



Le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC, UR 3225)

Le Centre de droit des affaires et du commerce international de l'Université de Montréal
La faculté de droit de l'Université Oran 1 Ahmed Ben Bella, Oran
L'Université de Nouakchott Al-Aasriya
La Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.
L'École Normale Supérieure de Rennes
L'Institut de finance et de management, Alger
La faculté de droit de l'Université Catholique de Lyon
La Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal
Le Groupe de recherche en droit, économie et gestion, Université de Côte d'Azur
L'Association internationale de droit économique
L'Institut Euro-Africain de Droit Économique

présentent

Droits de l'Homme et droit du commerce international *Du conflit à l'apaisement*

*7^e Journées méditerranéennes en l'honneur
du Pr. Mohamed Mahmoud Mohamed SALAH*

Colloque sous la direction scientifique du **Professeur Filali OSMAN, CRJFC**
Besançon (présentiel) & Montréal, Oran, Alger, Tunis, Nouakchott, Rennes, Nice
(en présentiel et diffusion simultanée en ligne et en direct via zoom)
Jeudi 1^{er} décembre 2022 (8h30-18h, heure de Paris)

UFR Sciences juridiques, économiques, politiques et de gestion (SJEPG)
Bâtiment Fourier. Amphi Cournot.

(Les actes seront publiés dans la RDAI 2023, en français et anglais)

MATIN

8h30 : Accueil

Modérateur

Henry LESGUILLONS

Professeur émérite. Rédacteur en chef de la revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal

I- Rapport introductif (20 minutes)

1. **9h : Droit du commerce international et droits de l'Homme : du conflit à l'apaisement** : **Filali OSMAN**, Professeur, CRJFC, Université de Franche-Comté. Chercheur associé Centre de droit des affaires et du commerce international (Université de Montréal) & au CREDIMI. Ancien Conseiller de Gouvernement

II- L'Irruption des Droits de l'Homme dans les traités mondiaux et régionaux de libre-échange et droit uniforme

2. **9h15 : OMC et Droits de l'Homme** : **Hervé A. PRINCE**, LL.D. Professeur titulaire. Directeur du CDACI et de LOIE. Université de Montréal

3. **9h30 : Quelle place pour la Charte des droits fondamentaux dans les instruments de coopération et d'association de l'Union européenne ?** **Cyril NOURISSAT**, Professeur, Centre de recherches sur le droit international privé (CREDIP – EDIEC 4185 - Université Jean Moulin – Lyon 3)

4. **9H45 : Le droit de la mer : un droit protecteur des droits de l'homme ?** **Djamila LARABI**, Docteur en droit. Chargée d'enseignement, faculté de droit de l'Université Catholique de Lyon

5. **10h : La protection des droits de l'Homme dans le droit international de la commande publique : vers un modèle mondial effectif ?** **Mehdi LAHOUAZI** Maître de conférences, Institut de recherches Carré de Malberg, Université de Strasbourg

III- La réception des Droits de l'Homme : les principes et clauses contractuelles du commerce international :

6. **10h15 : Les projets internationaux et européens d'instruments d'application des droits de l'homme aux entreprises transnationales**, **Raphaël MAUREL**, Maître de conférences, CREDIMI, Université de Bourgogne

Pause -café : 15 minutes

7. **10h45 : Les clauses "droits humains" dans la chaîne de valeur** : **Gilles LHUILIER**, Professeur de droit à l'École normale supérieure de Rennes. Responsable scientifique

8. **11h : Expropriation: the thin red line between the right to property and right to development** : **Ahmet Cemil YILDIRIM**, Professeur agrégé de droit comparé. Professeur à l'Université Gulf pour Science et Technologie en Kuwait. Membre de la faculté ICE (Institut pour le Commerce Étranger) en Italie.

9. **11h15 : Le référentiel religieux dans le droit du commerce international, véhicule de diffusion des droits de l'Homme?** **Sâmi HAZOUG**, Maître de Conférences, CRJFC, Université de Franche-Comté

10. **11h30 : Droit à un environnement sain et droit du commerce international** : **Sophie GROSBON**, Maître de conférences, CEDIN, Université Paris Ouest Nanterre la Défense

11. **11h45 : La réception des droits de l'Homme dans les travaux de la CNUDCI** : **Guillaume VIEILLARD**, Magistrat, Chef du Bureau de droit des obligations -Sous-direction du droit civil, Direction des affaires civiles et du sceau au Ministère de la Justice

12h-12h30 : Débats animés par **Éric LOQUIN**

APRÈS-MIDI

Modérateur

Ahmed MAHIOU

Chercheur associé à l'IREMAM

Directeur de recherche émérite au CNRS. Ancien directeur de l'IREMAM (1992-1998)

Ancien professeur et ancien doyen de la Faculté de droit d'Alger

IV. La réception des Droits de l'Homme par la jurisprudence judiciaire et/ou arbitrale internationale

12. **14h00 : Droits de l'Homme et Contentieux judiciaire international :** **Vincent ÉGÉA**, Professeur, Aix-Marseille Université. Vice-Président aux affaires juridiques et institutionnelles
13. **14h15 : Droits de l'Homme et Arbitrage d'investissement :** **Arnaud de NANTEUIL** ; Professeur, Université Paris Est Créteil. Directeur du LLM en contentieux international des affaires.
14. **14h30 : Droits de l'Homme et Arbitrage commercial international :** **Jean-Baptiste RACINE**. Professeur, Université Paris 2, Panthéon-Assas. Directeur adjoint du Centre de recherche sur la Justice. Co-directeur du Master 2 Contentieux, arbitrage et modes amiables de résolution des différends (CAMARD). Directeur scientifique du Journal du droit international (Clunet)
15. **14h45 : Le droit à l'arbitrage international comme droit de l'Homme à l'accès à la justice :** **Lotfi CHEDLY**, Professeur, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis
16. **15h : Droits de l'Homme et amicus curiae dans l'arbitrage international :** **Mostefa TRARI TANI**, Professeur, Université Oran 1, Ahmed Ben Bella Oran, avocat au barreau d'Oran

Pause-café

17. **15h45 : Les traits reconnus à l'arbitrage y compris en matière d'investissement, susceptibles d'altérer les droits de l'Homme, sont-ils consubstantiels à l'arbitrage ? :** **Leila LANKARANI**, Professeur, CRJFC, Université de Franche-Comté, Directrice du Master Protection des Droits Fondamentaux et des Libertés
18. **16h : Droits de l'Homme et droit pénal international :** **Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER**. Professeur, CRJFC, Université de Franche-Comté. Directrice du Centre de recherches juridiques de Franche-Comté (CRJFC) Co-responsable du Master JPP Contentieux & **Amissi M. MANIRABONA**, Professeur, Université de Montréal
19. **16h15 : Droits de l'Homme et Ordre public transnational :** **Éric LOQUIN**, Professeur émérite, CREDIMI, Université de Bourgogne. Arbitre.

Débats : 16h45-17h15

V- Synthèse

20. **16h30-16h50 : L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international. Avancées et limites :** **Mohamed Mahmoud Mohamed SALAH**, Professeur émérite, agrégé des universités, avocat au barreau de Nouakchott, Mauritanie

ARGUMENTAIRE

1. Quelle rencontre pour le droit du commerce international et les droits de l'Homme ? Alors même qu'ils sont supposés être en conflit, selon le constat opéré par la doctrine et la pratique, s'acheminent-ils vers l'apaisement ? La question suggère que le droit du commerce international et les droits de l'homme connaissent comme tout phénomène normatif une évolution dynamique tendant vers une possible rencontre apaisée imposant de la décrire précisément afin de la maîtriser. Or, cette évolution est marquée, selon la doctrine et la pratique, par une crise du droit du commerce international que seul un renouveau permettrait de faire renaître et de porter sur les fonts baptismaux qui font du commerce un instrument au service de la paix et du développement, bref, un instrument de promotion des droits de l'homme.

2. Aussi, le titre choisi pour ce colloque, ainsi que le sous-titre qui l'accompagne, a pour ambition d'apporter sa pierre à l'édifice d'une vision dynamique d'un phénomène juridico-social qu'est le commerce international et sa contribution réelle ou supposée au respect des droits de l'Homme et non plus simplement une cohabitation. Le droit du commerce international a connu une expansion gigantesque depuis presque un siècle, répugnant à tout statisme, animé de forces propres, mais qui ne contribuent pas toujours au respect des droits fondamentaux des citoyens, certaines multinationales contribuant même à nourrir et entretenir des conflits armés ou à renverser des dirigeants politiques élus démocratiquement.

3. C'est pourquoi la pratique et la doctrine mettent en lumière les caractéristiques d'un droit du commerce international qui, souvent, est en conflit, avec les droits fondamentaux des citoyens à l'accès à des besoins vitaux, comme l'accès à l'eau, à l'électricité, à l'emploi, à la culture ou à l'éducation, ou plus simplement à la santé.

4. Ce constat résulte de l'observation de la manière dont certains services publics délégués sont gérés par des opérateurs économiques étrangers, le plus souvent des firmes multinationales. Le résultat est mis en lumière grâce, notamment, aux ONG ou à l'occasion du contentieux arbitral international qui les concerne.

5. Le juriste découvre au travers de la lecture des sentences arbitrales des pratiques contractuelles tendues, violentes, inhumaines, niant et allant jusqu'à la neutralisation du pouvoir normatif de l'État en vue d'assurer le progrès social. Les exemples abondent et sont autant de manifestations tangibles, d'une rencontre violente entre les Droits de l'Homme et le droit du commerce international. Les exemples de nationalisations de services publics confiés initialement à de tels mastodontes du commerce international fleurissent. Le recours à l'arbitrage d'investissement, qui peut déboucher sur la condamnation de l'État et sur la neutralisation de son pouvoir normatif, conduit les ONG à voir dans ce mode de règlement des différends une technique d'évitement du juge étatique rendue possible par la cohésion, voire une entente desdites firmes, pour imposer leurs modèles de contrats, des clauses de stabilisation législative et leurs propres mécanismes de règlement des différends, y compris pour des contrats d'États ayant pour objet la gestion de services publics ou pour contester les droits souverains des États à concevoir leurs politiques de développement.

6. Par ailleurs, les États tentent de donner aux investisseurs étrangers une image globale de leur capacité à favoriser à la fois l'accueil, la rentabilité et l'exploitation de leur investissement. C'est dans ce cadre que s'inscrit la publication annuelle, depuis l'automne 2003, des rapports Doing Business (DB) par la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale. Il s'agit d'une tentative de quantifier et d'évaluer de manière comparative l'impact du droit national sur la croissance économique et sur la vie des affaires grâce à un indicateur synthétique de « facilité à faire des affaires » (« *ease of doing business index* »), constitué de la moyenne de dix indicateurs jugés significatifs : la création d'entreprises (1) ; l'obtention de licence (2) ; le recrutement et le licenciement (3) ; l'enregistrement de la propriété (4) ; l'obtention du crédit (5) ; la protection des investisseurs (6) ; le paiement des taxes (7) ; le commerce transfrontalier (8) ; l'exécution des contrats (9) ; et la fermeture d'entreprise (10).

7. Or, une telle approche exclusivement économique a suscité une forte polémique sur la capacité du droit à former de la croissance économique et ne peut pas laisser indifférents les législateurs nationaux ainsi que les institutions privées en charge de la défense des droits de l'Homme. En effet, aucun des indicateurs ne tient compte du développement humain.

8. Sur le modèle de la dialectique de la pensée conçue par Hegel et Marx, peut-on surmonter les deux thèses contradictoires pour montrer que la promotion du commerce est accompagnée (trop) souvent d'une dérégulation qui s'oppose à la prise en compte de considérations sociales relevant des Droits de l'Homme et de l'accès des citoyens aux services d'intérêt général autrement dénommés services publics. Existe-t-il des propriétés communes qui permettent de les concilier et que devraient-elles être ? Celles de faire du commerce un outil au service de la paix et du développement social et que les Nations ne sauraient prospérer sans le bien-être de leurs citoyens.

9. Une doctrine autorisée pose la question de « l’irruption des droits de l’Homme dans l’ordre juridique économique international : mythe ou réalité ? »¹. Mais si l’irruption est discrète, elle augure d’une vision plus idéaliste du droit international économique. Nous partageons cet optimisme pour, tout à la fois, des raisons identiques à celles décrites par l’auteur, mais également différentes. En tout état de cause, cet optimisme partagé nous conduit à adopter un plan dont les développements nous permettront d’analyser la crise du droit du commerce international avant, non sans un brin d’optimisme, de déceler un ‘renouveau’ mot que nous avons choisi sciemment en guise de sous-titre de ce colloque.

10. On observe des facteurs endogènes et exogènes expliquant que le droit du commerce international et les Droits de l’Homme soient encore dans une position de dos-à-dos. Mais, ainsi que l’écrivait Bentham à propos des relations qu’entretiennent le droit et la morale, elles tendent à se transformer en deux cercles qui se coupent, mais qui n’ont pas le même centre. Il existe une morale du commerce international qui prend la forme d’un ordre public transnational permettant de préserver des valeurs, dont celle des Droits Humains. Ce mouvement se dessine doucement, mais sûrement.

11. À ce titre, le Conseil des Droits de l’Homme de l’ONU a adopté les Principes directeurs de l’ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme. Ces principes ont fait l’objet d’un rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie. Intitulé « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme : mise en œuvre du cadre de référence “protéger, respecter et réparer” des Nations Unies », il suggère l’adoption par la Commission des Droits de l’Homme d’un cadre de référence reposant sur trois piliers :

- « Premièrement, l’obligation de protéger incombant à l’État lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l’homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des recours appropriés.
- Deuxièmement, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l’homme, autrement dit de faire preuve de diligence raisonnable pour s’assurer de ne pas porter atteinte aux droits d’autrui et de parer aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part.
- Troisièmement, la nécessité d’un accès plus effectif à des mesures de réparation, tant judiciaires que non judiciaires »².

12. Toutefois, dans ces 3 piliers, l’État demeure le bouclier protecteur, celui qui assume l’obligation de prévention et de réparation laquelle, selon le rapport, « est le cœur même du régime international des droits de l’homme; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l’homme, car la société attend d’elles au minimum qu’elles les respectent; et l’accès à des mesures de réparation parce que même les efforts les plus concertés ne peuvent pas prévenir toutes les pratiques abusives »³.

13. C’est pourquoi les Principes directeurs de l’ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme apparaissent comme les catalyseurs permettant de faire en sorte que les entreprises transnationales, tout d’abord à titre facultatif, au travers de leurs codes de bonne conduite par exemple, puis de manière plus contraignante, via des normes de *hard law* adoptées par les États, prennent en considération l’impact de leurs activités sur les droits humains (environnement, santé, emploi, accès à l’eau et à l’énergie, éducation, etc.). Ces principes onusiens permettent, au-delà du commerce international, de consacrer un droit fondamental à l’accès au service public, incluant celui de la justice pour en sanctionner les violations éventuelles.

14. Cette mutation des ambitions internationales de la RSE et des principes de *soft law* en normes contraignantes pour les entreprises multinationales soulève toutefois de nombreuses questions pratiques sur la manière dont les États les mettront en application et les juges en sanctionneront la violation.

15. Ces obligations relèvent quasiment des Droits de l’Homme dits de 2^e et 3^e générations. Les droits dits de « 2^e génération » sont constitués par tous les droits économiques, sociaux et culturels (droit à la santé, droit à l’éducation, droit à l’emploi, droit au logement...) tandis que les droits dits de « 3^e génération » sont les droits de solidarité dont la paternité de l’expression revient Karel Vasak, ancien conseiller juridique de l’UNESCO et spécialiste des droits de l’Homme, qui a écrit en 1977 un article pour Le Courrier de l’UNESCO, dans lequel il défend l’idée de trois générations de droits humains. Son idée a prospéré auprès de la doctrine internationaliste et renvoie aux droits de l’environnement droit au développement, droit à la paix, etc. Or, nul doute que le commerce international est souvent confronté à la 2^e et 3^e génération des droits de l’Homme.

16. Le commerce international et ses mécanismes de règlement des différends peuvent servir les droits de l’Homme ainsi qu’en atteste l’exemple tunisien où le législateur a admis que les différends résultant des violations des droits de l’homme commises sous les régimes politiques antérieurs à la loi (1955-2013) étaient soumis à une instance appelée « IVD » (Instance

¹ Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, *L’irruption des droits de l’homme dans l’ordre économique international : mythe ou réalité ?* LGDJ, Lextenso, 2012.

² Rapport A/HRC/17/31 présenté au Conseil des droits de l’homme le 16 juin 2011, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf

³ *Ibid*, p. 4.

Vérité Dignité)⁴, et tout particulièrement à la Commission Arbitrage et Médiation. C'est d'autant plus novateur que les questions relevant de l'ordre public ne sont pas arbitrables.

17. Est-ce là le signe d'une évolution plus universelle ? Les États tiennent, en effet, dans la régulation des activités du commerce mondial des droits de l'Homme. L'Union européenne, première puissance économique au monde témoigne de cette dynamique de prise en compte des droits de l'homme au travers de son livre vert de 2001 sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et dans lequel elle rappelle que "Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir « davantage » dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes."⁵ Il y est rappelé en outre que ce livre vert met en œuvre la Charte européenne des droits fondamentaux adoptée à Nice en décembre 2000 qui promeut « le respect des droits fondamentaux par les institutions européennes et les États membres dans leur action au titre de la législation communautaire »⁶.

18. Plusieurs législateurs s'inscrivent dans ce mouvement parmi lesquels le Parlement français. Ce dernier a adopté la loi du 27 mars 2017⁷ relative au devoir de vigilance pour les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre prévoyant que « Le manquement aux obligations [relatives à l'élaboration, la publication et la mise en œuvre d'un plan de vigilance] engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». Or, « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers **les droits humains et les libertés fondamentales**, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ». La question essentielle, compte tenu de l'effet extraterritorial de la loi est de savoir comme le juge contribuera à la construction prétorienne d'un standard international en matière de **droits humains et de libertés fondamentales et comment l'arbitrage entre commerce et droits humains sera réalisé au travers d'un principe de proportionnalité**.

19. Le renouveau pourrait ainsi reposer sur le fait que les droits de l'homme soient élevés au rang de composante de l'ordre public transnational ou réellement international, et ce, pour mettre fin à une utilisation sélective des droits de l'homme par les investisseurs privés. Cette prise en compte des droits de l'homme pourrait également se faire par le biais du droit applicable au fond du litige ainsi que de clauses contractuelles qui préservent les droits du citoyen usagers du service public, tout particulièrement dans les contrats publics internationaux de gestion de service public de marchés publics.

20. Certes, le chemin parcouru en la matière n'est pas à la hauteur des espérances de ceux qui sont autant des fêrus du droit du commerce international et des droits de l'homme. Toutefois, il dessine une évolution qui pourrait graver sur le marbre du droit des contrats internationaux et de l'arbitrage une nouvelle figure, tout particulièrement dans le domaine des contrats et de l'arbitrage d'investissement. Le catalyseur de ce phénomène réside, curieusement, dans la concurrence que l'arbitrage subit du fait de la création de juridictions régionales, censées offrir plus de garanties aux États impliqués dans des différends, notamment, d'investissements. La prise en compte de l'intérêt étatique dans les contrats et dans le procès arbitral internationaux s'impose progressivement.

21. En outre, la tendance de ralliement des États au règlement juridictionnel parallèlement au règlement arbitral de leurs différends favorise la promotion des droits de l'Homme. Bref, la concurrence juridictionnelle serait un facteur positif pour les droits de l'Homme. La dernière illustration de ce mouvement qui se dessine doucement est le choix opéré par le Canada et l'Union européenne. On sait, en effet, que le 13 juin 2013, le Conseil européen avait donné mandat à la Commission européenne de négocier un Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement –PTCI-, plus connu sous les acronymes TAFTA ou TIPP. Or, après de longues négociations, les parties ont convenu, en février 2016, que le mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les États (RDIE) serait de nature juridictionnelle et non plus arbitrale.

22. Et même ce mécanisme est décrié par des ONG parmi lesquelles Sherpa qui soutient que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États –RDIE- permet aux firmes multinationales de contester de droit de réguler des États et, par suite, « est utilisé de plus en plus souvent de façon abusive, avec le risque de dissuader les gouvernements de prendre des mesures d'intérêt public et de miner les principes démocratiques »⁸. C'est ce que le parlement français confirme à propos du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) avec les USA, en cours de négociation : « Depuis le début des négociations du PTCI, l'inquiétude vis-à-vis de ce mécanisme est allée grandissante et s'est muée en une franche opposition qui est apparue clairement dans les résultats de la consultation publique lancée en mars 2014 par la Commission

⁴ Loi organique n° 2013-53 du 24 décembre 2013 relative à l'instauration et à l'organisation de la justice transitionnelle.

⁵ Livre vert Commission des communautés européennes 2001, " Qu'est-ce que la responsabilité sociale des entreprises ?"

⁶ *Ibid*, p. 28.

⁷ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORT n°0074 du 28 mars 2017.

⁸ Texte disponible sur le lien <https://www.asso-sherpa.org/traite-transatlantique-tafta-le-plan-b-propose-par-la-commission-europeenne-pour-larbitrage-entre-investisseurs-et-etats-reste-toxique-et-anti-democratique>.

européenne sur ce RDIE : 97 % des réponses étaient négatives, insistant sur les risques considérables sur le droit à réguler de l'Union européenne et des États membres. Cette hostilité s'est par la suite étendue à l'Accord économique et commercial global avec le Canada (ci-après : « AECG ») – dont les négociations sont achevées depuis le 26 septembre 2014 –, qui contient, lui aussi, un RDIE » mais dont la signature avait été compromise jusqu'au 30 octobre 2016⁹.

23. Il ressort de ces enquêtes qui doivent être prises au sérieux que les principales causes de ces errements sont la partialité des arbitres et le manque de transparence. Il est certain que les firmes multinationales, ont, en remettant en cause le droit de réguler de l'État, dans de trop nombreux différends, largement contribué à fragiliser l'arbitrage d'investissement et, plus globalement, l'arbitrage lorsque l'État est partie au différend¹⁰. Or, la plupart des investissements réalisés ont pour objet la construction et l'exploitation d'ouvrages nécessaires à l'exercice de gestions déléguées de service public dans des domaines comme l'eau, l'énergie, les transports, la santé, etc. Mais, ce qui est en cause, est, selon nous, avant tout le caractère trop flou des stipulations des TBI qui ne ferment pas explicitement la porte à de telles réclamations. Or, c'est précisément ce que fait l'Accord économique et commercial global -AECG- dont la section D. intitulée « Protection des investissements » contient un article 8.9 stipulant :

« Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires 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. **Il est entendu 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 d'une obligation prévue dans la présente section** »¹¹ (c'est nous qui soulignons).

24. Il n'est pas certain que le mécanisme juridictionnel mis en place, au lieu d'un arbitrage, même assorti d'un mécanisme d'appel et d'une liste prédéfinie de 5 juges européens, 5 juges canadiens et 5 juges étrangers, suffise à rassurer les ONG. Sans doute le renouveau peut être de nature procédurale et provenir d'une véritable ouverture de la procédure de l'*amicus curiae* au profit des ONG. Mais, même si jusqu'ici, l'ouverture a pris les allures d'une sorte de prétexte pour asseoir des solutions arbitrales défavorables aux États, on peut tabler sur le fait qu'ils forcent les arbitres à prendre en compte les droits de l'homme dans les sentences rendues. Le principe de transparence y est mieux défendu et la publicisation de l'arbitrage d'investissement facilite ce mouvement.

25. Toutefois, ce remède ne convient absolument pas à l'arbitrage commercial international. L'*amicus curiae* car l'ouverture du procès arbitral aux tiers sont une mise en œuvre du principe de la transparence, dont l'application est entièrement justifiée en matière d'arbitrage d'investissement. Ce principe ne s'accommode absolument pas à l'arbitrage commercial dont l'une des clefs de voûte est le secret. Comment concilier, dans de telles conditions, ces deux exigences contradictoires ?

26. Gageons donc sur le succès futur du Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités¹² en vigueur depuis avril 2014 et de celui de la « Convention de Maurice sur la transparence »¹³ ouverte à signature depuis mars 2015. De la même manière la transparence pourrait donc être un moyen de faire entendre les exigences en matière de droits de l'homme, notamment, dans les contentieux d'investissements portant sur des activités d'intérêt général de service public.

27. Un rôle majeur revient à l'enseignement et la recherche dans le renouveau de l'ensemble du droit du commerce international et la place accordée aux droits de l'homme. Le cloisonnement qui caractérise l'enseignement du droit des affaires interne et international et celui des droits de l'homme doit s'effacer devant une approche pluridisciplinaire. On ne doit plus entendre que l'OMC n'est pas l'enceinte de protection des droits de l'Homme, comme l'a souvent défendu la doctrine libérale, mais plutôt qu'un principe de proportionnalité pourrait inspirer les solutions de l'Organe de règlement des différends à l'occasion des différends qui lui sont soumis. Ainsi que le relève la fédération internationale des droits de l'Homme : « l'OMC, sous prétexte de vouloir " dépolitiser " le commerce, tente de fait de se dégager des obligations nées de la présence du droit

⁹ Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le règlement des différends Investisseur-État dans les accords internationaux, présentée par Mme Seybah Dagoma, février, n°3476, p. 7.

¹⁰ Le rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le règlement des différends Investisseur-État dans les accords internationaux est illustré par de nombreux (trop) exemples de contestation du droit des États de réguler. *Ibid.*

¹¹ Le texte, dans sa version consolidée au 6 juillet 2016 est disponible sur le lien suivant : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1467909007204&uri=COM:2016:443:FIN#document2>. À la date du 22 octobre 2016 sa signature par les 28 États membres de l'UE, prévue le 27 octobre à Bruxelles, est menacée par le blocage de la Wallonie. Or, parmi les points de friction, le droit de réguler le mécanisme de règlement des différends occupe une place importante.

¹² Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), chap. III et annexe I.

¹³ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17), annexe 1.

relatif aux droits de l'homme sur tout autre traité international, notamment commercial. Il est clair que l'OMC doit être intégrée au système onusien, afin de devenir pleinement responsable au regard de la Charte des Nations Unies »¹⁴

28. Toutefois, ce mouvement de prise en compte des droits de l'Homme ne peut prospérer en dehors du juge interne, international ou de l'arbitre. Or, si cela ne fait aucun doute pour la justice étatique et interétatique au travers des notions d'ordre public ou de jus cogens, la difficulté est réelle pour l'arbitre qui n'est le gardien d'aucun ordre juridique. Toutefois, les arbitres du commerce international disposent de règles d'application immédiate, et s'ils sont les gardiens d'un ordre public transnational incluant les droits de l'Homme. Ce constat est le résultat de l'existence d'une *lex fori* arbitrale anationale. Il existe un ordre juridique anational dénommé *lex mercatoria* qui, tout comme les ordres juridiques étatiques, obéit à certains principes directeurs dont voici le contenu synchrétique :

L'ordre juridique arbitral ne régit pas la totalité des rapports juridiques susceptibles d'affecter les membres de la *societas mercatorum*. Sont ainsi exclues les questions juridiques liées à la capacité des contractants, à la responsabilité délictuelle etc...

Ces rapports sont en fait appréhendés par un ensemble plus vaste qu'est le droit du commerce international constitué, notamment, par les ordres étatiques, interétatique.

- L'ordre juridique arbitral doit, dans l'exercice de sa production normative, respecter les prérogatives des États telles que définies par l'ordre juridique international répartiteur de compétence -règles de compétence étatique exclusive- sous peine de violation du principe coutumier international de souveraineté des États.

- L'ordre juridique arbitral doit, dans une optique de réciprocité et de coopération, contribuer au respect des règles produites par les ordres voisins -ordre public international du for, prise en considération des lois de police étrangères à la *lex contractus* et intéressées au litige-. Il s'agit là de la contrepartie du fait que les ordres juridiques étatiques et interétatiques doivent contribuer, si nécessaire, à l'effectivité et l'efficacité de la sentence arbitrale -*exequatur*-. Une telle attitude procède du principe d'efficacité qui s'impose aux arbitres.

- L'ordre juridique arbitral doit respecter des limites immanentes qui ont une valeur juridique, et auxquelles il ne peut être dérogé. En effet, de même qu'il n'y a pas d'ordre juridique sans ordre public, il n'y a d'arbitrage sans autolimitation.

29. C'est dans ce cadre que nous observons l'énoncé d'un corps de principes, qui constituent le sommet de la pyramide des normes du droit du commerce international ainsi que son noyau dur. Cela a été un facteur de consolidation du droit du contrat et de l'arbitrage internationaux et pourrait être un facteur de leur renouveau, sous certaines conditions, parmi lesquelles l'abandon d'une vision hypertrophiée de l'autonomie de la volonté selon laquelle la *jurisdictio* arbitrale devrait céder devant le contrat. Tout au contraire, c'est le contrat qui devrait céder devant la *jurisdictio* comme l'arme devait céder devant la toge « *Cedant arma togae* ». Or, c'est dans le cadre de la *jurisdictio* que le juge se drape de l'étoffe de gardien des droits de l'Homme et de l'usager du service public.

30. Il s'agit d'insister sur la prééminence de la fonction juridictionnelle sur la fonction contractuelle du tribunal arbitral, car l'arbitrage est certes la justice que les parties se choisissent, mais, dès lors qu'elles l'ont choisi, elles doivent accepter de se soumettre aux effets découlant du caractère juridictionnel de la fonction arbitrale et l'application légitime et prévisible de normes impératives de protection des droits de l'homme conférés en matière d'accès aux services publics, notamment.

31. Nul doute que le problème se pose avec encore plus d'acuité lorsque l'une des parties à l'arbitrage est un État, qu'il s'agisse d'un arbitrage d'investissement ou d'un arbitrage en matière d'investissement, étant entendu que ce dernier n'est plus ni moins qu'un arbitrage commercial international portant sur un différend d'investissement.

32. Or, dans le premier comme dans le second type d'arbitrage, une partie de la doctrine estime que les États contribuent également au recul des droits de l'homme en s'aliénant dans leur acceptation du recours à l'arbitrage plus réfractaire et moins à l'écoute de l'intérêt général. Les considérations strictement économiques occultent les interférences avec les droits de l'homme. La souveraineté des États et son rôle de protecteur de la santé et sécurité du citoyen est remis en cause comme le montre l'exemple de l'Allemagne qui, à la suite l'accident nucléaire de Fukushima en 2011, avait pris la décision politique d'abandonner progressivement la production d'électricité d'origine nucléaire. La réponse fut cinglante, car 2012, la société de droit suédois Vattenfall, qui possédait deux centrales nucléaires en Allemagne, a attaqué cette décision invoquant sa

¹⁴ « Droits de l'Homme et commerce international : le défi de Seattle, Communiqué du 11/11/1999 : <https://www.fidh.org/fr/themes/mondialisation-droits-humains/commerce-et-investissement/DROITS-DE-L-HOMME-ET-COMMERCE>.

contrariété aux stipulations du TCE relatives à la protection des investissements et a assigné l'État allemand devant un tribunal arbitral, réclamant 4,7 milliards d'euros au titre de son préjudice.

33. L'Australie s'est heurtée à une situation quasi identique après l'adoption de la loi de 2011 interdisant la publicité le paquet de cigarette « paquet neutre » pour protéger la santé publique, La société américaine Philip Morris a considéré la loi comme une mesure d'expropriation indirecte et a assigné l'Australie en arbitrage d'investissement, sur le fondement de son TBI avec Hong Kong, via sa filiale hongkongaise laquelle avait précédemment acheté des actions de sa filiale australienne. L'entreprise réclamait plusieurs milliards de dollars pour « expropriation indirecte ».

34. Cette posture procédurale est une véritable atteinte à la souveraineté des États à leur droit légitime d'exercer leur pouvoir normatif en vue de la protection de l'intérêt général. Des États comme l'Équateur, l'Afrique du Sud, le Venezuela ou la Bolivie ont dénoncé les TBI contenant de tels mécanismes de règlement des différends.

35. La crise du droit du commerce international et son absence d'égard pour les droits de l'homme ne sauraient donc être soulagée par les seuls soins prodigués par la déesse Panacée tant cette crise est multiforme et complexe. Les parties aux contrats internationaux, dont ceux concernant des activités dites de service public, leurs conseils, les institutions, les organisations internationales comme la CNUDCI, la CNUCED, les États par le biais de leurs droits internes ou leurs TBI, sont tous les clefs de voûte et les garants du succès du protocole thérapeutique. Le droit du commerce international est malade, mais sa maladie n'est pas incurable et beaucoup de ses fêrus sont disposés à rester à son chevet. Une grande partie du remède repose sur la morale du commerce international qui doit recouvrer de son manteau le droit substantiel (les contrats, les codes étatiques, les traités, etc.) et le droit processuel (l'arbitrage commercial et l'arbitrage investissement, les juridictions nationales et régionales, etc.) qui en sont le soutien. Nous revenons aussi aux fonts baptismaux du droit du commerce international, parmi lesquels la morale, certes relative, et dont il est le gardien. Ainsi que l'écrivait Ripert « La notion morale rôde autour de la demeure du droit [...]. Si on veut que le droit reste imprégné d'idéal, il faut entretenir une communion à des idées morales que nous jugeons supérieures à toutes autres, soit par une croyance invincible, soit par une constatation scientifique du progrès qu'elles ont apporté dans la société des hommes »¹⁵. Malgré une contribution normative mineure due aux acteurs privés via le droit spontané, au travers de codes de bonne conduite, de plus en plus de voix y compris dans le monde des défenseurs des droits de l'Homme s'élèvent pour décrier un cadre juridique du droit du commerce international archaïque, désincarné. Haro sur le commerce international ? Ce colloque international constitue la 8e partie d'une entreprise doctrinale et pratique qui dans un premier temps a eu pour champ géographique, la Méditerranée.

36. Ce colloque est l'occasion, en partant de l'observation du droit et de la pratique interne et internationale, de s'interroger sur la rencontre possible entre droits de l'homme et droit du commerce international. Au-delà des questions qui relèvent de la seule technique juridique, l'objet du colloque est donc bien de porter un regard critique sur le droit du commerce international et d'essayer de lui proposer un avenir comme serviteur des droits de l'homme.

37. En conclusion, quels que soient les instruments utilisés pour surmonter les oppositions entre les droits de l'homme et le droit du commerce international, la tâche mérite d'être menée. René David, qui a voué toute sa vie au droit comparé s'était souvent vu faire le reproche d'être idéaliste. Mais, loin de s'en défendre, et pour expliquer les raisons de sa croyance inébranlable en l'unification des droits, René David observait que « Le grand problème qui s'est posé de tout temps à l'homme est celui de savoir pourquoi le monde existe et quel est le sens de notre vie. Entre les deux conceptions du monde qui s'opposent, idéalisme et matérialisme, j'ai délibérément opté pour l'idéalisme, conclut René David »¹⁶.

38. C'est le choix assumé par les promoteurs de ce colloque, car le chemin qui mène aux rives apaisées d'Ithaque, où Pénélope attend son époux Ulysse, passe par aussi par le renouveau du droit du commerce international ! Besançon est aussi le lieu où de grands conflits se sont mus en paix des braves.

¹⁵ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, n° 20, pp. 409-410.

¹⁶ *Les avatars d'un comparatiste*, Paris, Economica, 1982, p. 292.

LIEU

UFR Sciences juridiques, économiques, politiques et de gestion (SJEFG)
Bâtiment Fourier. Amphi Cournot
45 D Avenue de l'Observatoire. 25030 BESANÇON CEDEX

CONTACT

Pr. Filali OSMAN (Directeur scientifique)

mail : filali.osman@univ-fcomte.fr / osmanfilali@yahoo.fr - GSM : +33-(0)6-64-62-84-69

Laurent KONDRATUK (Ingénieur de recherche, CRJFC) :

mail : laurent.kondratuk@univ-fcomte.fr - GSM : + 33-(0)3-81-66-66-08

VISIOCONFÉRENCE

Il est possible de participer à la réunion Zoom- Colloque international, Droits de l'Homme et droit du commerce international : date : 1 déc. 2022 08:30 AM Paris :

<https://zoom.us/j/93450595644?pwd=d0dvWDZENFYvenlidXhPRDBDZIJ4UT09>

ID de réunion : 934 5059 5644

Code secret : 4sgrdc

DIRECTION SCIENTIFIQUE

Filali OSMAN

Professeur des Universités. Chercheur au CRJFC (UR 3225), Université de Franche-Comté.

Ancien Conseiller de Gouvernement

*Chercheur associé au Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI), Université de Montréal
et au CREDIMI, Université de Bourgogne*