 |
| A.- <i>Soft law</i> et responsabilité alimentaire des investisseurs | p. 442 |
| 1°) Le défaut de contrôle des normes alimentaires non contraignantes à destination des investisseurs | p. 442 |
| 2°) Effets similaires de la norme alimentaire dans <i>la soft law</i> et <i>la hard law</i> | p. 445 |
| B.- <i>Hard law</i> et responsabilité alimentaire des investisseurs | p. 447 |
| 1°) Essai d'identification des obligations alimentaires de l'investisseur | p. 447 |
| a) <i>L'obligation de conformité de l'investissement à la législation de l'Etat</i> | p. 448 |
| i) L'obligation alimentaire de conformité de l'investissement à la législation de l'État hôte | p. 451 |
| ii) Obligation de conformité de l'investissement à la législation de l'Etat d'origine | p. 452 |
| b) <i>L'identification de nouvelles obligations</i> | p. 455 |
| i) Exploration | p. 455 |
| ii) Propositions : mise en lumière des obligations | p. 458 |
| 2°) L'émergence d'une responsabilité alimentaire internationale de l'investisseur | p. 462 |
| a) <i>Le besoin d'une responsabilité alimentaire des investisseurs</i> | p. 462 |
| b) <i>Quelle(s) responsabilité(s) ?</i> | p. 463 |

| | |
|---|--------|
| § 2.- Le bénéfice de la protection des investissements conditionné à la régularité de l'investissement | p. 466 |
| A.- L'obligation de régularité de l'investissement | p. 467 |
| 1°) L'ajustement du degré de protection en fonction de la régularité de l'investissement | p. 467 |
| 2°) Le rééquilibrage de l'intérêt public alimentaire et des droits des investisseurs : les demandes reconventionnelles | p. 473 |
| B.- La voie de la conditionnalité alimentaire | p. 475 |
| 1°) L'émergence d'un mécanisme conditionnel du respect de la sécurité alimentaire | p. 476 |
| 2°) Méthode arithmétique et conditionnalité alimentaire | p. 477 |
| | |
| Section 2.- La prise en compte de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement | p. 481 |
| | |
| §1.- Les voies d'une prise en compte de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement | p. 481 |
| A.- Ordre public alimentaire et investissements internationaux | p. 481 |
| 1°) L'identification de l'ordre public alimentaire | p. 481 |
| 2°) Les manifestations de l'ordre public alimentaire dans le champ des investissements internationaux | p. 484 |
| B.- Ordre public transnational et investissements internationaux | p. 485 |
| 1°) L'émergence d'un ordre public transnational | p. 485 |
| 2°) Le traitement de la sécurité alimentaire sur le fondement de l'ordre public transnational dans les investissements internationaux | p. 487 |
| | |
| §2.- Le contrôle de la sécurité alimentaire par les tribunaux arbitraux d'investissement | p. 489 |
| A.- Pouvoirs et fonctions de l'arbitre | p. 489 |
| 1°) Compétence du tribunal arbitral pour juger des litiges relevant de la sécurité alimentaire | p. 489 |
| 2°) Fonctions de l'arbitre: passive ou active ? | p. 492 |
| B.- La légitimité de l'arbitre en qualité de garant de la sécurité alimentaire | p. 494 |
| 1°) Le contrôle discutable de la sécurité alimentaire par l'arbitre | p. 494 |
| 2°) Le contrôle justifié de la sécurité alimentaire par l'arbitre | p. 495 |
| | |
| Conclusion générale | p. 503 |