

UNIVERSITÉ PARIS-PANTHÉON-ASSAS
Institut de Droit Comparé
&
HARVARD UNIVERSITY
Harvard Law School



Master 2 Droit International - Droit Comparé des Affaires
Sous la direction de Madame la Professeure Marie-Élodie ANCEL

**LE CONFLIT ENTRE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET
OBLIGATIONS ISSUES DES TBI À L'ÉGARD DES INVESTISSEURS**

*Quelle marge de manœuvre réglementaire pour les États hôtes en arbitrage
d'investissement ?*

Alice CARTERY

Mémoire sous la direction de
Monsieur le Professeur Nima NASROLLAHI SHAHRI

Année universitaire 2025 – 2026
Version française d'août 2026 pour l'Université Paris-Panthéon-Assas

Remerciements

Mes premiers remerciements vont à mes parents, dont le soutien quotidien et sans faille, à distance comme à la maison, m'a permis de vivre ces cinq années d'études avec sérénité et gaieté, dans les moments de doute comme de réussite. Je leur en suis infiniment reconnaissante.

*Je remercie également **Monsieur le Professeur Nima Nasrollahi Shahri**, qui a accepté de diriger ce mémoire, pour la pertinence de ses conseils, sa disponibilité et le regard critique qu'il a su porter sur ce travail tout au long de son élaboration.*

*Ma gratitude va aussi à **Madame la Professeure Marie-Élodie Ancel**, pour la confiance qu'elle m'a accordée en m'accueillant dans ce Master qui m'a tant apporté et qui a fortement attisé ma curiosité.*

Un immense merci à mes camarades de promotion, devenus pour certains mes amis les plus proches. Ces deux années passées à leurs côtés ont été une véritable richesse : apprendre, grandir et rire avec eux n'a jamais été aussi naturel.

Enfin, comment ne pas remercier mes amis toulousains, qui restent mes racines où que mes études m'aient menée. Qu'ils soient restés à Toulouse ou installés à Paris, ils m'ont toujours offert leurs conseils et leur bienveillance. Merci pour ces belles années d'amitié.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	6
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	7
INTRODUCTION.....	9
PARTIE I - UN CONFLIT STRUCTUREL ET MULTIDIMENSIONNEL : QUAND LES DROITS DES INVESTISSEURS ET LES IMPÉRATIFS ENVIRONNEMENTAUX S’AFFRONTENT.....	16
CHAPITRE 1 : Les sources du conflit : deux logiques normatives incompatibles	16
Section 1 - Les TBI et leurs standards de protection : une architecture juridique légitime devenue obstacle à la réglementation environnementale	17
I. La légitimité originelle des TBI et de leurs standards de protection	17
II. Le TJE : une norme expansive devenue principal obstacle à la réglementation environnementale	19
III. L'expropriation indirecte : quand réguler pour l'environnement devient exproprier	24
Section 2 - L'aggravation contemporaine du conflit : quand les obligations environnementales et climatiques internationales entrent en collision avec les TBI	28
I. La collision entre obligations climatiques internationales et TBI : le paradoxe du double bind.....	29
II. Les investissements nuisibles : quand les TBI protègent l'activité qui viole les obligations environnementales des États.....	32
CHAPITRE 2 : Les manifestations du conflit en arbitrage : imprévisibilité jurisprudentielle	35
Section 1 - La jurisprudence arbitrale révélatrice du déséquilibre : analyse critique des grandes affaires environnementales.....	35

I. Le déséquilibre jurisprudentiel : quand les tribunaux tranchent en défaveur de la réglementation environnementale	35
II. L'incohérence jurisprudentielle : même conflit, critères différents	39
III. Une évolution jurisprudentielle timide vers la reconnaissance du right to regulate	41
Section 2 - Les effets systémiques du conflit sur le comportement réglementaire des États	44
I. Du dumping réglementaire au regulatory chill : deux manifestations d'un même déséquilibre structurel	44
II. L'asymétrie entre États exportateurs et États récepteurs de capitaux	50
III. Les réactions concrètes des États face au conflit	52
PARTIE II - LA MARGE DE MANŒUVRE RÉGLEMENTAIRE DES ÉTATS HÔTES : OUTILS EXISTANTS ET RÉFORMES NÉCESSAIRES POUR UN SYSTÈME ÉQUILIBRÉ	56
CHAPITRE 1 : Les mécanismes existants de préservation de la marge réglementaire environnementale	56
Section 1 - Les outils jurisprudentiels : quand les tribunaux reconnaissent la marge réglementaire environnementale des États	56
I. La doctrine des police powers et le test de proportionnalité	57
II. Les conditions juridiques d'un exercice légitime du right to regulate en matière environnementale	62
III. Les mécanismes offensifs et participatifs : vers un rééquilibrage procédural du système arbitral	66
Section 2 - Les évolutions normatives : clauses d'exception environnementale et TBI de nouvelle génération	70

I. Les dispositions d'exception environnementale : ce que les États peuvent désormais invoquer	70
II. La codification du right to regulate dans les TBI de nouvelle génération	74
CHAPITRE 2 : Vers un rééquilibrage du système : insuffisances des réformes actuelles et pistes pour un cadre renouvelé	79
Section 1 - Les insuffisances des réformes actuelles : des initiatives trop générales pour traiter les causes profondes du conflit	79
I. L'évaluation critique des quatre initiatives de réforme	79
II. Le risque d'un nouveau déséquilibre en faveur des États	84
Section 2 - Pour un cadre renouvelé : l'intérêt public et la transition énergétique comme fondements d'un rééquilibrage	87
I. L'intérêt public comme critère central d'un nouveau cadre d'évaluation	88
II. Les obligations des investisseurs et les outils offensifs pour les États	91
CONCLUSION	96
BIBLIOGRAPHIE	99

RÉSUMÉ

Ce mémoire examine le conflit structurel entre la protection des investisseurs étrangers et la réglementation environnementale des États en droit international des investissements. Conçus pour protéger les investisseurs contre l'arbitraire étatique, les traités bilatéraux d'investissement exposent aujourd'hui les États qui adoptent des politiques environnementales ambitieuses à des condamnations arbitrales potentiellement considérables. Cette tension ne cesse de s'aggraver sous l'effet de l'urgence climatique, à mesure que les politiques de transition énergétique des États entrent en collision avec leurs engagements conventionnels.

Face à ce constat, ce mémoire s'interroge sur la marge de manœuvre réglementaire dont disposent réellement les États hôtes pour adopter des mesures environnementales sans s'exposer à une condamnation arbitrale. À travers une approche principalement jurisprudentielle et conventionnelle, il identifie les outils dont disposent les États pour défendre leurs mesures environnementales en arbitrage, évalue les insuffisances des réformes actuelles, et propose les contours d'un cadre renouvelé. Il conclut à la nécessité d'un rééquilibrage fondé sur l'intérêt public et la transition énergétique, supposant à la fois une réforme du raisonnement arbitral et une redéfinition des obligations des investisseurs. Les besoins massifs d'investissement privé qu'exige cette même transition énergétique rendent ce changement à la fois urgent et possible.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ACIA — ASEAN Comprehensive Investment Agreement
ALE — Accord de libre-échange
ALENA — Accord de libre-échange nord-américain (voir NAFTA)
ASEAN — Association des nations de l'Asie du Sud-Est
BIT — Bilateral Investment Treaty (voir TBI)
CCNUCC — Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (voir UNFCCC)
CETA — Accord de partenariat économique et commercial global Canada-Union européenne
CIJ — Cour internationale de Justice
CIRDI — Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCED — Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (voir UNCTAD)
CNUDCI — Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (voir UNCITRAL)
CPA — Cour permanente d'arbitrage
CPTPP — Accord de partenariat transpacifique global et progressiste
DR-CAFTA — Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement
EAU — Émirats arabes unis
ECT — Energy Charter Treaty (voir TCE)
EDIT — Electronic Database of Investment Treaties
EIA — Environmental Impact Assessment

FET — Fair and Equitable Treatment (voir TJE)
GATT — Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GES — Gaz à effet de serre
IDE — Investissements directs étrangers
IISD — Institut international du développement durable
ISDS — Investor-State Dispute Settlement
LCIA — London Court of International Arbitration
NAFTA — North American Free Trade Agreement (voir ALENA)
OCDE — Organisation de coopération et de développement économiques
ONG — Organisation non gouvernementale
ONU — Organisation des Nations Unies
SADC — Southern African Development Community
SCC — Stockholm Chamber of Commerce
TBI — Traité bilatéral d'investissement (voir BIT)
TCE — Traité sur la Charte de l'énergie (voir ECT)
TJE — Traitement juste et équitable (voir FET)
UNFCCC — United Nations Framework Convention on Climate Change (voir CCNUCC)

INTRODUCTION

C'est à l'occasion d'un concours d'éloquence, en première année de master, que la question au cœur de ce mémoire s'est imposée à moi. Le sujet : *le droit international économique est-il un outil adéquat pour régler la crise climatique ?* Chargée de défendre la négative, mes premières recherches m'ont naturellement conduite à examiner la façon dont les questions environnementales sont traitées en droit international des investissements et plus précisément comment les mécanismes de règlement des différends investisseur-État, les fameux ISDS, prennent en compte, ou au contraire ignorent, les impératifs environnementaux. C'est dans ce cadre que j'ai découvert l'affaire Chevron-Texaco contre l'Équateur et ce que j'y ai trouvé m'a profondément marquée.

Chevron est l'un des plus grands groupes pétroliers au monde, présent dans plus de 28 pays. En 2001, il rachète Texaco, héritant ainsi de ses droits mais aussi de ses responsabilités. Car entre 1964 et 1992, Texaco avait opéré en Amazonie équatorienne dans des conditions catastrophiques, laissant derrière elle un millier de fosses à ciel ouvert remplies de pétrole brut et de boues toxiques contaminant la nappe phréatique ainsi que les rivières dont dépendaient des dizaines de milliers de personnes. En effet, 82% des habitants situés à moins de 500 mètres d'un puits ont développé des maladies liées à la pollution et le taux de cancer dans ces régions est trois fois supérieur à la moyenne nationale. Au total, on parle de 30 000 victimes. En 2011, le tribunal de Lago Agrio condamne Chevron à 9,5 milliards de dollars, condamnation confirmée à plusieurs reprises jusqu'à la Cour constitutionnelle équatorienne. Malgré cela, Chevron refuse de payer et initie dès 2009 une procédure d'arbitrage sur la base du traité bilatéral d'investissement conclu entre les États-Unis et l'Équateur, invoquant le traitement juste et équitable et la clause parapluie. La Cour permanente d'arbitrage lui donne raison et ordonne à l'Équateur d'annuler sa propre sentence judiciaire¹. Cette affaire est en réalité d'une complexité considérable, mêlant allégations de corruption, questions de responsabilité partagée entre Texaco et la société publique équatorienne Petroecuador, et une bataille judiciaire qui se poursuit encore aujourd'hui. Ce n'est pas cette complexité qui a retenu mon attention, mais ce qu'elle révèle dans sa dimension la plus fondamentale : un désastre environnemental et humain majeur, et un mécanisme juridique, l'arbitrage d'investissement, qui s'est retourné contre l'État tentant d'en faire assumer les conséquences. C'est ce paradoxe, un

¹ Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation c. République de l'Équateur, CPA (règles d'arbitrage CNUDCI), n° 2009-23, sentence du 30 août 2018.

investisseur transformant sa responsabilité environnementale en différend investisseur-État, qui a inspiré le présent mémoire.

L'affaire Chevron ne constitue pas un cas isolé. Elle s'inscrit dans une crise plus profonde du modèle classique du traité bilatéral d'investissement. Pour comprendre cette crise, revenons en arrière.

Les années 1990 constituent l'âge d'or du droit international des investissements. Cette période est marquée par la domination d'une idéologie, le néolibéralisme, selon laquelle la libéralisation des marchés et la protection maximale des investisseurs étrangers seraient bénéfiques pour tous. Les TBI ne sont pas le fruit d'une évolution neutre du droit international : ils ont été activement promus par les États dominants dans le but de construire un système juridique aligné sur cette préférence idéologique pour la liberté des marchés et la protection inconditionnelle de l'investissement étranger.² Dans ce contexte, les traités bilatéraux d'investissement se multiplient à un rythme sans précédent : environ 500 en 1990, plus de 2 700 dès l'an 2000, et plus de 3 236 aujourd'hui.³ Les tribunaux arbitraux accompagnent ce mouvement en interprétant les traités de façon de plus en plus expansive, « well beyond the intention of the states parties »,⁴ bien au-delà de ce que les États signataires avaient anticipé. Il y a en effet une « clash of distinct forces » : d'un côté, les grandes multinationales et leurs États d'origine tirant le droit vers une protection inconditionnelle des investissements ; de l'autre, les États hôtes, les ONG et les juristes internationalistes tirant vers la reconnaissance d'intérêts concurrents tels que la protection de l'environnement, des droits humains et d'autres intérêts publics.⁵

Mais cet âge d'or appartient peut-être au passé. Comme le souligne l'OCDE, la plupart de ces traités « ont été négociés il y a plusieurs décennies, dans des conditions différentes et sans expérience de la façon dont ils seraient utilisés et interprétés ». ⁶ Le système qu'ils ont engendré fait aujourd'hui l'objet d'une remise en question profonde. Les États résistent aux sentences arbitrales, certains se retirent de traités ou d'institutions d'arbitrage, d'autres renégocient leurs engagements. Certains

² M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, p. 9.

³ M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 4.

⁴ M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 4.

⁵ M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁶ OCDE, *The Future of Investment Treaties*, Policy sub-issue, 27 juin 2024.

considèrent qu'il s'agit d'une véritable résistance des États face à l'expansion incontrôlée d'un système conçu pour les contraindre.⁷

Au cœur de cette remise en question se trouve une tension fondamentale que les rédacteurs des TBI des années 1990 n'avaient pas anticipée : le conflit entre la protection des investisseurs et les impératifs environnementaux. Ces traités ont été conçus sans intégrer les obligations climatiques internationales qui allaient émerger, notamment le Protocole de Kyoto⁸ et l'Accord de Paris⁹, ni les conséquences environnementales que certains investissements pourraient engendrer. La stratégie était d'isoler le droit des investissements des autres branches du droit international « so that the focus could be on investment protection, and not on the other areas of international law that also affected the foreign investment process ».¹⁰ Même lorsqu'ils mentionnent l'environnement, c'est quasi systématiquement dans le préambule, sans force contraignante. La distinction est pourtant fondamentale en droit : une chose est de mentionner l'environnement dans l'esprit du texte, une autre est de l'intégrer dans le dispositif contraignant du traité pour créer de véritables obligations.

Si cette remise en question du système est déjà ancienne, elle s'est considérablement accélérée sous l'effet de l'urgence climatique. Depuis 2016, le nombre de différends entre investisseurs et États comportant des éléments environnementaux a presque doublé par rapport aux 117 différends commencés avant octobre 2015.¹¹ Les États sont désormais pris en étau entre deux corpus d'obligations internationales contradictoires : leurs traités d'investissement qui exigent stabilité et protection des investisseurs, et leurs engagements climatiques qui imposent des transformations réglementaires profondes et urgentes. Comme le souligne Martini, « la prochaine vague de demandes d'arbitrage entre investisseurs et États ciblera probablement les mesures de l'État hôte visant à mettre en œuvre les objectifs d'atténuation et d'adaptation de l'Accord de Paris ».¹² C'est

⁷ M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 5.

⁸ Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Kyoto, 11 décembre 1997, entré en vigueur le 16 février 2005, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2303, p. 148.

⁹ Accord de Paris, Paris, 12 décembre 2015, entré en vigueur le 4 novembre 2016, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 3156.

¹⁰ M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 8.

¹¹ C. MARTINI, « From Fact to Applicable Law : What Role for the International Climate Change Regime in Investor-State Arbitration ? », *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 37, 2024, p. 171.

¹² C. MARTINI, *op. cit.*, p. 174.

cette tension, structurelle, contemporaine et aux conséquences considérables, que le présent mémoire se propose d'analyser.

Avant d'entreprendre cette analyse, il convient de définir les concepts fondamentaux qui structurent le présent mémoire.

Le *right to regulate* désigne « the power of a sovereign State to adopt and maintain government measures for public welfare objectives ».¹³ Il constitue un attribut inhérent de la souveraineté étatique, reconnu de longue date en droit international.¹⁴ Une distinction fondamentale s'impose d'emblée : le *right to regulate* constitue le fondement juridique de l'action étatique, tandis que l'intérêt public en représente l'objectif. Ces deux concepts, souvent confondus dans la pratique conventionnelle, sont pourtant distincts puisque tout exercice du *right to regulate* n'est pas automatiquement dans l'intérêt public.

Les traités bilatéraux d'investissement sont des accords internationaux conclus entre deux États souverains c'est-à-dire l'État d'origine de l'investisseur et l'État hôte qui accueille l'investissement sur son territoire. Leur raison d'être originelle est de « dépolitiser les relations entre investisseurs étrangers et États en accordant aux premiers des droits substantiels et procéduraux autonomes par rapport au droit de l'État d'accueil ». Concrètement, un TBI crée un cadre juridique contraignant qui garantit à l'investisseur étranger un niveau minimum de protection contre les risques politiques et réglementaires auxquels il pourrait être exposé sur le territoire de l'État hôte : risque d'expropriation, de discrimination, de traitement arbitraire ou de déni de justice. En contrepartie de ces garanties, l'État hôte espère attirer davantage d'investissements directs étrangers sur son territoire.¹⁵ Ces traités comportent deux catégories de dispositions. D'une part, des standards de traitement substantiels qui définissent les obligations de l'État hôte envers l'investisseur, au premier rang desquels le traitement juste et équitable et la protection contre l'expropriation indirecte. D'autre part, des mécanismes procéduraux de règlement des différends qui permettent à

¹³ B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 15, citant V. KORZUN, « The Right to Regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 50, 2017, p. 355.

¹⁴ Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law : The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, 2022, Ch. 2.

¹⁵ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, pp. 21-22.

l'investisseur de soumettre directement ses réclamations contre l'État hôte à un tribunal arbitral international, sans avoir à passer par les juridictions nationales de cet État.¹⁶

Le traitement juste et équitable constitue le standard de protection le plus fréquemment invoqué en arbitrage d'investissement. En effet, la quasi-totalité des demandes introduites par des investisseurs contre des États comportent une allégation de violation de ce standard.¹⁷ Il protège notamment les *legitimate expectations* des investisseurs, leurs attentes légitimes fondées sur les représentations de l'État hôte, et impose à ce dernier des obligations de stabilité, de transparence et de non-arbitraire.¹⁸ En raison de l'absence de définition universelle et contraignante, son contenu est largement déterminé par la jurisprudence arbitrale, ce qui en fait l'un des principaux vecteurs du conflit entre réglementation environnementale et protection des investisseurs.

L'expropriation indirecte se distingue de l'expropriation directe en ce qu'elle ne suppose aucun transfert formel de propriété. Elle désigne le mécanisme par lequel « une mesure qui n'a pas pour objet une expropriation peut produire des effets équivalents à celle-ci et donc relèverait du même encadrement par le droit international ». ¹⁹ En d'autres termes, une mesure réglementaire de l'État peut être qualifiée d'expropriation donnant lieu à compensation en raison de ses effets sur la valeur ou la jouissance d'un investissement, sans qu'aucun transfert de titre ne soit intervenu.²⁰

L'État hôte désigne l'État sur le territoire duquel l'investissement étranger est réalisé. À ce titre, il est soumis aux obligations issues du TBI envers l'investisseur étranger ressortissant de l'État partenaire.²¹

¹⁶ A. DE NANTEUIL, « La promotion des investissements éthiques par les accords bilatéraux et multilatéraux », in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 58, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2021, p. 45.

¹⁷ R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2e éd., 2012, passim.

¹⁸ R. DOLZER et C. SCHREUER, *op. cit.*, passim ; A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 19 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, p. 97.

²⁰ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 3.

²¹ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 66.

La marge de manœuvre réglementaire désigne l'espace normatif dont disposent les États hôtes pour adopter des mesures d'intérêt général, notamment environnementales, sans violer leurs obligations conventionnelles issues des TBI.²² Elle constitue l'objet central de la problématique de ce mémoire.

L'ISDS, *Investor-State Dispute Settlement*, désigne le mécanisme de règlement des différends permettant à un investisseur étranger de poursuivre directement un État hôte devant un tribunal arbitral privé, indépendamment des juridictions nationales de cet État. Ce mécanisme trouve son origine dans la Convention de Washington de 1965, qui a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, le CIRDI, afin de « supprimer partiellement les incertitudes et les obstacles qui gênent les investisseurs dans tout pays étranger ».²³ D'autres instances arbitrales, notamment celles constituées sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, la CNUDCI, sont également compétentes pour connaître de tels différends.

Le droit international des investissements nous confronte ainsi à une tension fondamentale : quand l'État régule en faveur de son environnement, il risque de violer le TBI ; quand il respecte pleinement ce dernier, l'investisseur peut profiter de ses protections au détriment de l'environnement de l'État hôte.

Ces considérations conduisent à formuler la problématique suivante : face à la double contrainte que représentent les obligations de protection des investisseurs issues des TBI et les impératifs environnementaux croissants, qu'ils résultent des conséquences négatives de certains investissements ou des obligations climatiques internationales, quelle marge de manœuvre réglementaire les mécanismes de l'arbitrage d'investissement reconnaissent-ils aux États hôtes, et dans quelle mesure permettent-ils de préserver à la fois l'attractivité des investissements étrangers et la souveraineté environnementale des États ?

La question soulevée par ce mémoire s'inscrit dans un débat doctrinal en pleine effervescence. Si la littérature académique s'est largement penchée sur l'intégration des préoccupations environnementales dans l'arbitrage d'investissement, elle a jusqu'ici peu exploré les causes

²² R. DOLZER et C. SCHREUER, *op. cit.*, passim ; CNUCED, *op. cit.*, p. 83.

²³ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 575, p. 159.

profondes du déséquilibre entre protection des investisseurs et souveraineté réglementaire environnementale des États hôtes.²⁴ De même, peu d'auteurs ont examiné les fondements juridiques permettant d'intégrer le régime climatique international dans les procédures ISDS au-delà de son simple rôle d'élément de contexte.²⁵ Le présent mémoire se concentre exclusivement sur la dimension environnementale de ce conflit, à l'exclusion des questions relatives aux droits de l'homme ou aux standards sociaux qui, bien que constituant des phénomènes parallèles, ne relèvent pas de son objet. L'urgence de la transition énergétique et la multiplication des arbitrages climatiques rendent cette question particulièrement actuelle et justifient qu'elle fasse l'objet d'une analyse approfondie.

Cette recherche adopte une approche principalement jurisprudentielle. Les sentences arbitrales constituent le matériau principal d'analyse. Les TBI sont utilisés comme cadre normatif de référence : l'objet n'est pas une étude comparative des TBI en tant que tels, mais une analyse de la façon dont leurs standards contraignent la réglementation environnementale des États hôtes en arbitrage. La recherche s'appuie sur une doctrine à la fois anglophone, dominante en arbitrage d'investissement, et francophone.

Afin de répondre à cette problématique, cette étude s'articule en deux parties. Il s'agira d'abord d'analyser le conflit structurel entre les obligations issues des TBI et les impératifs environnementaux, en identifiant ses origines et ses manifestations (*Partie I*), avant d'examiner la marge de manœuvre réglementaire dont disposent effectivement les États hôtes et les voies d'un rééquilibrage durable du système (*Partie II*).

²⁴ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 13.

²⁵ C. MARTINI, *op. cit.*, p. 171

PARTIE I - UN CONFLIT STRUCTUREL ET MULTIDIMENSIONNEL : QUAND LES DROITS DES INVESTISSEURS ET LES IMPÉRATIFS ENVIRONNEMENTAUX S’AFFRONTENT

Le conflit entre protection des investissements étrangers et réglementation environnementale ne résulte pas d'un simple désaccord ponctuel entre un investisseur et un État hôte, il trouve ses racines dans une incompatibilité structurelle entre deux logiques normatives conçues indépendamment l'une de l'autre. Comprendre ce conflit suppose d'en analyser d'abord les sources, c'est-à-dire la façon dont les standards de protection issus des TBI et les impératifs environnementaux contemporains ont été construits sans anticipation mutuelle (*Chapitre 1*), avant d'examiner comment cette incompatibilité se manifeste concrètement dans la pratique arbitrale, à travers une jurisprudence dont l'imprévisibilité constitue aujourd'hui l'une des critiques les plus vives adressées au système (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1 : Les sources du conflit : deux logiques normatives incompatibles

Les TBI et le droit international de l'environnement ont été construits selon des logiques distinctes et des temporalités différentes ; les premiers pour protéger les investisseurs contre l'arbitraire étatique, les seconds pour imposer aux États des obligations croissantes de protection de l'environnement. Cette construction parallèle est à l'origine du conflit. Il convient d'examiner d'abord comment l'architecture juridique des TBI, bien que légitime dans ses objectifs originels, est devenue un obstacle à la réglementation environnementale des États hôtes (*Section 1*), avant d'analyser comment ce conflit s'est considérablement aggravé sous l'effet de l'émergence d'obligations environnementales et climatiques internationales contraignantes qui entrent directement en collision avec les engagements conventionnels issus des TBI (*Section 2*).

Section 1 - Les TBI et leurs standards de protection : une architecture juridique légitime devenue obstacle à la réglementation environnementale

Les TBI ont été conçus pour des raisons légitimes (*I*), mais le traitement juste et équitable est devenu sous l'effet de son expansion jurisprudentielle le principal obstacle à la réglementation environnementale (*II*), auquel s'ajoute le régime de l'expropriation indirecte (*III*).

I. La légitimité originelle des TBI et de leurs standards de protection

Les traités bilatéraux d'investissement ont une raison d'être économique et politique claire. En accordant aux investisseurs étrangers des droits substantiels et procéduraux autonomes par rapport au droit de l'État d'accueil, ils visent à « dépolitiser les relations entre investisseurs étrangers et États »²⁶ c'est-à-dire à soustraire les litiges commerciaux aux aléas de la diplomatie et aux incertitudes des juridictions nationales. Ce faisant, ils offrent aux investisseurs une garantie de stabilité et de prévisibilité qui constitue, pour les États hôtes, un signal de fiabilité à l'égard des marchés internationaux de capitaux. Cette finalité répond à un besoin économique précis puisque les investissements directs étrangers apportent aux États hôtes bien plus que du capital : ils constituent un « package of assets, including capital, technology, managerial capacities and skills and access to foreign markets »²⁷, susceptible de stimuler la croissance, le transfert de technologie et l'emploi. C'est dans cette logique que les premiers TBI ont été négociés dès la fin des années 1950. Le premier TBI moderne, conclu entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959, prévoyait déjà que l'accord était de nature à promouvoir les investissements et à accroître la prospérité des deux États²⁸. Le recours au TBI comme instrument de développement économique est ainsi, dès l'origine, parfaitement légitime.

²⁶ A. DE NANTEUIL, « La promotion des investissements éthiques par les accords bilatéraux et multilatéraux », in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 58, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2021, p. 45.

²⁷ M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, p. 17. ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, pp. 73-74.

²⁸ M. CHI, *op. cit.*, p. 17.

Les standards de protection qu'ils contiennent s'inscrivent dans cette même logique de légitimité. Le traitement juste et équitable, en imposant à l'État hôte des obligations de non-discrimination, de non-arbitraire et de non-coercition²⁹, constitue une garantie de bonne gouvernance qui protège l'investisseur contre les abus de pouvoir, pratiques de ventes forcées, détournement de procédure ou encore traitement différencié injustifié. L'expropriation indirecte, quant à elle, répond à un problème bien réel : celui des États qui procèdent à des dépossessions sans transfert formel de propriété, neutralisant économiquement un investissement tout en conservant l'apparence de la légalité³⁰. Ces standards ne sont donc pas, en eux-mêmes, des instruments d'oppression des États mais plutôt des réponses juridiques à des comportements étatiques réels et documentés.

Mais cette légitimité originelle ne doit pas occulter le déséquilibre structurel que ces traités portent en eux. Ils imposent des obligations aux États sans en imposer symétriquement aux investisseurs. Si certains TBI et la Convention CIRDI elle-même, à travers les critères dits Salini qui exigent notamment une contribution au développement de l'État hôte³¹, esquissent une obligation de contribution au développement durable à la charge des investisseurs, ces dispositions demeurent lacunaires et leur contenu vague empêche qu'elles constituent un véritable contrepoids aux standards de protection. Ces traités sont ainsi, par nature, « profondément déséquilibrés, étant donné que leur objet est de protéger et promouvoir les investissements étrangers »³². La stratégie sous-jacente à leur développement était même d'isoler le droit des investissements des autres branches du droit international « so that the focus could be on investment protection, and not on the other areas of international law that also affected the foreign investment process »³³. Même lorsque les TBI mentionnent l'environnement, c'est quasi systématiquement dans leur préambule, or le préambule d'un traité, s'il en fait partie intégrante, « usually does not confer contractual rights or obligations on the contracting parties »³⁴. Sur les 2 500 traités analysés par la CNUCED, seuls

²⁹ R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2e éd., 2012, *passim*.

³⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2e éd., 2017, p. 350, §748 ; R. DOLZER et C. SCHREUER, *op. cit.*, *passim*.

³¹ CIRDI, *Salini Costruttori SpA c. Royaume du Maroc*, n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001 ; M. CHI, *op. cit.*, p. 17.

³² A. DE NANTEUIL, in R. MAUREL (dir.), *op. cit.*, p. 118. ; M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 7-8.

³³ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, p. 8.

³⁴ M. CHI, *op. cit.*, p. 20.

47 font référence au développement durable dans leurs préambules³⁵ et cette référence, faute de force contraignante, ne suffit pas à rééquilibrer le système.

C'est donc un système conçu pour une finalité précise, celle de la protection des investissements, qui se trouve aujourd'hui confronté à des impératifs qu'il n'avait pas anticipés : ceux de la souveraineté environnementale des États (*III*).

II. Le TJE : une norme expansive devenue principal obstacle à la réglementation environnementale

Le traitement juste et équitable est le standard de protection le plus fréquemment invoqué dans les litiges d'investissement³⁶. Présent dans 95% des TBI³⁷, c'est lui qui, dans la grande majorité des affaires opposant un investisseur à un État ayant adopté des mesures environnementales, constitue le principal fondement des réclamations. Ce n'est pas son existence qui pose un problème, puisque le TJE répond à une logique légitime de protection contre l'arbitraire et la discrimination, mais son contenu structurellement indéterminé, qui laisse aux arbitres une marge d'interprétation considérable dont les États hôtes font les frais lorsqu'ils cherchent à réguler en faveur de l'environnement.

Le problème est d'abord normatif. Le TJE est un standard conventionnel, « first and foremost a treaty standard »³⁸, dont le contenu varie considérablement d'un traité à l'autre et d'un tribunal à l'autre. Sur les 2 670 traités analysés par l'OCDE, 80% contiennent une clause TJE non qualifiée, sans aucune guidance interprétative³⁹. L'OCDE reconnaît elle-même que cette indétermination génère « considerable ambiguity as to the scope of obligations under the clause and offers room

³⁵ A. DE NANTEUIL, in R. MAUREL (dir.), *op. cit.*, pp. 123-124.

³⁶ B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 19 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, p. 97.

³⁷ OCDE, *'Fair' and 'Equitable' Treatment Provisions in Investment Treaties : A Large-Sample Survey of Treaty Provisions*, OECD Secretariat Research Note, 12 avril 2023, DAF/INV/TR2/WD (2023)1/REV1, p. 9.

³⁸ T. BRAUN, *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection*, Nomos, 2022, p. 67.

³⁹ OCDE, *op. cit.* (2023), p. 9.

for an expansive interpretation »⁴⁰. Et ce flou n'est pas accidentel : il est en partie délibéré, pour permettre aux arbitres d'adapter le standard aux circonstances de chaque espèce⁴¹. Mais ce faisant, ce sont les États qui supportent le coût de cette flexibilité. Ne sachant pas à l'avance comment leur mesure sera interprétée, ils sont structurellement contraints dans leur capacité à réguler.

Pour comprendre comment le TJE contraint concrètement la réglementation environnementale, il faut distinguer ses deux niveaux de protection. Au premier niveau se trouve la conception coutumière du standard qui regroupe quatre grandes prohibitions : le traitement discriminatoire, le traitement arbitraire au sens d'une irrégularité délibérée qui heurte le sens de la correction juridique, le traitement coercitif et le traitement spoliateur. Ces quatre prohibitions constituent le socle minimum du TJE et ne posent pas, en eux-mêmes, de problème particulier pour la réglementation environnementale. C'est le second niveau qui est source de difficulté pour la réglementation environnementale. Sur la base du principe de bonne foi, les tribunaux arbitraux ont en effet progressivement reconnu que tout investisseur dispose d'attentes légitimes à l'égard de l'État hôte⁴². Concrètement, cela signifie que l'État ne peut pas modifier son cadre réglementaire de façon à tromper la confiance que l'investisseur avait placée en lui au moment de son investissement. C'est ce que la doctrine appelle les *legitimate expectations* et c'est précisément là que le TJE entre en conflit direct avec la réglementation environnementale. La jurisprudence arbitrale a en effet identifié, à partir de l'affaire *Tecmed c. Mexique*, des « *basic expectations* » inhérentes à toute situation d'investissement : tout investisseur peut raisonnablement attendre de l'État hôte qu'il agisse de manière cohérente, dépourvue d'ambiguïté et totalement transparente⁴³. Or la pratique arbitrale a progressivement étendu ces attentes élémentaires à trois dimensions distinctes : la clarté du cadre juridique, sa cohérence et sa stabilité. C'est cette troisième dimension, la stabilité, qui est la plus problématique pour la réglementation environnementale. Car toute politique environnementale active implique par définition des évolutions du cadre réglementaire : nouvelles normes d'émission, restrictions d'exploitation, interdictions de certaines substances. Chacune de

⁴⁰ OCDE, *op. cit.* (2023), p. 15.

⁴¹ OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, n° 2004/03, 2004, p. 2.

⁴² Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer, 2022, Ch. 3 ; F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press/Springer, 2018, p. 86.

⁴³ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 154 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 3.

ces évolutions est susceptible d'être présentée par un investisseur comme une rupture de la stabilité à laquelle il pouvait légitimement s'attendre.

L'affaire *Metalclad c. Mexique* illustre concrètement ce mécanisme. Une entreprise américaine souhaitait exploiter une décharge de déchets dangereux à Guadalcázar, dans l'État de San Luis Potosí. Elle disposait de l'ensemble des autorisations fédérales nécessaires et avait obtenu des assurances répétées des autorités fédérales mexicaines quant à la régularité de son projet. Pourtant, la municipalité a refusé de délivrer le permis de construire local, et le gouverneur de l'État a ensuite déclaré le site zone écologique protégée afin d'empêcher toute activité. Le tribunal arbitral a condamné le Mexique à verser 16,68 millions de dollars de dommages-intérêts, estimant que Metalclad était en droit de se fier aux représentations des autorités fédérales⁴⁴, et que le Mexique avait manqué à son obligation de fournir un cadre transparent et prévisible pour l'investissement. Ce qui est particulièrement révélateur pour la réglementation environnementale : c'est précisément la mesure de protection écologique, la déclaration de zone protégée pour préserver des cactus rares, qui a été qualifiée d'expropriation indirecte compensable, indépendamment de toute considération sur sa légitimité environnementale. Cette décision a d'ailleurs immédiatement suscité des craintes sur ce qu'on appellera le *regulatory chill* : la menace de procès multimillionnaires risquait de paralyser les gouvernements dans leur capacité à adopter de nouvelles mesures environnementales⁴⁵. Il faut néanmoins noter que cette sentence n'a pas survécu intégralement à la révision judiciaire. La Cour suprême de Colombie-Britannique, saisie par le Mexique, a annulé la conclusion sur le TJE au motif que le tribunal avait outrepassé sa compétence en intégrant dans son raisonnement des dispositions de transparence de l'ALENA qui ne relevaient pas du Chapitre 11 sur les investissements. En revanche, elle a maintenu la condamnation pour expropriation indirecte liée au Décret écologique, estimant que l'interprétation retenue par le tribunal, aussi extensive soit-elle, n'était pas suffisamment déraisonnable pour justifier son annulation⁴⁶.

L'affaire *Tecmed c. Mexique* révèle une dimension plus nuancée du problème. Une entreprise espagnole exploitait une décharge de déchets dangereux au Mexique dans le cadre d'un permis

⁴⁴ *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, § 89.

⁴⁵ S. EASTWOOD, « Investment Arbitration and Environmental Protection : Irreconcilable Interests or Mutual Adaptation ? », *Yale Journal of International Law*, Vol. 49, 2024, pp. 193-194 ; B. BEYSULEN ANGİN, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁶ Cour suprême de Colombie-Britannique, *United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, décision du 2 mai 2001, § 99.

renouvelable annuellement. Lorsque l'agence mexicaine de protection de l'environnement a refusé de renouveler ce permis et ordonné la fermeture du site, Tecmed a initié une procédure d'arbitrage sur le fondement du TBI Espagne-Mexique. Le tribunal a conclu à une double violation : une expropriation indirecte et une violation du TJE⁴⁷. Les faits de l'affaire invitent à la nuance. Les violations techniques reprochées à Tecmed étaient mineures et n'avaient pas, selon les autorités mexicaines elles-mêmes, compromis la santé publique ou l'équilibre écologique. Le tribunal a constaté qu'il n'existait pas de crise sanitaire ou environnementale réelle justifiant la fermeture, et que la véritable raison du non-renouvellement était politique et sociale. L'agence environnementale semblait utiliser les préoccupations écologiques comme prétexte à une décision motivée par des considérations étrangères à l'environnement⁴⁸. Dans ces circonstances précises, l'investisseur avait en partie raison, et le tribunal a sanctionné un État qui instrumentalisait l'argument environnemental.

Mais cette affaire révèle surtout une difficulté structurelle fondamentale : comment distinguer la vraie mesure environnementale de la fausse ? La frontière entre une décision légitime de protection de l'environnement et une décision politique habillée en argument écologique est souvent difficile à tracer et c'est précisément cette difficulté qui place les États dans une position inconfortable. Un État qui agit de bonne foi pour des raisons environnementales réelles doit néanmoins s'attendre à ce qu'un tribunal arbitral examine et juge la proportionnalité et la sincérité de ses motivations. Le système arbitral joue donc ici un rôle de contrôle qui n'est pas sans légitimité mais qui constitue néanmoins une ingérence considérable dans les choix réglementaires des États. C'est dans cet entre-deux inconfortable que se situe la marge de manœuvre environnementale des États hôtes : ni totalement libre, ni totalement bloquée, mais constamment soumise au regard et à l'appréciation d'un tribunal arbitral.

Il convient ici d'apporter une nuance importante sur la portée du TJE. De Nanteuil le formule clairement : « *l'investisseur ne peut pas s'attendre raisonnablement à ce que la législation ne soit pas modifiée* » et « *l'investisseur doit s'attendre à un durcissement de la législation* ».

⁴⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §§ 124, 139, 154.

⁴⁸ *Tecmed, op. cit.*, § 157 ; S. EASTWOOD, *op. cit.*, pp. 193-194.

environnementale dans un État où la conscience écologique est forte »⁴⁹. De plus, l'idée d'une stabilité absolue du cadre juridique fondée sur le seul TJE, sans clause de stabilisation, est très largement discutée en doctrine. Palombino confirme que les clauses TJE « *are not equivalent to stabilization clauses* » et qu'une modification réglementaire n'est « not sufficient per se to generate an obligation of compensation »⁵⁰. Seule une modification déraisonnable ou arbitraire pourrait constituer une violation⁵¹.

Mais cette nuance ne suffit pas à dissiper la contrainte que fait peser le TJE sur la réglementation environnementale. Car le vrai problème n'est pas que le TJE interdise de réguler mais plutôt que les États ne savent pas à l'avance si leur mesure sera jugée conforme ou non au standard. Et cette incertitude est documentée empiriquement : Dumberry a analysé 279 affaires arbitrales et montre que le taux de succès des investisseurs varie du simple au double selon la formulation de la clause TJE applicable avec 50% de succès lorsque la clause est autonome, contre 25% seulement lorsqu'elle est liée au standard minimum coutumier⁵². Autrement dit, deux États ayant adopté des mesures environnementales similaires peuvent faire face à des issues radicalement différentes selon le TBI qui leur est applicable, non pas parce que leurs mesures sont différentes, mais parce que la clause TJE de leur traité est rédigée différemment. Cette imprévisibilité tient à une cause structurelle simple : le TJE ne fait l'objet d'aucune définition universelle. Chaque tribunal arbitral en façonne librement le contenu, sans être lié par les décisions antérieures, faute de précédent contraignant en droit international des investissements. Le résultat est un standard dont le contenu réel ne se révèle qu'a posteriori, une fois la sentence rendue. Pour un État cherchant à anticiper les conséquences juridiques de sa réglementation environnementale, cette incertitude est en elle-même une contrainte : face au risque d'un arbitrage coûteux, beaucoup préfèrent ne pas réguler. C'est précisément ce phénomène, le *regulatory chill*, que l'on développera dans le second chapitre.

⁴⁹ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2e éd., 2017, p. 334, §712, citant *EnCana Corp. c. République de l'Équateur*, CNUDCI, sentence du 3 février 2006, § 173 et *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 3 août 2005, Partie IV, chapitre D, § 2.

⁵⁰ F.M. PALOMBINO, *op. cit.*, p. 90.

⁵¹ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 334, §712, citant *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, CIRDI, n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, § 291.

⁵² P. DUMBERRY, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause*, Kluwer Law International, 2024, pp. 169-170.

Le TJE n'est cependant pas le seul standard de protection des TBI à contraindre la marge réglementaire des États hôtes. La clause d'expropriation indirecte soulève des questions tout aussi fondamentales (**III**).

III. L'expropriation indirecte : quand réguler pour l'environnement devient exproprier

Si le TJE constitue le principal vecteur de contrainte sur la réglementation environnementale des États hôtes, l'expropriation indirecte en constitue le second, et il est plus radical encore dans ses effets. Là où le TJE sanctionne avant tout le comportement de l'État, l'expropriation indirecte s'attache à l'effet de la mesure sur l'investissement : dès lors qu'une mesure environnementale prive l'investisseur de tout ou partie de la valeur économique de son bien, elle peut être qualifiée d'expropriation et donner lieu à compensation. Et si la jurisprudence a progressivement intégré la légitimité et la proportionnalité de la mesure dans son raisonnement, cette prise en compte reste incertaine et dépend du tribunal saisi, ce qui est en soi une source de contrainte pour les États. C'est ce que révèle l'analyse successive des quatre dimensions de ce conflit entre expropriation indirecte et réglementation environnementale.

L'extension du concept aux *regulatory takings* constitue la première source de tension avec la réglementation environnementale, en ce qu'une mesure environnementale peut être qualifiée d'expropriation sans aucun transfert de propriété. L'expropriation indirecte désigne les mesures qui, sans constituer formellement une expropriation, produisent des effets équivalents. Comme le souligne De Nanteuil, « aucune mesure ne constitue une expropriation indirecte en soi puisque tout type d'agissement étatique est susceptible d'être ainsi qualifié en raison de l'impact qu'il peut avoir sur l'investissement étranger »⁵³. Cette indétermination est au cœur du problème pour la réglementation environnementale. Une loi interdisant l'exploitation minière dans une zone protégée, un décret classant un site en réserve naturelle, une norme limitant les émissions d'une usine : aucune de ces mesures ne transfère formellement de propriété, et pourtant chacune peut être qualifiée d'expropriation indirecte si elle affecte suffisamment les droits de l'investisseur, que ce soit à travers la perte de valeur économique, la privation de jouissance ou la perte de contrôle sur

⁵³ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2e éd., 2017, p. 350, §748.

la direction de l'investissement. Cette extension du concept trouve ses racines dans la notion américaine de *regulatory taking*, issue de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, selon laquelle une réglementation peut constituer une prise de propriété compensable si elle prive le propriétaire de tout usage économique de son bien⁵⁴. La jurisprudence arbitrale internationale a progressivement adopté une logique similaire, identifiant trois formes distinctes d'expropriation indirecte : l'expropriation de facto, qui désigne toute mesure produisant un effet de dépossession sans en avoir la forme ; l'expropriation par le fait de la réglementation, ou *regulatory taking*, qui vise spécifiquement les mesures normatives affectant un investissement ; et l'expropriation rampante, ou *creeping expropriation*, qui résulte de l'accumulation de mesures dont aucune ne constitue isolément une expropriation mais dont l'agrégation produit cet effet⁵⁵. Ce que révèle cette évolution jurisprudentielle, c'est que le droit international des investissements a progressivement étendu la notion d'expropriation bien au-delà de sa conception originelle. À l'origine conçue pour protéger les investisseurs contre les nationalisations et les confiscations brutales, elle est devenue un outil susceptible de remettre en cause n'importe quelle mesure réglementaire environnementale qui affecte suffisamment la valeur d'un investissement. L'État hôte qui légifère pour protéger son environnement se retrouve ainsi dans la même situation juridique que l'État qui exproprie sans indemniser et c'est précisément cette équivalence qui pose un problème.

Les critères flous de distinction entre expropriation légitime et réglementation de bonne foi constituent la seconde source de difficulté, et peut-être la plus profonde. Comme le constate Eastwood, « we do not possess a single, unified definition of indirect expropriation. It is clear from inconsistencies in the jurisprudence that a consensus has not yet been found on how best to address the relationship between domestic environmental protection measures and obligations to protect foreign investments »⁵⁶. Deux grandes approches jurisprudentielles s'affrontent sur cette question. La première, incarnée par l'affaire *Metalclad c. Mexique*, retient un test purement économique : est expropriatoire toute mesure qui prive l'investisseur « *in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property* », et ce indépendamment de la motivation

⁵⁴ *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, Cour suprême des États-Unis, 11 décembre 1922, 260 U.S. 393 ; *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, Cour suprême des États-Unis, 26 juin 1978, 438 U.S. 104.

⁵⁵ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, pp. 350-359, §§ 723-726 ; R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2e éd., 2012, *passim*.

⁵⁶ S. EASTWOOD, « Investment Arbitration and Environmental Protection : Irreconcilable Interests or Mutual Adaptation ? », *Yale Journal of International Law*, Vol. 49, 2024, p. 186 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, pp. 83 et 99.

ou de l'intention derrière la mesure⁵⁷. Le tribunal a ainsi explicitement refusé de prendre en compte la finalité environnementale du Décret écologique déclarant le site zone protégée pour préserver des cactus rares : l'effet économique suffisait à caractériser l'expropriation⁵⁸. La seconde approche, introduite par l'affaire *Tecmed c. Mexique*, tente de dépasser le seul test des effets en introduisant un test de proportionnalité. Mais comme on l'a vu, ce test n'a pas suffi à protéger le Mexique dans *Tecmed* lui-même et son application reste trop incertaine pour constituer une véritable garantie pour les États hôtes⁵⁹. La doctrine des *police powers*, qui postule que l'État dispose toujours de la possibilité de porter atteinte à des droits particuliers si un intérêt supérieur l'exige, n'a pas davantage permis de dissiper cette incertitude. Comme le souligne De Nanteuil, affirmer qu'un État agit en vertu de ses *police powers* « ne revient plus à considérer que les mesures ainsi adoptées ne peuvent jamais être qualifiées d'expropriation indirecte. Il s'agit davantage de reconnaître que la mesure est légitime dans l'absolu en ce qu'elle poursuit un objectif reconnu. C'est un élément essentiel mais pas suffisant »⁶⁰. La tension entre ces deux approches est directement source d'imprévisibilité pour les États : face au même type de mesure environnementale, un tribunal peut conclure à l'expropriation là où un autre conclura à l'exercice légitime du pouvoir réglementaire.

Le paradoxe central reste alors le suivant : plus une mesure environnementale est efficace et affecte la valeur d'un investissement, plus elle risque d'être qualifiée d'expropriation. L'affaire *Santa Elena c. Costa Rica* en est l'illustration paradigmatique. La société Compañía del Desarrollo de Santa Elena avait acquis en 1970 plus de 15 000 hectares dans la province de Guanacaste pour y développer un projet touristique. Le gouvernement du Costa Rica a exproprié cette propriété par décret présidentiel pour l'intégrer au parc national Santa Rosa, en exécution de ses obligations environnementales internationales. Le différend sur le montant de l'indemnisation a duré vingt-deux ans avant d'être soumis au CIRDI. Le tribunal a refusé de tenir compte des obligations environnementales de l'État pour réduire la compensation due, posant que les mesures environnementales expropriantes, « *no matter how laudable and beneficial to society as a whole* », sont soumises aux mêmes règles que toute autre expropriation et donnent lieu à une compensation

⁵⁷ *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.

⁵⁸ *Metalclad*, *op. cit.* ; S. EASTWOOD, *op. cit.*, pp. 193-194.

⁵⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003 ; S. EASTWOOD, *op. cit.*, pp. 193-194.

⁶⁰ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 359, §770.

prompte, adéquate et effective⁶¹. Le Costa Rica a été condamné à verser 16 millions de dollars. Le tribunal a notamment rejeté l'argument fondé sur les *police powers* de l'État, estimant que l'objectif environnemental, aussi légitime soit-il, ne modifiait en rien l'obligation d'indemniser. Le message de cette jurisprudence ancienne est sans appel : l'État peut réguler pour l'environnement, mais il paiera le prix économique de cette régulation. Si la jurisprudence ultérieure a progressivement nuancé ce principe en introduisant des tests de proportionnalité et en reconnaissant une certaine marge réglementaire aux États (Partie II), cette évolution reste trop fragile et trop incertaine pour dissiper la contrainte structurelle que fait peser l'expropriation indirecte sur la réglementation environnementale.

Ce paradoxe n'est pas propre aux TBI ancienne génération ni aux pays en développement. L'affaire *Vattenfall I c. Allemagne* en offre une illustration contemporaine particulièrement frappante. Le groupe énergétique suédois Vattenfall avait obtenu des autorisations pour exploiter une centrale à charbon à Hambourg. Lorsque les autorités locales ont imposé des restrictions environnementales supplémentaires sur les rejets dans l'Elbe pour protéger l'écosystème fluvial, Vattenfall a initié une procédure arbitrale sous le Traité sur la Charte de l'énergie, réclamant 1,4 milliard de dollars US⁶². L'affaire s'est conclue par un règlement amiable favorable à l'investisseur : l'Allemagne ayant accepté d'assouplir les conditions environnementales imposées plutôt que de risquer une sentence défavorable⁶³. Ce précédent est révélateur : même un État développé, doté d'un système juridique robuste et agissant pour des raisons environnementales légitimes, peut être contraint de renoncer à ses exigences environnementales face à la menace d'un arbitrage d'investissement.

Ce paradoxe est structurel. Il tient à ce que le droit des investissements a été construit autour de la valeur économique de l'investissement comme bien à protéger et que les mesures environnementales les plus efficaces sont précisément celles qui affectent le plus cette valeur. Comme le note la CNUCED, la question de savoir si une mesure réglementaire environnementale

⁶¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000 ; B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, pp. 23-24 ; S. EASTWOOD, *op. cit.*, p. 201.

⁶² Le montant exact réclamé n'a pas été officiellement confirmé, la procédure s'étant déroulée de façon confidentielle ; le chiffre de 1,4 milliard USD est celui retenu par la base de données UNCTAD Investment Policy Hub.

⁶³ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 24.

constitue une expropriation compensable « remains one of the most contentious issues in international investment law »⁶⁴.

La nécessaire nuance est cependant la suivante : le système protège aussi contre les fausses mesures environnementales utilisées comme prétexte à une expropriation déguisée ou discriminatoire. Il serait inexact de présenter le système arbitral comme uniformément hostile à la réglementation environnementale. Le test de proportionnalité permet précisément de détecter les mesures qui utilisent l'environnement comme prétexte à une décision motivée par d'autres considérations. De même, une expropriation discriminatoire, ciblant spécifiquement un investisseur étranger pour des raisons tenant à sa nationalité plutôt qu'à de véritables préoccupations environnementales, sera sanctionnée au titre des conditions de licéité de l'expropriation⁶⁵. En définitive, le régime de l'expropriation indirecte place les États hôtes dans une position structurellement difficile : ils peuvent réguler pour l'environnement, mais au risque de devoir compenser financièrement les investisseurs dont les activités sont affectées. Ce coût potentiel, qui peut se chiffrer en centaines de millions de dollars, est en lui-même une contrainte sur la marge de manœuvre réglementaire environnementale des États, indépendamment même de toute sentence arbitrale. Les TBI modernes ont certes commencé à répondre à ce problème en intégrant des clauses précisant que les mesures environnementales de bonne foi ne constituent pas une expropriation indirecte mais ces évolutions restent encore insuffisantes face à l'ampleur du stock de TBI ancienne génération toujours en vigueur. Ces insuffisances prennent une dimension particulièrement aiguë à mesure que les obligations environnementales et climatiques internationales se multiplient et entrent directement en collision avec les engagements conventionnels issus des TBI.

Section 2 - L'aggravation contemporaine du conflit : quand les obligations environnementales et climatiques internationales entrent en collision avec les TBI

Si la tension entre protection des investissements et réglementation environnementale est inhérente à l'architecture des TBI, elle s'est structurellement aggravée sous l'effet d'un phénomène

⁶⁴ CNUCED, *op. cit.*, pp. 83 et 99.

⁶⁵ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, pp. 350-359, §§ 734-736.

contemporain majeur : l'émergence d'un corpus d'obligations environnementales et climatiques internationales de plus en plus contraignantes. Les États se trouvent aujourd'hui pris dans un double bind juridique inédit. En effet, ne pas respecter leurs obligations climatiques constitue désormais un fait internationalement illicite, mais les respecter les expose à des arbitrages d'investissement coûteux. Cette aggravation prend deux formes distinctes : d'un côté, la collision frontale entre les obligations de décarbonation et les TBI qui protègent les investissements fossiles (*I*) ; de l'autre, la situation dans laquelle les TBI protègent des investissements qui sont eux-mêmes sources de dommages environnementaux que les États ont l'obligation internationale de prévenir (*II*).

I. La collision entre obligations climatiques internationales et TBI : le paradoxe du double bind

Le droit international de l'environnement et le droit international des investissements se sont développés en parallèle, sans mécanisme d'articulation. Comme le soulignent Jevremović et Kazeem, il existe « a fundamental misalignment between international investment law and the climate change regime set out in the UNFCCC and the Paris Agreement »⁶⁶. En effet, les deux systèmes sont structurellement aveugles l'un à l'autre. Ce décalage ne posait pas de problème majeur tant que les obligations environnementales restaient largement volontaires. Mais à mesure que ces obligations ont acquis une force juridique contraignante, ce décalage s'est transformé en une contradiction difficile à gérer pour les États.

Le corpus des obligations climatiques des États est aujourd'hui solidement établi en droit international. La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, le Protocole de Kyoto de 1997 et l'Accord de Paris de 2015 constituent les trois instruments centraux d'un régime juridique contraignant qui impose aux États des obligations d'atténuation, d'adaptation et de coopération⁶⁷. Ces obligations ont toujours existé mais leur portée et leur intensité ont été définitivement précisées par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif du 23 juillet 2025 sur les Obligations des États en matière de changement climatique. La CIJ y affirme à

⁶⁶ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in *The Future of Investor-State Dispute Settlement*, 2022, p. 263.

⁶⁷ Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, New York, 9 mai 1992, RTNU vol. 1771 ; Protocole de Kyoto, Kyoto, 11 décembre 1997, RTNU vol. 2303, p. 148 ; Accord de Paris, Paris, 12 décembre 2015, RTNU vol. 3156 ; M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, p. 12.

l'unanimité que ces obligations sont strictement contraignantes pour les États parties, que la norme de diligence requise pour prévenir les dommages significatifs au système climatique est stricte, et que le manquement à ces obligations constitue un fait internationalement illicite engageant la responsabilité de l'État⁶⁸. Comme le souligne le Brésil dans les débats qui ont suivi à l'Assemblée générale, « l'avis de la CIJ ne crée pas de nouvelles obligations, il précise celles qui existent déjà »⁶⁹, ce qui illustre parfaitement la nature du conflit : les obligations climatiques pesaient déjà sur les États, et c'est précisément parce qu'elles s'imposent avec une force croissante que leur collision avec les TBI est devenue structurellement insoutenable.

Cette collision s'intensifie encore plus s'agissant des investissements dans les énergies fossiles. La CIJ précise en effet que le fait pour un État de ne pas prendre les mesures appropriées pour protéger le système climatique, notamment en octroyant des permis d'exploration ou des subventions pour les combustibles fossiles, peut constituer en soi un fait internationalement illicite⁷⁰. Or c'est précisément ce que les TBI protègent. Les investissements dans les énergies fossiles, les centrales à charbon, l'extraction pétrolière et gazière bénéficient de la même protection conventionnelle que tous les autres investissements étrangers et les États qui cherchent à y mettre fin pour respecter leurs obligations climatiques s'exposent immédiatement à des arbitrages coûteux. Comme le note Schaugg, les standards ISDS les plus fréquemment invoqués, le TJE et la protection contre l'expropriation, peuvent désormais être contestés à la lumière de ces obligations climatiques contraignantes⁷¹. Mais cette intégration systémique reste largement absente de la pratique arbitrale actuelle.

Le paradoxe est documenté empiriquement. Entre 1987 et 2021, 447 affaires arbitrales comportant des éléments climatiques ou environnementaux ont été recensées, dont 175 cas dans lesquels des investisseurs ont contesté des mesures de décarbonation adoptées par les États⁷². Depuis 2016, le

⁶⁸ CIJ, Obligations des États en matière de changement climatique, avis consultatif du 23 juillet 2025, Résumé 2025/4, dispositif point 3.

⁶⁹ Assemblée générale des Nations Unies, communiqué de presse AG/12760, 80e session, 82e et 83e séances, 20 mai 2026, déclaration du Brésil.

⁷⁰ CIJ, op. cit.

⁷¹ L. SCHAUGG, « Que signifie l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le changement climatique pour le droit international des investissements ? », *Investment Treaty News*, IISD, mars 2026.

⁷² N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, op. cit., pp. 265-266

nombre de différends environnementaux a presque doublé⁷³. Ces chiffres illustrent une réalité simple : plus les États respectent leurs obligations climatiques, plus ils s'exposent aux arbitrages d'investissement. Le Traité sur la Charte de l'énergie en constitue l'illustration la plus frappante puisque la valeur des investissements fossiles protégés par le seul TCE atteignait 344,6 milliards d'euros en 2021⁷⁴. Ce chiffre signifie concrètement que si les États européens cherchent à mettre fin à ces investissements pour respecter leurs obligations climatiques, ils s'exposent à des demandes d'indemnisation potentiellement colossales, ce qui constitue un facteur susceptible de ralentir la décarbonation européenne malgré des engagements juridiquement contraignants. Face à cette réalité, l'Union européenne a officiellement acté son retrait du TCE en mai 2024, après une série de retraits individuels motivés par l'incompatibilité du traité avec la lutte contre le changement climatique⁷⁵. Mais cette décision n'a pas mis fin au problème : la clause de survie de l'article 47(3) du TCE permet aux investisseurs d'initier des procédures arbitrales jusqu'à vingt ans après le retrait d'un État, les maintenant vulnérables longtemps après leur départ⁷⁶. Les affaires récentes illustrent l'ampleur du phénomène : l'affaire *GreenX Metals c. Pologne* a donné lieu en octobre 2024 à une condamnation de 183 millions de livres sterling pour refus de droits d'exploitation minière de charbon⁷⁷ ; l'affaire *Ascent Resources c. Sloénie* réclame 656,5 millions d'euros pour une interdiction de fracturation hydraulique⁷⁸ ; l'affaire *ExxonMobil c. Pays-Bas* pourrait atteindre des milliards d'euros pour l'arrêt progressif du champ gazier de Groningue en raison de risques sismiques⁷⁹.

Au-delà des sentences elles-mêmes, ces affaires produisent des effets systémiques sur le comportement réglementaire des États. La résolution A/80/L.65, adoptée le 20 mai 2026 par l'Assemblée générale des Nations Unies par 141 voix pour, 8 contre et 28 abstentions, a certes

⁷³ C. MARTINI, « Les arbitrages climatiques et le droit international des investissements », *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 37, 2024, p. 171.

⁷⁴ B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 38.

⁷⁵ C. BALDON et R. CRAVEIA, « Aperçu des récents arbitrages relatifs aux combustibles fossiles dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie », *Investment Treaty News*, IISD, 27 janvier 2025.

⁷⁶ C. BALDON et R. CRAVEIA, *op. cit.*

⁷⁷ *GreenX Metals Ltd c. République de Pologne, TCE et TBI Australie-Pologne*, sentence du 8 octobre 2024 ; C. BALDON et R. CRAVEIA, *op. cit.*

⁷⁸ *Ascent Resources PLC et Ascent Slovenia Ltd c. République de Sloénie*, CIRDI, n° ARB/22/21, en cours ; C. BALDON et R. CRAVEIA, *op. cit.*

⁷⁹ *ExxonMobil Petroleum & Chemical BV c. Royaume des Pays-Bas*, CIRDI, n° ARB/24/44, en cours ; C. BALDON et R. CRAVEIA, *op. cit.*

affirmé que ces obligations climatiques ne sont pas des aspirations politiques mais bien des obligations juridiques contraignantes⁸⁰, mais la résistance des États-Unis, de l'Arabie saoudite et de la Fédération de Russie⁸¹ lors de ce vote illustre que la pression normative de l'avis CIJ se heurte encore à de puissants intérêts contraires⁸².

Il convient néanmoins d'apporter une nuance importante : le conflit entre TBI et obligations climatiques n'est pas univoque. Sur les 447 affaires recensées, 80 concernent les énergies renouvelables⁸³ et les TBI peuvent aussi protéger les investissements qui servent la transition énergétique. La saga espagnole des énergies renouvelables en témoigne : quand l'Espagne a modifié son régime de subventions aux énergies solaires, ce sont précisément les TBI qui ont protégé les investisseurs dans ces énergies propres. Le conflit n'est donc pas entre les TBI et l'environnement en général : il est entre les TBI et les mesures de transition qui affectent les investissements fossiles existants. Cette nuance est importante car elle montre que le problème n'est pas le système dans son ensemble, mais son incapacité à distinguer les investissements qui servent la transition de ceux qui l'entravent. Cette incapacité à distinguer est d'autant plus problématique que certains TBI protègent activement des investissements dont les activités sont directement contraires aux obligations environnementales des États qui les accueillent (*II*).

II. Les investissements nuisibles : quand les TBI protègent l'activité qui viole les obligations environnementales des États

Au-delà des mesures climatiques que les États cherchent à adopter, certains investissements sont eux-mêmes sources de violations des obligations environnementales internationales des États hôtes. Or les TBI protègent ces investissements nuisibles avec la même vigueur que les autres, créant une situation que De Nanteuil qualifie de révélatrice : ces affaires montrent « à quel point le

⁸⁰ Assemblée générale des Nations Unies, AG/12760, op. cit., déclarations des Fidji, des Philippines et de la France.

⁸¹ Les huit États ayant voté contre étaient l'Arabie saoudite, le Bélarus, les États-Unis, l'Iran, Israël, le Liberia, la Fédération de Russie et le Yémen. L'analyse se concentre ici sur les trois principaux exportateurs d'hydrocarbures, dont l'opposition est directement liée à la protection de leurs investissements fossiles à l'étranger.

⁸² AG/12760, op. cit., déclarations de l'Arabie saoudite, des États-Unis et de la Fédération de Russie.

⁸³ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, op. cit., pp. 265-266 ; B. BEYSULEN ANGIN, op. cit., pp. 27-33 et 37-38 ; sur la saga espagnole, voir *Charanne BV et Construction Investments SARL c. Royaume d'Espagne*, SCC, sentence du 21 janvier 2016 ; *Eiser Infrastructure Limited et Energia Solar Luxembourg SARL c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, n° ARB/13/36, sentence du 4 mai 2017 ; *SolEs Badajoz GmbH c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, n° ARB/15/38, sentence du 31 juillet 2019 ; *EBL Genossenschaft Elektra Baselland et Tubo Sol PE2 SL c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, sentence du 11 janvier 2024.

droit international des investissements est mal équipé pour assurer un équilibre entre les droits des investisseurs et ceux des populations locales et des États »⁸⁴. En effet, certains tribunaux arbitraux peinent à reconnaître les implications d'intérêt public des différends environnementaux et ils se concentrent sur les droits de l'investisseur sans tenir compte des obligations environnementales de l'État hôte ni des dommages causés aux populations locales⁸⁵. Et les États qui cherchent à mettre fin à ces activités ou à en réparer les dommages se heurtent aux mêmes mécanismes de protection que ceux analysés en Section 1.

L'affaire Chevron/Texaco c. Équateur illustre la perversion possible du système à son paroxysme. Sans revenir sur les faits déjà évoqués en introduction, ce qui retient l'attention sur le plan juridique c'est le retournement du mécanisme : l'investisseur à l'origine des dommages environnementaux catastrophiques a utilisé le mécanisme ISDS non pas pour répondre de ses actes, mais pour bloquer la décision judiciaire nationale qui le condamnait à 9,5 milliards de dollars. Le tribunal arbitral a déclaré le jugement équatorien constitutif d'un déni de justice⁸⁶. Ce faisant, le droit international des investissements a été mobilisé comme instrument de protection contre la responsabilité environnementale, exactement l'inverse de ce que l'avis CIJ impose désormais aux États en matière de diligence environnementale.

L'affaire Tecmed c. Mexique, au-delà de ce qu'elle révèle sur le TJE, illustre aussi cette problématique sous un autre angle. Il s'agit d'une décharge de déchets dangereux exploitée dans des conditions sanitaires et environnementales préoccupantes, à seulement huit kilomètres du centre urbain d'Hermosillo, bien en deçà de la distance minimale de vingt-cinq kilomètres imposée par la réglementation mexicaine adoptée postérieurement à la construction de la décharge. Lorsque l'État a refusé de renouveler le permis, face à une opposition locale réelle et à des violations

⁸⁴ A. DE NANTEUIL, in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 58, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2021, pp. 120-121.

⁸⁵ B. BEYSULEN ANGIN, op. cit., p. 23.

⁸⁶ CPA (règles d'arbitrage CNUDCI), Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation c. République de l'Équateur, n° 2009-23, sentence du 30 août 2018 ; A. DE NANTEUIL, in R. MAUREL (dir.), op. cit., pp. 120-121.

documentées des normes environnementales, c'est lui qui a été condamné⁸⁷. Le système arbitral a protégé l'activité nuisible contre la réglementation de l'État.

L'affaire *Eco Oro Minerals c. Colombie* démontre que ce problème n'est pas propre aux TBI ancienne génération. La Colombie a interdit l'activité extractive dans les páramos, des écosystèmes de haute montagne uniques fournissant 70% de l'eau potable du pays, pour protéger une ressource vitale pour sa population. C'est une obligation environnementale fondamentale, directement liée au droit à un environnement sain que la CIJ reconnaît comme condition préalable à la jouissance de nombreux droits de l'homme⁸⁸. Pourtant, malgré une clause environnementale explicite dans son TBI moderne avec le Canada, la Colombie a été condamnée pour violation du TJE⁸⁹. Les populations qui dépendent de ces écosystèmes n'avaient aucune voix dans la procédure arbitrale.

Ce que révèlent ces trois affaires, c'est une lacune structurelle profonde : le développement durable, bien qu'intégré dans un nombre croissant de traités internationaux, peine encore à s'imposer comme norme contraignante face aux mécanismes de protection des investissements. Son statut normatif reste « largely uncertain »⁹⁰ même quand il est formellement inscrit dans les traités. Il n'acquiert souvent qu'une valeur interprétative sans force contraignante directe⁹¹. C'est précisément cette incertitude que les réformes actuelles tentent de combler avec des succès encore insuffisants.

⁸⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003 ; S. EASTWOOD, « Investment Arbitration and Environmental Protection : Irreconcilable Interests or Mutual Adaptation ? », *Yale Journal of International Law*, Vol. 49, 2024, pp. 193-194.

⁸⁸ CIJ, op. cit.

⁸⁹ *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, CIRDI, n° ARB/16/41, décision sur le fond de 2021 ; B. BEYSULEN ANGIN, op. cit., p. 23.

⁹⁰ M. CHI, op. cit., p. 12.

⁹¹ M. CHI, op. cit., p. 20.

CHAPITRE 2 : Les manifestations du conflit en arbitrage : imprévisibilité jurisprudentielle

Ce second chapitre examine les manifestations concrètes du conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale. Il s'attache d'abord à la jurisprudence arbitrale elle-même, révélatrice des tensions à l'œuvre (*Section 1*). Il en mesure ensuite les répercussions sur le comportement réglementaire des États (*Section 2*).

Section 1 - La jurisprudence arbitrale révélatrice du déséquilibre : analyse critique des grandes affaires environnementales

L'analyse de la jurisprudence arbitrale environnementale révèle deux problèmes distincts mais liés. D'un côté, les tribunaux ont souvent tranché en défaveur de la réglementation environnementale dans des affaires emblématiques, non par biais systématique, mais parce qu'ils n'intègrent pas suffisamment les implications d'intérêt public dans leur raisonnement (*I*). De l'autre, l'absence de critères universels et de précédent contraignant produit une imprévisibilité radicale qui constitue en elle-même une contrainte sur la marge réglementaire des États (*II*). Ces deux problèmes coexistent avec une évolution jurisprudentielle timide mais réelle vers une meilleure reconnaissance du droit de réguler (*III*).

I. Le déséquilibre jurisprudentiel : quand les tribunaux tranchent en défaveur de la réglementation environnementale

Le premier problème que révèle la jurisprudence arbitrale environnementale est structurel. Les tribunaux ne considèrent pas, en règle générale, les implications d'intérêt public des différends lorsqu'ils décident si les droits d'un investisseur ont été violés et quelle compensation doit être accordée⁹². Ce constat ne signifie pas que les tribunaux sont systématiquement favorables aux investisseurs ; les données empiriques montrent que le nombre d'awards rendus en faveur des États

⁹² B. BEYSULEN ANGİN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 23.

est supérieur à celui des awards rendus en faveur des investisseurs⁹³. Mais dans les affaires emblématiques impliquant des mesures environnementales légitimes, les résultats ont souvent été défavorables aux États, et c'est ce qui produit des effets concrets sur leur comportement réglementaire.

Les tribunaux reconnaissent abstraitement les circonstances de l'État hôte, notamment économiques, politiques, sociales, ou le niveau de développement, dans leur raisonnement, mais cette reconnaissance reste incohérente et rarement décisive dans l'évaluation concrète des mesures environnementales⁹⁴. C'est précisément cet écart entre reconnaissance abstraite et application concrète qui crée l'espace d'imprévisibilité caractéristique du système.

L'affaire *Santa Elena c. Costa Rica* illustre ce problème de façon emblématique. Le Costa Rica avait exproprié un terrain de plus de 15 000 hectares pour l'intégrer au parc national Santa Rosa, en exécution de ses obligations environnementales internationales. Le tribunal a refusé de tenir compte de ces obligations pour réduire la compensation due, posant que les mesures environnementales expropriantes, « no matter how laudable and beneficial to society as a whole », sont soumises aux mêmes règles que toute autre expropriation⁹⁵. Le Costa Rica a été condamné à verser 16 millions de dollars. Le tribunal a explicitement écarté l'argument fondé sur les obligations environnementales internationales de l'État, ce qui illustre le refus persistant des tribunaux d'intégrer ces obligations dans le calcul de la compensation⁹⁶.

Vattenfall I c. Allemagne illustre la même logique dans un contexte contemporain. Vattenfall avait obtenu des autorisations pour exploiter une centrale à charbon à Hambourg-Moorburg. Lorsque les autorités locales ont imposé des restrictions environnementales sur l'utilisation de l'eau de l'Elbe pour le refroidissement de la centrale, Vattenfall a initié une procédure arbitrale sous le TCE, réclamant 1,4 milliard de dollars. L'affaire s'est conclue par un règlement amiable : l'Allemagne a

⁹³ B. BEYSULEN ANGİN, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁴ T. BRAUN, *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection in International Investment Law*, Nomos/facultas/Dike, 2022, pp. 46-49, §I.A.

⁹⁵ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, §72.

⁹⁶ S. EASTWOOD, « Investment Arbitration and Environmental Protection : Irreconcilable Interests or Mutual Adaptation ? », *Yale Journal of International Law*, Vol. 49, 2024, p. 201.

accepté de lever les restrictions environnementales pour éviter une sentence défavorable⁹⁷. Ce précédent est révélateur : un État développé, agissant pour des raisons environnementales légitimes, contraint de renoncer à ses exigences face à la menace de l'arbitrage.

L'affaire *Vattenfall II c. Allemagne* ajoute une dimension supplémentaire : celle de la divergence entre l'approche des juridictions nationales et celle des tribunaux arbitraux face au même conflit. En 2011, à la suite de la catastrophe de Fukushima, l'Allemagne a accéléré sa sortie du nucléaire par la 13e modification de la loi sur l'énergie atomique, forçant la fermeture immédiate des réacteurs de Brunsbüttel et Krümmel exploités par Vattenfall. L'entreprise suédoise a simultanément saisi la Cour constitutionnelle fédérale et initié un arbitrage ISDS sous le TCE, réclamant 4,7 milliards d'euros.

Les deux procédures ont abouti à des résultats et des raisonnements radicalement différents. La Cour constitutionnelle fédérale a d'abord reconnu que l'État dispose de pouvoirs réglementaires larges pour « determining which aspects of the common good to prioritize, and how to protect public interests such as life and health »⁹⁸ et que ces pouvoirs sont particulièrement étendus en matière d'énergie nucléaire, compte tenu des risques inhérents à cette activité. Elle a néanmoins posé que ces pouvoirs ne sont pas absolus : des *legitimate expectations* étaient nées de la 11e modification de la loi qui avait prolongé les autorisations d'exploitation quelques mois avant la 13e modification, et il n'était pas prévisible que le législateur renverse sa politique dans le même cycle législatif. La compensation ordonnée par la Cour était donc encadrée et proportionnée à ce manquement spécifique aux attentes légitimes des investisseurs, intégrant dans son raisonnement l'ensemble des intérêts en présence, c'est-à-dire ceux de l'État, de l'investisseur et de la société.

Le contentieux ISDS parallèle sous le TCE, mené sur le seul terrain de la valeur économique des pertes de l'investisseur, s'est soldé par un règlement négocié de 1,42 milliard d'euros en 2021, sans qu'aucune sentence arbitrale motivée n'ait jamais été rendue⁹⁹. La différence n'est pas seulement de

⁹⁷ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. République fédérale d'Allemagne*, CIRDI, n° ARB/09/6, règlement du 11 mars 2011 ; B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁸ D. PÁEZ-SALGADO, « A Battle on Two Fronts : Vattenfall v. Federal Republic of Germany », *Kluwer Arbitration Blog*, 18 février 2021, citant Cour constitutionnelle fédérale allemande, 1 BvR 2821/11, jugement du 6 décembre 2016, §283.

⁹⁹ *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, CIRDI, n° ARB/12/12, initié le 14 mai 2012, règlement amiable de 2021 ; D. PÁEZ-SALGADO, *op. cit.*

montant, elle est de nature : là où la Cour constitutionnelle a intégré les pouvoirs réglementaires de l'État et l'intérêt général dans son raisonnement pour encadrer la compensation, la procédure ISDS s'est concentrée sur la seule valeur économique de l'investissement affecté. Cette affaire illustre ainsi que les juridictions nationales, même lorsqu'elles reconnaissent le droit des investisseurs à une compensation, le font dans un cadre qui intègre les pouvoirs réglementaires souverains de l'État, ce que les tribunaux arbitraux peinent à faire de façon aussi équilibrée¹⁰⁰.

L'affaire *Urgenda Foundation c. Pays-Bas* et les arbitrages qui en ont découlé illustrent la collision normative dans sa forme la plus paradoxale. En 2019, la Cour suprême néerlandaise a confirmé que l'État néerlandais avait l'obligation juridique de réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 25% d'ici 2020, première décision au monde obligeant un État à agir concrètement pour le climat sur le fondement de ses obligations en matière de droits de l'homme¹⁰¹. Pour se conformer à ce jugement, les Pays-Bas ont adopté une loi interdisant le charbon pour la production électrique. Cette décision réglementaire, directement imposée par une juridiction nationale statuant sur des obligations climatiques contraignantes, a immédiatement déclenché des arbitrages ISDS de la part de RWE et Uniper, deux entreprises énergétiques exploitant des centrales à charbon aux Pays-Bas¹⁰². L'État se trouvait ainsi dans une situation structurellement impossible : ne pas appliquer le jugement *Urgenda* l'exposait à une violation de ses obligations en matière de droits de l'homme et de ses engagements climatiques internationaux ; l'appliquer l'exposait à des arbitrages d'investissement potentiellement coûteux. Ce cas illustre avec une netteté particulière le double bind contemporain des États, non plus seulement entre deux corpus normatifs abstraitement contradictoires, mais entre deux décisions juridictionnelles concrètes et contraignantes issues de deux systèmes juridiques qui s'ignorent mutuellement. C'est précisément la situation que l'avis consultatif de la CIJ du 23 juillet 2025 cherche à corriger en posant que les obligations climatiques des États doivent être intégrées dans l'interprétation des protections conventionnelles des investissements, mais cette intégration systémique reste encore largement absente de la pratique

¹⁰⁰ D. PÁEZ-SALGADO, *op. cit.*

¹⁰¹ *Urgenda Foundation c. État des Pays-Bas*, Cour suprême des Pays-Bas, n° 19/00135, arrêt du 20 décembre 2019 ; N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in *The Future of Investor-State Dispute Settlement*, 2022, pp. 270-275.

¹⁰² *RWE AG c. Royaume des Pays-Bas*, CIRDI, n° ARB/21/4, initié le 2 février 2021 ; *Uniper SE et autres c. Royaume des Pays-Bas*, CIRDI, n° ARB/21/22, en cours ; N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, *op. cit.*, pp. 270-275.

arbitrale¹⁰³. À cette lacune s'ajoute une incohérence jurisprudentielle qui aggrave encore l'imprévisibilité du système : des affaires aux faits similaires aboutissant à des solutions radicalement différentes selon le tribunal saisi (**III**).

II. L'incohérence jurisprudentielle : même conflit, critères différents

Si le déséquilibre jurisprudentiel identifié produit des résultats défavorables aux États dans des affaires emblématiques, le problème le plus profond pour la marge réglementaire environnementale est peut-être ailleurs. Ce n'est pas que les tribunaux donnent systématiquement tort aux États, c'est que personne ne peut savoir à l'avance ce qu'ils vont décider. L'absence de certitude et de prévisibilité juridiques tient à la nature complexe du droit international des investissements, à l'absence de précédent contraignant en ISDS et aux incohérences de la jurisprudence¹⁰⁴. Cette imprévisibilité constitue en elle-même une contrainte sur la marge réglementaire des États indépendamment même des sentences défavorables. Un État qui envisage d'adopter une mesure environnementale ne peut pas savoir à l'avance si cette mesure sera protégée par le droit de réguler ou sanctionnée comme violation du TJE et cette incertitude est en elle-même paralysante.

La saga espagnole des énergies renouvelables en offre la démonstration la plus convaincante. Ces affaires ne concernent pas une mesure de protection environnementale directe mais elles sont au cœur du sujet pour deux raisons. D'une part, les investissements dans les énergies renouvelables sont précisément ceux qui servent la transition énergétique et les objectifs climatiques des États : en modifiant son régime de subventions, l'Espagne ajustait une politique publique directement liée à ses engagements environnementaux. D'autre part, et c'est l'essentiel, ces affaires mettent en jeu le même standard du TJE que celui invoqué contre les mesures environnementales et elles illustrent de façon particulièrement nette l'incohérence avec laquelle ce standard est appliqué. Si les tribunaux n'arrivent pas à appliquer le TJE de façon cohérente sur des faits identiques, ils ne peuvent pas non plus le faire de façon prévisible face aux mesures environnementales. Confrontée

¹⁰³ CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, avis consultatif du 23 juillet 2025, Résumé 2025/4 ; L. SCHAUGG, « Que signifie l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le changement climatique pour le droit international des investissements ? », *Investment Treaty News*, IISD, mars 2026.

¹⁰⁴ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 30.

à une crise budgétaire, l'Espagne a modifié plusieurs fois son régime de subventions aux énergies renouvelables entre 2010 et 2014, réduisant les tarifs de rachat garantis qui avaient initialement attiré les investisseurs. Ces modifications ont donné lieu à des dizaines d'arbitrages sous le TCE, dont quatre illustrent parfaitement l'incohérence jurisprudentielle : même État, même TBI, même mesure réglementaire, résultats et critères radicalement différents.

Dans *Charanne c. Espagne* (2016), le tribunal a rejeté les demandes de l'investisseur, jugeant les modifications proportionnées et non constitutives d'une violation des *legitimate expectations*¹⁰⁵. Dans *Eiser c. Espagne* (2017), un tribunal différent a condamné l'Espagne au motif que ces mêmes modifications violaient les *legitimate expectations* des investisseurs ayant réalisé des investissements en s'appuyant sur le régime initial, sentence annulée en 2020 et remplacée par une nouvelle sentence le 16 octobre 2025¹⁰⁶. Dans *SolEs Badajoz c. Espagne* (2019), la condamnation reposait cette fois sur le manque de transparence de l'Espagne sur ses intentions réglementaires, un critère différent des deux précédents, la sentence ayant également été annulée en 2022¹⁰⁷. Dans *EBL c. Espagne* (2024), la condamnation reposait sur la disproportionnalité du calcul de compensation et le caractère déraisonnable des mesures¹⁰⁸. Quatre décisions, quatre approches du TJE, quatre résultats différents face aux mêmes faits.

Cette incohérence s'explique en partie par la façon dont les circonstances de l'État hôte sont prises en compte dans l'application des standards de protection. Les tribunaux les reconnaissent abstraitement mais les appliquent de façon si variable que les États ne peuvent pas anticiper comment leurs circonstances particulières seront évaluées¹⁰⁹. L'absence de précédent contraignant dans le système ISDS signifie que chaque tribunal aborde la question du *right to regulate*

¹⁰⁵ *Charanne BV et Construction Investments SARL c. Royaume d'Espagne*, SCC, sentence du 21 janvier 2016 ; B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹⁰⁶ *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, n° ARB/13/36, sentence du 4 mai 2017, annulée le 11 juin 2020, nouvelle sentence du 16 octobre 2025 ; B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹⁰⁷ *SolEs Badajoz GmbH c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, n° ARB/15/38, sentence du 31 juillet 2019, annulée le 16 mars 2022 ; B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁰⁸ *EBL Genossenschaft Elektra Baselland et Tubo Sol PE2 SL c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, sentence du 11 janvier 2024 ; B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁹ T. BRAUN, *op. cit.*, pp. 114-117, §II.A.2[a] et §II.A.2[b].

environnemental avec une latitude considérable, produisant des résultats divergents y compris sur des questions de principe¹¹⁰.

Les données empiriques illustrent cette imprévisibilité de façon frappante. Le taux de succès des investisseurs invoquant le TJE varie du simple au double selon la formulation de la clause applicable dans le traité concerné. Les clauses autonomes, qui se contentent de prévoir un traitement juste et équitable sans autre précision, laissant au tribunal toute latitude d'interprétation, donnent un taux de succès de 50% pour les investisseurs. Le TCE, dont la clause TJE inclut explicitement la protection contre l'arbitraire et les atteintes aux attentes légitimes, donne un taux de 60%. L'ALENA et le standard minimum de traitement du droit international coutumier, qui ne protègent que contre les violations les plus flagrantes, donnent un taux de seulement 25%¹¹¹. Un État qui adopte exactement la même mesure environnementale peut donc gagner sous l'ALENA et perdre sous le TCE. Ce n'est pas le fond du dossier qui détermine l'issue mais la formulation du traité, ce qui signifie que les États ne peuvent pas savoir à l'avance si leur mesure environnementale sera jugée compatible avec le TJE, indépendamment de sa légitimité.

Cette imprévisibilité structurelle n'est pas un défaut accidentel du système, c'est une conséquence directe de son architecture. Sans précédent contraignant, sans définition universelle des standards de protection, sans critères stables pour évaluer la légitimité des mesures environnementales, chaque affaire est en réalité une loterie juridique. Et c'est précisément cette loterie qui constitue une contrainte sur la marge réglementaire des États, non pas parce qu'ils savent qu'ils perdront, mais parce qu'ils ne peuvent pas savoir s'ils gagneront. À moins que les tribunaux n'affirment plus clairement le *right to regulate* des États (**III**).

III. Une évolution jurisprudentielle timide vers la reconnaissance du *right to regulate*

Face aux contraintes structurelles identifiées, la jurisprudence arbitrale a progressivement dégagé une réponse : la reconnaissance d'un droit de réguler des États, ou *right to regulate*, qui permettrait

¹¹⁰ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, §6.04 et §6.05.

¹¹¹ P. DUMBERRY, *An Empirical Study of the FET Standard Clause in Investment Treaty Arbitration*, Kluwer, 2024, pp. 169-170.

de concilier protection des investisseurs et préservation de la souveraineté réglementaire en matière environnementale. Cette notion trouve son fondement dans la souveraineté interne de l'État¹¹² mais sa consécration jurisprudentielle reste encore timide et non systématique, comme en témoignent les affaires qui ont contribué à la faire émerger.

L'affaire *Methanex c. États-Unis* constitue le premier jalon de cette évolution. Le tribunal y a posé qu'une réglementation non discriminatoire poursuivant un objectif d'intérêt public, adoptée conformément aux exigences du droit au procès équitable et affectant un investisseur étranger, ne constitue pas une expropriation compensable, sauf si des engagements spécifiques avaient été donnés par le gouvernement à l'investisseur¹¹³. Cette formulation constitue la définition jurisprudentielle la plus claire de la doctrine des police powers dans le contexte environnemental. Cette doctrine, qui trouve ses racines dans le droit constitutionnel américain, postule que l'État dispose d'un pouvoir souverain d'adopter des réglementations dans l'intérêt public sans avoir à indemniser les personnes affectées, à condition que ces réglementations soient non discriminatoires, poursuivent un objectif légitime et respectent les exigences procédurales. En consacrant ce principe dans le contexte de l'arbitrage d'investissement, le tribunal de *Methanex* a posé une limite claire au concept d'expropriation indirecte : une mesure environnementale qui répond à ces critères ne peut pas être assimilée à une prise de propriété compensable, quand bien même elle affecterait significativement la valeur de l'investissement.

L'affaire *Chemtura c. Canada* a enrichi cette évolution en posant une règle de déférence aux agences réglementaires nationales spécialisées dans les domaines environnementaux et scientifiques. Le tribunal a refusé d'examiner si le pesticide lindane présentait réellement un danger pour la santé ou l'environnement, se limitant à vérifier que le processus administratif n'avait pas été conduit de mauvaise foi¹¹⁴. Cette approche reconnaît que les tribunaux arbitraux n'ont ni la compétence ni la légitimité pour substituer leur appréciation à celle des autorités réglementaires

¹¹² Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer, 2022, p. 25.

¹¹³ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 3 août 2005, §7 : « a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alia, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government » ; S. BRUCE, « The Rule of Law, Investment Arbitration and the Environment », Working Paper 02/2021, SSRN n° 3880996, mars 2021, p. 26.

¹¹⁴ *Chemtura Corporation c. Canada*, CNUDCI, sentence du 2 août 2010, §§134 et 137 ; S. BRUCE, *op. cit.*, p. 24 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2e éd., 2017, p. 359, §770.

nationales sur des questions scientifiques complexes, ce qui est en soi une avancée importante par rapport à l'approche de *Metalclad* ou de *Santa Elena*.

L'affaire *Philip Morris c. Uruguay* représente l'avancée jurisprudentielle la plus significative, en ce qu'elle est la première à reconnaître explicitement une *margin of appreciation* pour les États dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire. Le tribunal a affirmé que cette marge « is not limited to the context of the ECHR but applies equally to claims arising under BITs, at least in contexts such as public health »¹¹⁵, concluant que les restrictions uruguayennes sur l'emballage du tabac ne violaient pas les *legitimate expectations* de Philip Morris et tombaient dans le cadre du droit de réguler de l'État. Cette affaire concerne au premier chef la réglementation sanitaire plutôt qu'environnementale. Mais le principe qu'elle pose est potentiellement transposable : si les tribunaux reconnaissent une marge d'appréciation aux États pour protéger la santé publique, rien ne s'oppose en théorie à ce que cette même déférence soit accordée aux mesures de protection environnementale, qui répondent à des impératifs d'intérêt public comparables. C'est précisément cette extension que la jurisprudence environnementale n'a pas encore opérée de façon systématique¹¹⁶.

Ces trois affaires convergent vers un ensemble de critères permettant d'identifier une mesure environnementale légitime non compensable : la mesure doit être proportionnée et nécessaire à un objectif légitime ; non discriminatoire en droit et en pratique ; et non contraire à des engagements préalables ou à des attentes légitimes fondées sur des investissements¹¹⁷. Ces critères s'inscrivent dans la logique du droit international général qui reconnaît aux États une marge d'appréciation dans la détermination de ce qui constitue un intérêt public, les autorités nationales étant mieux placées qu'un juge international pour apprécier ce qui est dans l'intérêt de leurs citoyens¹¹⁸.

Ces avancées restent cependant fragiles et non systématiques. Elles dépendent du tribunal saisi, du traité applicable et des circonstances de chaque affaire, ne constituent pas une tendance

¹¹⁵ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA et Abal Hermanos SA c. République orientale de l'Uruguay*, CIRDI, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, §399.

¹¹⁶ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 5 ; B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, pp. 25-26.

¹¹⁷ T. WAELDE et A. KOLO, « Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, n° 4, octobre 2001, pp. 827-828.

¹¹⁸ T. WAELDE et A. KOLO, *op. cit.*, p. 828 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 25.

jurisprudentielle cohérente et ne lient pas les tribunaux futurs¹¹⁹. L'intégration des considérations environnementales dans le raisonnement arbitral reste largement insuffisante et dépendante de la bonne volonté des arbitres plutôt que d'obligations systémiques¹²⁰.

Ces limites ont des conséquences concrètes et mesurables sur le comportement réglementaire des États hôtes (*Section 2*).

Section 2 - Les effets systémiques du conflit sur le comportement réglementaire des États

Au-delà des sentences elles-mêmes, le conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale produit des effets systémiques profonds sur le comportement réglementaire des États. Ces effets ne se limitent pas aux affaires qui arrivent devant les tribunaux arbitraux, ils opèrent en amont, dans la phase même de conception des politiques publiques, et en aval, dans les réactions institutionnelles que les États adoptent face à la pression du système. Pour comprendre l'ampleur de ces effets, il faut les appréhender dans leur double dimension historique et contemporaine : hier, le système poussait les États à abaisser leurs standards environnementaux pour attirer les investisseurs ; aujourd'hui, il les pousse à s'abstenir de réguler pour ne pas s'exposer aux arbitrages (*I*). Ces deux phénomènes procèdent de la même cause structurelle et placent les États dans une position réglementaire qui varie considérablement selon qu'ils sont exportateurs ou récepteurs de capitaux (*II*), ce qui explique en partie la diversité des réactions concrètes qu'ils ont adoptées face au conflit (*III*).

I. Du dumping réglementaire au regulatory chill : deux manifestations d'un même déséquilibre structurel

Le conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale produit sur le comportement des États un paradoxe structurel profond : le même système qui, hier, poussait les États à trop peu réguler pour attirer les investisseurs les paralyse aujourd'hui dans leur capacité à réguler. Pendant l'âge d'or du droit des investissements, la logique dominante n'était pas celle de la

¹¹⁹ B. BEYSULEN ANGİN, *op. cit.*, pp. 25-30.

¹²⁰ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 6.

paralyse réglementaire mais de son inverse : les États, particulièrement en développement, étaient incités à abaisser volontairement leurs standards environnementaux pour attirer les investisseurs. Ils étaient poussés à conclure des accords déséquilibrés et à réduire les niveaux de protection de leur législation interne pour rester attractifs, parfois à leur avantage économique immédiat mais au détriment de l'environnement et du bien-être à long terme de leurs populations¹²¹. Ce phénomène, le dumping réglementaire, traduit une logique de compétition entre États pour l'attractivité des investissements dans laquelle l'abaissement des standards environnementaux constitue un avantage comparatif. La dynamique est celle d'une course vers le bas : chaque État observe ses voisins et se demande jusqu'où il peut aller, moins de contraintes pour plus d'investissements, moins d'écologie pour plus d'économie. Cette logique n'est pas interdite par le droit international des investissements, qui ne prévoit aucun mécanisme contraignant pour empêcher les États de concurrencer leurs voisins sur le terrain des standards environnementaux.

La réponse normative à ce phénomène a pris la forme de clauses dites *not lowering standards*, présentes dans certains TBI modernes. Ces clauses visent à empêcher les États d'affaiblir leurs lois environnementales pour attirer des investissements, non pas en figeant définitivement les législations nationales, mais en proscrivant leur dégradation volontaire à des fins concurrentielles¹²². L'objectif est clair : interdire le dumping environnemental entre partenaires commerciaux en posant un seuil en dessous duquel les exigences de protection ne peuvent pas descendre. Mais l'efficacité de ces clauses est structurellement limitée pour deux raisons distinctes. La première est quantitative puisque ces clauses restent marginales dans la pratique conventionnelle. Sur les traités analysés, seuls 3% en contiennent une telle disposition¹²³, ce qui signifie que la réponse normative au dumping réglementaire ne couvre qu'une infime fraction du stock de TBI en vigueur. La seconde raison est qualitative : même quand ces clauses existent, leur application soulève une question fondamentale à laquelle le système ne répond pas. Qui peut en demander le respect ? Un État ne va pas s'auto-dénoncer pour avoir assoupli sa réglementation environnementale en faveur d'un investisseur. Un investisseur n'a aucun intérêt à attaquer un

¹²¹ A. DE NANTEUIL, in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, Vol. 58, 2021, p. 119 ; M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, Ch. 1.

¹²² CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, p. 112 ; US-Uruguay BIT, Art. 12, 2005.

¹²³ CNUCED, *op. cit.*, p. 112.

gouvernement qui a baissé ses standards en sa faveur. La seule hypothèse crédible serait un recours de droit interne devant les juridictions nationales, mais sans mécanisme de contrôle international, sans tribunal spécialisé, sans procédure de plainte accessible aux citoyens ou aux organisations environnementales au niveau international, ces clauses restent largement théoriques. Elles sont inscrites noir sur blanc dans les traités, mais leur application est aussi difficile à assurer qu'elle est facile à contourner.

Cette dynamique s'est progressivement renversée. Le phénomène contemporain n'est plus celui d'États qui abaissent leurs standards pour attirer, c'est celui d'États qui s'abstiennent de réguler pour ne pas s'exposer. Ce renversement porte le nom de *regulatory chill*. Concrètement, le *regulatory chill* se manifeste lorsqu'un gouvernement, face à la menace d'une procédure arbitrale, renonce à adopter une réglementation nécessaire, l'abandonne en cours de route, ou la vide de sa substance pour éviter le risque de litige¹²⁴. Ce qui est fondamental dans cette définition, c'est que le phénomène opère en amont des procédures. La perception du risque d'arbitrage, et non la sentence elle-même, produit l'effet paralysant sur la décision publique¹²⁵. Cette remarque appelle par ailleurs une observation méthodologique importante. Le *regulatory chill* est par nature difficile à documenter empiriquement, précisément parce qu'il opère dans le silence. Ce sont les politiques qui n'ont jamais été adoptées, les réformes abandonnées avant même d'être proposées, les arbitrages évités par l'autocensure réglementaire, qui constituent sa manifestation la plus significative et la plus politiquement dévastatrice¹²⁶.

Le mécanisme central est celui de l'internalisation : les décideurs publics intègrent le risque d'arbitrage comme une contrainte dans leur processus décisionnel dès la phase de conception des politiques¹²⁷. Confrontés à un différend potentiel, ils doivent faire une évaluation ex ante des résultats possibles, avec des contraintes de temps et de ressources, dans un environnement d'incertitude juridique considérable. Les décideurs publics opèrent sous rationalité limitée¹²⁸ :

¹²⁴ K. TIENHAARA, « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration : A View from Political Science », in C. BROWN et K. MILES (dir.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p. 609.

¹²⁵ K. TIENHAARA, *op. cit.*, p. 610.

¹²⁶ K. TIENHAARA, *op. cit.*, p. 610 ; A. SCHRAM, S. FRIEL, J.A. VANDUZER, A. RUCKERT et R. LABONTÉ, « Internalisation of International Investment Agreements in Public Policymaking : Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill », *Global Policy*, Vol. 9, n° 2, 2018, p. 194.

¹²⁷ A. SCHRAM et al., *op. cit.*, p. 194.

¹²⁸ K. TIENHAARA, *op. cit.*, p. 614.

l'absence de précédent contraignant en droit international des investissements, la divergence des sentences arbitrales sur des faits similaires, l'opacité partielle du système rendent toute prédiction particulièrement hasardeuse. Dans ce contexte d'incertitude, la menace d'arbitrage est peu coûteuse pour l'investisseur et devient un outil stratégique potentiellement très efficace, même dans des cas où les experts pourraient prédire que l'État gagnerait s'il prenait le risque d'aller devant un tribunal¹²⁹. L'État se retrouve alors contraint d'anticiper des années de procédure et des millions de frais de défense avant même qu'une sentence soit rendue. Face à cette perspective, beaucoup d'États préfèrent renoncer à leur mesure réglementaire plutôt que d'assumer ce risque.

Il y a là un paradoxe structurel que le système ISDS n'a pas résolu et qu'il tend même à aggraver. Le système a été conçu pour protéger les investisseurs contre l'arbitraire étatique, contre les nationalisations déguisées, les discriminations, les revirements opportunistes de politique. Mais en produisant le *regulatory chill*, il crée lui-même une forme d'arbitraire inversé : c'est désormais l'investisseur qui, par la seule menace d'une procédure, peut paralyser la décision publique légitime d'un État souverain. L'instrument de protection contre l'arbitraire devient ainsi, dans certaines circonstances, un instrument de pression sur la marge réglementaire. Ce retournement de logique est d'autant plus préoccupant qu'il opère sans transparence : aucune procédure n'est initiée, aucun tribunal ne statue, aucune sentence n'est rendue.

Le coût de la défense constitue par ailleurs une contrainte autonome qui amplifie ce phénomène, indépendamment même de l'issue de la procédure. Même les affaires rejetées coûtent cher aux États. Les coûts de défense dans une procédure ISDS sont considérables puisque les honoraires d'avocats spécialisés atteignent plusieurs centaines de dollars de l'heure pour des équipes entières mobilisées sur plusieurs années¹³⁰. Ces coûts sont supportés que l'État gagne ou qu'il perde. Et les effets réputationnels d'une procédure arbitrale, même victorieuse, sont également documentés. En effet, l'existence d'une procédure contre un gouvernement, quelle qu'en soit l'issue, a un impact négatif sur sa réputation aux yeux des investisseurs étrangers et tend à réduire les flux

¹²⁹ K. TIENHAARA, *op. cit.*, p. 626.

¹³⁰ E. JANEBA, « Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements », *CESifo Working Paper*, n° 6188, Center for Economic Studies and ifo Institute, Munich, novembre 2016, p. 8 ; B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 34.

d'investissements entrants¹³¹. Un État qui défend ses politiques environnementales devant un tribunal arbitral paie donc un double prix : le coût financier de la défense et le coût réputationnel de la procédure.

Les données empiriques disponibles, bien que méthodologiquement difficiles à constituer, confirment la réalité du phénomène. Au Canada, le gouvernement a retiré son interdiction de l'additif MMT pour carburant après la menace d'arbitrage d'Ethyl Corp sous le Chapitre 11 de l'ALENA¹³² : l'État a versé 13 millions de dollars de compensation et émis une déclaration reconnaissant l'absence de preuves scientifiques suffisantes sur la dangerosité du produit, abandonnant ainsi une mesure adoptée pour des raisons de santé publique et environnementales¹³³. En Indonésie, le gouvernement a exempté plusieurs investisseurs étrangers d'une interdiction de mines à ciel ouvert dans des forêts protégées après des menaces d'arbitrage atteignant 20 à 30 milliards de dollars : le calendrier des décisions gouvernementales et les déclarations publiques indiquent clairement que la motivation principale était d'éliminer la menace de procédure¹³⁴.

Au Costa Rica, l'affaire Vanessa Ventures illustre avec une précision particulière comment le *regulatory chill* peut pénétrer jusqu'aux agences techniques de l'administration, bien au-delà du niveau politique. La société canadienne développait un projet minier aurifère dans le nord-ouest du pays sous le TBI Canada-Costa Rica. L'agence environnementale nationale, SETENA, avait refusé d'approuver l'évaluation d'impact environnemental de la société, la jugeant déficiente sur plusieurs points techniques. En juillet 2005, Vanessa a initié une procédure ISDS sous le TBI applicable, réclamant 240 millions de dollars de profits perdus. Deux mois plus tard, en septembre 2005, SETENA approuvait l'EIA qu'elle avait précédemment jugée insuffisante. Le directeur général de la filiale costaricienne a reconnu publiquement le lien de causalité : la demande d'arbitrage avait été cruciale et cette pression avait aidé SETENA à résoudre la question. La société a ensuite annoncé le retrait de sa demande d'arbitrage, l'approbation de l'EIA ayant constitué selon elle une raison suffisante pour mettre fin à la procédure¹³⁵. Cette séquence mérite néanmoins d'être nuancée.

¹³¹ K. TIENHAARA, *op. cit.*, p. 613, citant T.L. ALLEE et C. PEINHARDT, « Contingent credibility : the reputational effects of investment treaty disputes on foreign direct investment », 2008.

¹³² *Ethyl Corporation c. Canada*, ALENA-CNUDCI, décision sur la compétence du 24 juin 1998 ; K. TIENHAARA, *op. cit.*, pp. 616-617.

¹³³ K. TIENHAARA, *op. cit.*, pp. 616-617.

¹³⁴ K. TIENHAARA, *op. cit.*, p. 617.

¹³⁵ K. TIENHAARA, *op. cit.*, pp. 621-622.

La société contestait l'évaluation défavorable de SETENA et d'autres facteurs ont pu influencer la décision finale de l'agence. Mais le calendrier et les déclarations publiques du directeur général établissent un lien de causalité suffisamment documenté pour que cet exemple soit analytiquement significatif. Ce que cet exemple révèle est particulièrement troublant : ce n'est pas un ministre qui a cédé sous la pression politique d'un investisseur puissant, c'est une agence technique chargée de l'évaluation environnementale qui a modifié une position fondée sur des critères scientifiques sous la pression d'une procédure arbitrale. Le *regulatory chill* ne se limite pas au niveau politique mais pénètre jusqu'aux instances techniques de l'administration réglementaire.

Ces cas empiriques révèlent une réalité que le débat doctrinal tend parfois à minimiser. Certains auteurs soutiennent que le *regulatory chill* n'a pas été prouvé empiriquement et que les investisseurs considèrent l'arbitrage comme un dernier recours¹³⁶. Cette nuance est légitime et le phénomène ne peut pas être affirmé sans preuve solide. Ce que la modélisation économique montre en revanche, c'est que le *regulatory chill* surgit principalement dans des situations intermédiaires, là où la réglementation environnementale est nécessaire mais pas encore perçue comme absolument urgente¹³⁷. C'est précisément dans ces situations qu'il est le plus dangereux. Ce ne sont pas les crises environnementales immédiates qui sont freinées par la menace d'arbitrage, ce sont les politiques importantes dont le report silencieux accumule des dommages irréversibles à long terme, celles dont l'absence ne provoque pas de réaction immédiate mais dont les effets se feront sentir pendant des décennies.

Le renversement de la dynamique historique, du dumping réglementaire au *regulatory chill*, révèle ainsi que les deux phénomènes sont les deux faces d'un même déséquilibre structurel. Hier, le déséquilibre du système en faveur des investisseurs poussait à trop peu réguler pour attirer. Aujourd'hui, il pousse à trop peu réguler pour ne pas s'exposer au mécanisme d'arbitrage. L'impossible équation pour les États est identique dans les deux cas : comment ne pas sacrifier ni l'attractivité des investissements nécessaires ni leurs engagements environnementaux internationaux ? Trop réguler risque l'arbitrage, trop peu réguler viole l'Accord de Paris et produit des dommages environnementaux irréversibles¹³⁸. La marge réglementaire environnementale des

¹³⁶ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹³⁷ E. JANEBA, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹³⁸ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in *The Future of Investor-State Dispute Settlement*, 2022, pp. 261-

États se trouve ainsi comprimée des deux côtés par les logiques contradictoires d'un système qui n'a jamais été conçu pour intégrer les impératifs environnementaux dans son architecture fondamentale. Cette compression ne pèse cependant pas de façon uniforme sur tous les États, elle varie considérablement selon leur position dans le système international des investissements (II).

II. L'asymétrie entre États exportateurs et États récepteurs de capitaux

Il convient d'abord de ne pas cantonner le dumping réglementaire au passé. Si les États exportateurs de capitaux font aujourd'hui face principalement au *regulatory chill*, les États récepteurs continuent de se trouver confrontés aux deux phénomènes simultanément. Fortement dépendants des IDE pour financer leurs infrastructures et leur croissance, ils restent soumis à une logique de compétition pour l'attractivité des investissements qui les pousse à maintenir des standards environnementaux bas, tout en étant exposés, lorsqu'ils tentent de réguler contre des investissements déjà installés, aux mêmes mécanismes de *regulatory chill* que les États à économie avancée. Cette double exposition constitue la situation la plus précaire du système et révèle une asymétrie structurelle profonde que le droit international des investissements n'a pas résolue.

De plus, le dilemme réglementaire identifié ne se pose pas avec la même intensité pour tous les États. La dépendance à l'investissement étranger constitue une variable déterminante qui creuse une asymétrie profonde entre États exportateurs de capitaux et États récepteurs, et qui module considérablement les effets du *regulatory chill* selon la position de chaque État dans le système économique international.

Les États récepteurs de capitaux se trouvent dans une position particulièrement vulnérable face à ce conflit. Leur dépendance aux investissements directs étrangers pour financer leur croissance et leurs infrastructures les place dans une situation où la tentation du dumping réglementaire est plus forte, les moyens de défense en arbitrage plus limités, et le coût politique d'un retrait des TBI plus élevé¹³⁹. Cette vulnérabilité est aggravée par leur incapacité structurelle à se défendre efficacement

283 CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, avis consultatif du 23 juillet 2025, Résumé 2025/4.

¹³⁹ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 18 ; A. SCHRAM et al., *op. cit.*, p. 195.

dans les procédures arbitrales. Les États récepteurs ne disposent généralement pas d'expertise juridique interne spécialisée en arbitrage d'investissement, tandis que les honoraires des avocats dans les cabinets spécialisés, atteignant plusieurs centaines de dollars de l'heure pour des équipes entières mobilisées sur plusieurs années, restent souvent hors de portée de leurs budgets¹⁴⁰. Contraints de recourir à leurs propres conseils gouvernementaux, souvent sans accès aux sentences non publiées ni à la pratique arbitrale récente, ces États se trouvent dans une situation de disparité considérable face à des investisseurs bénéficiant des meilleurs cabinets spécialisés¹⁴¹.

Pour ces États, la question du dilemme réglementaire n'est pas abstraite. Elle se traduit concrètement par une double impossibilité : jusqu'où peut-on abaisser ses standards environnementaux pour rester attractif, et jusqu'où peut-on réguler sans déclencher un arbitrage que l'on n'a pas les moyens de défendre ? Les tribunaux arbitraux n'intègrent pas ces contraintes structurelles dans leur raisonnement. Les circonstances économiques, politiques et sociales de l'État hôte sont reconnues abstraitement mais rarement décisives dans l'évaluation concrète des mesures environnementales¹⁴². Un État récepteur adoptant une mesure environnementale dans un contexte de forte dépendance aux investissements ne sera pas traité différemment d'un État exportateur disposant de marges de manœuvre bien plus larges. Ainsi, le système applique les mêmes standards de protection à des situations structurellement différentes, ce qui produit mécaniquement des résultats inévitables.

Les États exportateurs de capitaux disposent certes d'une marge de manœuvre plus large. Des systèmes juridiques robustes, des capacités de défense solides, une dépendance aux IDE moins existentielle leur permettent d'affronter les procédures arbitrales dans de meilleures conditions. Mais ils ne sont pas pour autant à l'abri des effets systémiques du conflit, comme en témoignent les affaires *Vattenfall* contre l'Allemagne ou la saga espagnole des énergies renouvelables¹⁴³. La différence est de degré, non de nature.

¹⁴⁰ K. TIENHAARA, *op. cit.*, pp. 611-612.

¹⁴¹ K. TIENHAARA, *op. cit.*, p. 612.

¹⁴² T. BRAUN, *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection in International Investment Law*, Nomos/facultas/Dike, 2022, pp. 46-49, §I.A.

¹⁴³ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, pp. 27-32 ; D. PÁEZ-SALGADO, « A Battle on Two Fronts : *Vattenfall v. Federal Republic of Germany* », *Kluwer Arbitration Blog*, 18 février 2021.

Cette asymétrie soulève une question de fond sur la légitimité même du système. Un dispositif universel de protection des investissements, conçu sans tenir compte des inégalités structurelles entre États, produit nécessairement des résultats inéquitables lorsqu'il est appliqué à des États aux capacités et aux dépendances radicalement différentes. Ce n'est pas un défaut accidentel du système, c'est la conséquence prévisible d'une architecture juridique qui a été construite essentiellement par et pour les États exportateurs de capitaux, dans un contexte où les intérêts des États récepteurs étaient systématiquement subordonnés à l'objectif de protection des investissements. La CNUCED reconnaît ce problème en proposant des mécanismes de traitement spécial et différencié pour les pays en développement¹⁴⁴ mais ces mécanismes restent encore insuffisamment développés dans la pratique conventionnelle pour corriger effectivement le déséquilibre structurel qu'ils cherchent à adresser. En l'état, l'asymétrie entre États exportateurs et États récepteurs constitue l'une des dimensions les plus profondes et les moins résolues du conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale. Certains États ne sont cependant pas restés passifs face à ces contraintes (*III*).

III. Les réactions concrètes des États face au conflit

Face aux effets systémiques documentés, les États ont développé des réactions concrètes qui constituent autant de preuves que le conflit produit des effets réels et mesurables sur leur comportement réglementaire. Ces réactions prennent trois formes distinctes : les règlements amiables coûteux, le retrait ou la renégociation des TBI, et l'adoption de nouveaux modèles conventionnels. Loin d'être des réponses ponctuelles à des litiges isolés, elles révèlent une prise de conscience progressive, par les États eux-mêmes, de l'incompatibilité structurelle entre le système de protection des investissements tel qu'il existe et les impératifs environnementaux contemporains.

Les règlements amiables illustrent de façon particulièrement directe comment la menace d'arbitrage contraint les choix réglementaires des États, parfois au point de les conduire à abandonner des

¹⁴⁴ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, §8.1 et Part C SDT

politiques environnementales légitimes pour éviter une procédure coûteuse et incertaine. Les affaires *Vattenfall I* et *Vattenfall II* contre l'Allemagne, déjà évoquées, en constituent l'illustration la plus directe : la première a conduit l'Allemagne à lever ses restrictions environnementales sur la centrale à charbon de Hambourg-Moorburg pour éviter une sentence défavorable, la seconde à un règlement de 1,42 milliard d'euros pour mettre fin à une procédure liée à sa politique de sortie du nucléaire, illustrant le coût financier considérable que les États peuvent supporter pour mettre fin à des procédures arbitrales liées à leurs politiques de transition énergétique¹⁴⁵. Ces règlements ne sont pas seulement coûteux financièrement. Ils envoient un signal aux autres investisseurs que la menace d'arbitrage est un outil efficace pour obtenir des concessions réglementaires, créant un précédent informel qui amplifie les effets de *regulatory chill* bien au-delà des affaires concernées. Chaque règlement amiable favorable à un investisseur renforce ainsi la crédibilité de la menace pour les différends futurs.

Le retrait de certains États des TBI constitue la réaction la plus radicale, et peut-être la plus révélatrice de l'ampleur du problème. En Amérique latine, la Bolivie a été le premier État à se retirer de la Convention CIRDI en 2007, suivie de l'Équateur en 2009 et du Venezuela en 2012¹⁴⁶. Ces retraits ne sont pas le fruit du hasard : ils procèdent d'une même logique de reconquête de la souveraineté réglementaire face à un système perçu comme structurellement déséquilibré. Le cas équatorien est à cet égard particulièrement révélateur, même si le déclencheur n'est pas directement environnemental. En 2012, un tribunal arbitral a condamné l'Équateur à payer 2,3 milliards de dollars à la compagnie pétrolière Occidental pour avoir résilié un contrat pétrolier, une somme représentant une fraction considérable du budget national. Ce choc financier a conduit le gouvernement à créer une commission d'audit citoyenne de ses TBI, dont les conclusions ont établi que ces traités exposaient l'État à des coûts considérables tant en compensation qu'en frais de défense, notamment 156 millions de dollars dépensés en honoraires d'avocats pour la seule défense de l'État dans les procédures arbitrales¹⁴⁷, sans contrepartie en termes de développement durable.

¹⁴⁵ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. République fédérale d'Allemagne*, CIRDI, n° ARB/09/6, règlement du 11 mars 2011 ; *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, CIRDI, n° ARB/12/12, règlement amiable de 2021 ; D. PÁEZ-SALGADO, « A Battle on Two Fronts : Vattenfall v. Federal Republic of Germany », *Kluwer Arbitration Blog*, 18 février 2021.

¹⁴⁶ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, pp. 4-9.

¹⁴⁷ *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Équateur*, CIRDI, n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012 ; M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 4-9.

Les entreprises poursuivant l'Équateur devant les tribunaux arbitraux avaient en outre laissé derrière elles d'importants passifs environnementaux et sociaux¹⁴⁸, révélant ainsi l'incapacité structurelle du système à équilibrer la protection des investisseurs avec le droit de l'État de réguler dans l'intérêt public, y compris environnemental. Ces conclusions ont conduit à la dénonciation de l'ensemble des TBI équatoriens en 2017. L'Afrique du Sud a emprunté une voie différente mais tout aussi révélatrice : elle a résilié plusieurs TBI et adopté une législation nationale sur la protection des investissements étrangers qui réserve les litiges aux juridictions internes plutôt qu'à l'arbitrage international. Cette approche s'inscrit dans la logique de la doctrine Calvo, selon laquelle les litiges liés aux investissements doivent être réglés devant les juridictions nationales de l'État hôte, une doctrine qui avait été progressivement écartée par la prolifération des TBI et que certains États cherchent aujourd'hui à réhabiliter comme alternative au système ISDS¹⁴⁹. L'Espagne s'est retirée du TCE après la saga des énergies renouvelables¹⁵⁰, illustration directe du fait qu'une accumulation de procédures arbitrales peut conduire un État à remettre en cause son engagement dans le système de protection des investissements. Ce retrait espagnol est particulièrement significatif : c'est précisément parce que l'Espagne a essayé d'ajuster sa politique énergétique pour des raisons budgétaires légitimes qu'elle a été condamnée à répétition sous le TCE, au point de considérer que sa participation au traité lui coûtait plus qu'elle ne lui rapportait. En mai 2024, l'Union européenne s'est à son tour retirée du TCE¹⁵¹, marquant une rupture majeure avec un traité qui avait généré de nombreux arbitrages contre des politiques climatiques européennes et que les États membres jugeaient incompatible avec leurs engagements au titre de l'Accord de Paris. Ces retraits collectifs constituent un aveu implicite que le système de protection des investissements, dans sa forme actuelle, est structurellement inadapté aux impératifs de la transition écologique. Ils signalent également que les États ne se contentent plus de subir passivement les effets du système, ils cherchent activement à s'en extraire ou à le réformer.

¹⁴⁸ *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Équateur*, CIRDI, n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012 ; M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 4-9.

¹⁴⁹ M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 4-9.

¹⁵⁰ M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 4-9.

¹⁵¹ B. BEYSULEN ANGİN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, pp. 31-32 ; C. BALDON et R. CRAVEIA, « The Energy Charter Treaty Modernisation : A Step Forward or Backward for Climate Action ? », *Investment Treaty News*, IISD, 27 janvier 2025.

La renégociation des TBI et l'adoption de nouveaux modèles conventionnels constituent la troisième forme de réaction, et la plus constructive. Face aux effets systémiques documentés, de nombreux États ont cherché à intégrer davantage de protections pour leur autonomie réglementaire dans leurs nouveaux accords, à travers des clauses d'exception environnementale, des définitions encadrées de l'expropriation indirecte, ou des références explicites au *right to regulate*. En Afrique, le protocole sur l'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine, adopté en 2023, illustre cette tendance : il reconnaît explicitement le droit des États à réguler pour protéger la santé publique et accélérer l'action climatique, tout en encadrant strictement les recours à l'arbitrage ISDS¹⁵². Mais cette évolution se heurte à une contrainte fondamentale que les données empiriques rendent particulièrement éloquente : même si tous les traités récemment négociés entraient en vigueur, les modèles plus récents ne représenteraient encore qu'environ 20% de l'ensemble des traités en vigueur¹⁵³. Le stock de TBI ancienne génération, dont la majorité des traités africains conclus entre les années 1960 et 1990 sont inadaptés aux enjeux actuels de développement durable et de souveraineté réglementaire¹⁵⁴, continue de couvrir la grande majorité des investissements internationaux et de contraindre la marge réglementaire des États pour les décennies à venir. La réforme normative, aussi ambitieuse soit-elle, se heurte à l'inertie d'un système dont l'architecture de base n'a pas été conçue pour évoluer rapidement.

Ainsi, le conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale produit des effets comportementaux concrets, mesurables et systémiques sur la souveraineté réglementaire environnementale des États. Ces effets révèlent à la fois la profondeur du déséquilibre actuel et l'urgence des réformes que la **Partie II** va maintenant examiner.

¹⁵² C. BALDON et R. CRAVEIA, *op. cit.* ; CNUCED, *Rapport sur le développement économique en Afrique*, 2024, p. 113

¹⁵³ OCDE, *'Fair' and 'Equitable' Treatment Provisions in Investment Treaties*, OECD Secretariat Research Note, 12 avril 2023, DAF/INV/TR2/WD (2023)1/REV1, p. 10

¹⁵⁴ CNUCED, *Rapport sur le développement économique en Afrique*, 2024, p. 113

PARTIE II - LA MARGE DE MANŒUVRE RÉGLEMENTAIRE DES ÉTATS HÔTES : OUTILS EXISTANTS ET RÉFORMES NÉCESSAIRES POUR UN SYSTÈME ÉQUILIBRÉ

Face au conflit identifié dans la Partie I, des réponses ont progressivement émergé, tant dans la pratique arbitrale que dans l'évolution des traités, permettant aux États de préserver une certaine marge de manœuvre réglementaire environnementale (*Chapitre 1*). Ces réponses restent cependant insuffisantes et parfois porteuses de nouveaux risques, ce qui appelle un rééquilibrage plus profond du système (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1 : Les mécanismes existants de préservation de la marge réglementaire environnementale

Les mécanismes de préservation de la marge réglementaire environnementale des États ont émergé sur deux fronts distincts mais complémentaires. D'un côté, les tribunaux arbitraux ont progressivement développé des outils jurisprudentiels permettant aux États de défendre leurs mesures environnementales face aux demandes des investisseurs (*Section 1*). De l'autre, les États eux-mêmes ont cherché à codifier ces avancées en intégrant dans leurs traités des dispositions préservant explicitement leur espace réglementaire (*Section 2*).

Section 1 - Les outils jurisprudentiels : quand les tribunaux reconnaissent la marge réglementaire environnementale des États

Face aux contraintes que les standards de protection des TBI font peser sur la réglementation environnementale, certains tribunaux arbitraux ont progressivement développé des outils permettant aux États de défendre leurs mesures. Ces outils s'articulent autour de trois axes : la doctrine des *police powers* et le test de proportionnalité comme fondements du contrôle arbitral des mesures réglementaires (*I*), les conditions juridiques que les États doivent réunir pour que leurs mesures environnementales soient reconnues comme légitimes (*II*), et les mécanismes offensifs et participatifs qui permettent aux États de ne plus seulement se défendre mais d'agir (*III*).

I. La doctrine des *police powers* et le test de proportionnalité

La Partie I a mis en évidence le déséquilibre structurel de la jurisprudence arbitrale environnementale. Mais cette même jurisprudence a progressivement dégagé des outils permettant aux États de préserver leur marge réglementaire face aux investisseurs. Le premier et le plus fondamental de ces outils est la doctrine des *police powers*, qui postule que l'État dispose d'un pouvoir inhérent de réguler dans l'intérêt public sans que cela constitue nécessairement une expropriation compensable. Concrètement, cette doctrine reconnaît qu'un État qui adopte une mesure réglementaire de bonne foi, non discriminatoire et proportionnée, en conformité avec le *due process*, n'agit pas de manière fautive au regard du droit international des investissements, même si cette mesure affecte la valeur d'un investissement étranger¹⁵⁵. Lorsqu'elle est reconnue par le tribunal, la doctrine des *police powers* constitue un bouclier efficace qui dispense l'État de toute obligation de compensation pour expropriation indirecte. C'est son effet central et c'est précisément pour cela qu'elle constitue un outil fondamental de préservation de la marge réglementaire environnementale des États.

La doctrine s'est développée en réaction à une jurisprudence initiale particulièrement défavorable aux États. L'affaire *Santa Elena c. Costa Rica*, déjà analysée, en constitue le point de départ négatif : le tribunal avait posé qu'indépendamment de la finalité environnementale d'une expropriation, l'État doit compenser à hauteur de la valeur marchande du bien¹⁵⁶. L'affaire *Tecmed c. Mexique*, également déjà évoquée, a introduit pour la première fois un test de proportionnalité dans l'évaluation des mesures réglementaires, posant que l'appréciation d'une mesure potentiellement expropriante ne pouvait se limiter à ses effets économiques sur l'investisseur et devait également mettre en balance l'intérêt public poursuivi¹⁵⁷. Cette évolution semblait prometteuse pour la réglementation environnementale. Mais elle a révélé immédiatement une limite fondamentale : affirmer qu'un État agit en vertu de ses *police powers* ne revient pas à considérer que les mesures

¹⁵⁵ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, § 7 ; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, CIRDI, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, § 399 ; Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer, 2022, Ch. 4.

¹⁵⁶ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, § 72 ; S. EASTWOOD, « Investment Arbitration and Environmental Protection : Irreconcilable Interests or Mutual Adaptation ? », *Yale Journal of International Law*, Vol. 49, 2024, p. 201

¹⁵⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 122.

ainsi adoptées ne peuvent jamais être qualifiées d'expropriation indirecte. Il s'agit davantage de reconnaître que la mesure est légitime dans l'absolu en ce qu'elle poursuit un objectif reconnu, ce qui constitue un élément essentiel mais pas suffisant¹⁵⁸. C'est un test de proportionnalité qui prévaut en définitive, et c'est le tribunal arbitral qui en apprécie souverainement les termes, créant une imprévisibilité structurelle pour les États hôtes.

L'affaire *Methanex c. États-Unis* constitue l'avancée jurisprudentielle la plus significative dans le développement de la doctrine. Le tribunal a posé un principe d'une clarté remarquable : une réglementation publique générale, non discriminatoire, adoptée de bonne foi pour protéger l'environnement et la santé publique, ne constitue pas une expropriation nécessitant compensation¹⁵⁹. Ce qui distingue *Methanex* des affaires antérieures, c'est que le tribunal a pris en compte non seulement l'effet de la mesure sur l'investissement mais aussi sa nature et son objectif, c'est-à-dire une réglementation environnementale générale traitant les producteurs étrangers de la même façon que les producteurs locaux¹⁶⁰.

La doctrine des *police powers* a été reconnue comme un principe de droit international coutumier, ce qui signifie que les États peuvent s'en prévaloir même si elle n'est pas expressément incorporée dans le TBI applicable¹⁶¹. La jurisprudence a par ailleurs précisé les catégories de mesures susceptibles de bénéficier de cette protection. Deux grandes catégories se dégagent de l'évolution jurisprudentielle : les mesures généralement reconnues de *police powers* visant à sanctionner les comportements fautifs de l'investisseur, et les mesures réglementaires visant à atténuer les menaces que les activités de l'investisseur font peser sur la santé publique, l'environnement ou l'ordre public, incluant expressément l'interdiction de substances nocives et les mesures de protection environnementale¹⁶². Cette seconde catégorie est particulièrement importante puisqu'elle reconnaît

¹⁵⁸ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2e éd., 2017, p. 359, §770.

¹⁵⁹ *Methanex c. États-Unis*, *op. cit.*, Partie IV, Chapitre D, §7 ; S. BRUCE, « The Rule of Law, Investment Arbitration and the Environment », Working Paper 02/2021, SSRN n° 3880996, p. 26.

¹⁶⁰ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in *The Future of Investor-State Dispute Settlement*, 2022, pp. 261-283.

¹⁶¹ *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.*, §399 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 4.

¹⁶² *Magyar Farming Company Ltd et Kelet-Magyarországi Mezőgazdasági Zrt c. Hongrie*, CIRDI, n° ARB/17/27, sentence du 13 novembre 2019, §§306-307.

explicitement que les mesures environnementales relèvent de la doctrine des *police powers*, sous réserve de satisfaire aux conditions cumulatives d'application.

Ces conditions cumulatives ont été progressivement précisées par la jurisprudence et la doctrine. Leur articulation avec les standards de protection des investisseurs mérite d'être explicitée car chacune d'elles joue un rôle distinct selon le standard en cause. La condition de non-discrimination joue un rôle particulier dans le contexte de l'expropriation indirecte : une mesure qui traite l'investisseur étranger de la même façon que les opérateurs nationaux dans des situations comparables ne peut pas être qualifiée d'expropriation déguisée, ce qui a précisément conduit le tribunal dans *Methanex* à rejeter la demande d'indemnisation¹⁶³. La condition de conformité au *due process* joue quant à elle un rôle symétrique dans le contexte du TJE : une mesure adoptée selon une procédure transparente, prévisible et respectueuse des droits de l'investisseur à être entendu ne saurait constituer une violation du TJE sur ce fondement procédural. À l'inverse, c'est précisément l'absence de cette rigueur procédurale qui a conduit à la condamnation de la Colombie dans *Eco Oro*, malgré la légitimité reconnue de son objectif environnemental¹⁶⁴. La condition de bonne foi, enfin, traverse les deux standards : la motivation contemporaine à l'adoption de la mesure est le critère déterminant, car une justification d'intérêt public formulée après coup ne suffit pas à exclure une qualification d'expropriation ou une violation du TJE¹⁶⁵.

La condition de proportionnalité est la plus complexe et la plus déterminante pour la réglementation environnementale. La proportionnalité est un outil de décision qui sert à peser les tensions entre des valeurs ou intérêts concurrents notamment ici entre la protection de l'environnement et les droits de l'investisseur. Elle exige qu'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et l'objectif poursuivi¹⁶⁶. La jurisprudence arbitrale a progressivement précisé quatre éléments distincts de ce test. Le premier est la légitimité de l'objectif : la mesure doit poursuivre un objectif de politique publique légitime, ce qui inclut expressément la protection de l'environnement. Le deuxième est l'adéquation : la mesure doit être appropriée ou rationnellement liée à l'objectif

¹⁶³ *Methanex c. États-Unis*, *op. cit.*, Partie IV, Chapitre D, § 7 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, § 7.04.

¹⁶⁴ *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, CIRDI, n° ARB/16/41, décision sur le fond du 9 septembre 2021 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, § 7.04.

¹⁶⁵ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 4 ; T. WAELDE et A. KOLO, « Environmental Regulation, Investment Protection and « Regulatory Taking » in International Law », *ICLQ*, Vol. 50, n° 4, octobre 2001, pp. 827-828.

¹⁶⁶ T. WAELDE et A. KOLO, *op. cit.*, pp. 827-828 ; T. BRAUN, *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection in International Investment Law*, Nomos, 2022, §II.C.1.

déclaré. Le troisième est la nécessité : la mesure doit constituer le moyen le moins restrictif pour atteindre efficacement l'objectif de politique publique tout en portant le moins atteinte possible aux droits de l'investisseur. Le quatrième est la proportionnalité au sens strict : les conséquences de la mesure ne doivent pas être excessives par rapport à l'objectif poursuivi¹⁶⁷. Pour les mesures sectorielles comme les politiques environnementales générales, l'analyse de proportionnalité doit prendre en compte l'effet global de la mesure sur l'ensemble des investisseurs concernés et non à travers le seul prisme de son impact sur un investisseur particulier¹⁶⁸. Les tribunaux reconnaissent par ailleurs une marge d'appréciation plus large aux États dans les domaines impliquant des déterminations scientifiques et de politique publique complexes, ce qui est précisément le cas de la réglementation environnementale¹⁶⁹.

Dans l'affaire *Chemtura c. Canada*, le tribunal a refusé d'examiner si un pesticide était réellement dangereux et a considéré que les autorités nationales spécialisées étaient mieux placées qu'un juge international pour apprécier les questions scientifiques complexes liées à l'environnement¹⁷⁰. C'est la première reconnaissance explicite dans la pratique arbitrale d'une réserve de compétence en faveur des régulateurs environnementaux nationaux.

Au cours de l'affaire *Glamis Gold c. États-Unis*, le tribunal a rejeté l'intégralité des demandes en posant une barre particulièrement élevée pour caractériser une violation : l'action de l'État doit être manifestement injuste, choquante ou de mauvaise foi¹⁷¹. Le tribunal a expressément reconnu que la protection de l'environnement des populations autochtones constituait des objectifs de politique publique légitimes. Cette décision illustre que des mesures environnementales strictes, même financièrement contraignantes pour l'investisseur, peuvent résister à l'arbitrage ISDS lorsqu'elles répondent à des objectifs publics clairement établis et sont appliquées sans arbitraire ni discrimination.

L'affaire *Pac Rim c. El Salvador*, déjà évoquée dans ses grandes lignes, apporte une illustration supplémentaire des potentialités de la doctrine dans un contexte de protection des ressources en

¹⁶⁷ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 7, §7.04 ; T. WAELE et A. KOLO, *op. cit.*, pp. 827-828.

¹⁶⁸ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 7, §7.04.

¹⁶⁹ *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.*, §399 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 7.

¹⁷⁰ *Chemtura Corporation c. Canada*, CNUDCI, sentence du 2 août 2010, §§134 et 137 ; S. BRUCE, *op. cit.*, p. 24 ; A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 359, §770.

¹⁷¹ *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 8 juin 2009, §616.

eau. Le tribunal a rejeté à l'unanimité les demandes d'indemnisation en estimant que l'État n'avait pas agi de manière illégale ou arbitraire et que l'investisseur n'avait simplement pas rempli les conditions techniques et environnementales requises par le droit national¹⁷². Le tribunal a même condamné l'investisseur à rembourser 8 millions de dollars de frais de défense à El Salvador. Cette décision a eu un prolongement politique remarquable : fort de sa victoire, El Salvador a adopté en mars 2017 une loi faisant du pays le premier État au monde à interdire totalement l'extraction minière métallique sur son territoire pour protéger ses ressources en eau. La victoire en arbitrage a ainsi libéré l'espace politique nécessaire à une réforme réglementaire ambitieuse.

Ces avancées jurisprudentielles restent néanmoins fragiles, comme l'illustre l'affaire *Eco Oro Minerals c. Colombie*. La Cour constitutionnelle de Colombie avait interdit toute activité extractive dans les *páramos*, des écosystèmes de haute montagne qui fournissent 70% de l'eau potable du pays. La société minière canadienne dont le projet chevauchait le *páramo* de Santurbán a réclamé plus de 690 millions de dollars. Le tribunal a marqué une évolution significative par rapport à *Santa Elena* en rejetant l'accusation d'expropriation indirecte et en reconnaissant que les mesures de la Colombie étaient adoptées de bonne foi, de manière non discriminatoire et dans un but légitime de protection de l'intérêt public. Sur ce point précis, la doctrine des *police powers* a joué son rôle de bouclier et l'État a obtenu gain de cause. Mais le tribunal a néanmoins condamné la Colombie pour violation du TJE en raison de ses incohérences administratives dans la délimitation du *páramo*, ayant frustré les attentes légitimes de l'investisseur¹⁷³. Plus révélateur encore, la majorité a interprété la clause d'exception environnementale de l'accord Canada-Colombie de façon très restrictive : elle permettait certes à la Colombie de créer la zone de protection, mais ne l'exemptait pas de l'obligation de payer pour les pertes subies par l'investisseur en raison de la violation du TJE¹⁷⁴.

Vingt ans séparent *Santa Elena* et *Eco Oro*. Dans l'intervalle, les TBI ont évolué, les clauses environnementales se sont multipliées, et la jurisprudence a progressivement intégré la doctrine des *police powers*. Pourtant le résultat pour l'État reste fondamentalement identique : les politiques environnementales sont reconnues comme légitimes, mais l'État doit en assumer le coût financier

¹⁷² *Pac Rim Cayman LLC c. République d'El Salvador*, CIRDI, n° ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016.

¹⁷³ *Eco Oro c. Colombie*, *op. cit.* ; B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection », *ICSID Review*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 23.

¹⁷⁴ *Eco Oro c. Colombie*, *op. cit.* ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 6.

si elles nuisent aux investisseurs étrangers. La forme juridique a changé, l'expropriation indirecte d'hier est devenue la violation du TJE d'aujourd'hui, mais la logique sous-jacente demeure. C'est précisément là que réside la limite de la doctrine des *police powers* dans son état actuel : elle constitue un bouclier efficace contre la qualification d'expropriation indirecte, mais elle ne protège pas l'État contre les condamnations fondées sur le TJE.

C'est pourquoi il convient d'examiner les conditions juridiques dans lesquelles les tribunaux reconnaissent plus largement le droit de l'État de réguler (**III**), au-delà du seul contexte de l'expropriation indirecte.

II. Les conditions juridiques d'un exercice légitime du right to regulate en matière environnementale

La doctrine des *police powers* constitue un bouclier efficace contre la qualification d'expropriation indirecte. Mais elle ne répond qu'à une partie de la question que pose le conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale. Une mesure environnementale peut échapper à la qualification d'expropriation et pourtant exposer l'État à une condamnation pour violation du TJE et c'est précisément ce qu'a démontré l'affaire *Eco Oro*. La question plus fondamentale est donc celle-ci : dans quelles conditions un État peut-il réguler dans l'intérêt public environnemental sans violer le TJE ? C'est à cette question que répond le concept de *right to regulate*, distinct de la doctrine des *police powers* en ce qu'il s'applique à l'ensemble des standards de protection des investisseurs.

Le *right to regulate* désigne la prérogative souveraine d'un État d'adopter des lois et des mesures normatives dans l'intérêt public, notamment pour la protection de l'environnement, sans encourir l'obligation de verser des indemnités aux investisseurs étrangers¹⁷⁵. Ce droit est une expression de la souveraineté interne de l'État découlant du droit de prescrire les lois qui définissent l'ordre public

¹⁷⁵ Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer, 2022, p. 25 ; B. BEYSULEN ANGİN, « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 15.

sur son territoire et de protéger l'intérêt public de ses citoyens¹⁷⁶. Ce que la jurisprudence reconnaît progressivement n'est pas un droit nouveau mais la reconnaissance tardive d'un droit préexistant, fondé dans la souveraineté internationale elle-même. L'investisseur qui entre sur le territoire d'un État accepte implicitement que cet État continuera à exercer son pouvoir réglementaire, y compris en matière environnementale. Il ne peut donc pas prétendre avoir ignoré cette réalité au moment de son investissement.

Là où la doctrine des *police powers* s'interroge sur la nature de la mesure, est-elle une expropriation compensable, le *right to regulate* déplace le regard vers l'investisseur et ses attentes : pouvait-il raisonnablement s'attendre à ce que l'État ne réglemente pas comme il l'a fait ? C'est la réponse à cette question qui détermine si le TJE a été violé.

La jurisprudence a identifié trois sources possibles d'attentes légitimes pour l'investisseur : l'engagement contractuel, la promesse unilatérale des autorités nationales, et la législation¹⁷⁷. Un État qui n'a pas donné d'engagement spécifique à un investisseur concernant la stabilité de son cadre réglementaire environnemental conserve une marge de manœuvre bien plus large pour faire évoluer ce cadre. L'affaire *Thunderbird c. Mexique* le confirme en posant que les attentes légitimes ne peuvent naître que d'une conduite étatique créant des attentes raisonnables et justifiables, ce qui suppose une conduite suffisamment précise et spécifique pour fonder la confiance de l'investisseur¹⁷⁸. Cette approche est sensiblement plus restrictive que celle retenue dans *Tecmed*, où le tribunal avait dégagé des attentes légitimes générales à partir du seul fait de l'investissement. La logique de *Thunderbird* est plus protectrice de la marge réglementaire des États : sans engagement spécifique, pas d'attentes légitimes opposables.

La jurisprudence la plus récente a progressivement intégré le *right to regulate* dans l'évaluation même des attentes légitimes, en développant plusieurs facteurs qui réduisent la portée de ces attentes en matière environnementale. Le premier de ces facteurs est la vigilance de l'investisseur. Un investisseur qui s'installe dans un secteur fortement réglementé en matière environnementale

¹⁷⁶ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁷ F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press/Springer, 2018, p. 86.

¹⁷⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation c. États-Unis du Mexique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 26 janvier 2006 ; F.M. PALOMBINO, *op. cit.*, pp. 98-103.

doit anticiper la probabilité de changements réglementaires futurs dans ce secteur¹⁷⁹. S'il ne l'a pas fait, ses attentes de stabilité absolue ne sont pas légitimes au sens du TJE. Ce facteur est particulièrement pertinent dans le domaine environnemental, où les réglementations évoluent structurellement sous l'effet des engagements climatiques internationaux, de l'évolution des connaissances scientifiques et de la pression de l'opinion publique.

Le deuxième facteur est celui du contexte propre à l'État hôte. Le cadre réglementaire existant au moment de l'investissement, les engagements environnementaux internationaux de l'État et son niveau de développement influencent l'appréciation de ce que l'investisseur pouvait raisonnablement attendre¹⁸⁰. Un investisseur qui s'installe dans un État ayant déjà des engagements climatiques forts ou un cadre réglementaire environnemental actif ne peut pas prétendre avoir été surpris par une évolution de ce cadre dans un sens plus contraignant. Cette prise en compte du contexte de l'État hôte est importante car elle permet aux États engagés dans la transition écologique de mieux défendre leurs politiques.

Le troisième facteur est l'intégration explicite du *right to regulate* dans l'appréciation des attentes légitimes par certains tribunaux. Ces attentes doivent être appréciées à la lumière non seulement des comportements passés de l'État mais aussi de son droit général de réguler dans l'intérêt public¹⁸¹. L'affaire *Philip Morris c. Uruguay* illustre cette tendance : le tribunal a reconnu une marge d'appréciation à l'Uruguay dans la détermination de ce qui était nécessaire à la protection de la santé publique, en considérant que la simple modification d'une réglementation dans l'intérêt public ne suffit pas à caractériser une violation des attentes légitimes¹⁸². Bien que cette affaire concerne la santé publique, le principe qu'elle consacre est potentiellement transposable à l'environnement, les deux domaines relevant de la même logique de compétence nationale spécialisée et de marge d'appréciation nationale.

L'affaire *Windstream Energy c. Canada* confirme et précise cette logique dans le contexte des énergies renouvelables. L'Ontario avait imposé un moratoire sur le développement éolien en mer

¹⁷⁹ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 121, §II.A.2[c] ; F.M. PALOMBINO, *op. cit.*, pp. 86-90.

¹⁸⁰ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 114, §II.A.2[a] ; T. BRAUN, *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection in International Investment Law*, Nomos, 2022, pp. 46-49, §I.A.

¹⁸¹ Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 117, §II.A.2[b].

¹⁸² *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, CIRDI, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, §399 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, Ch. 7.

en invoquant la nécessité de mener des recherches scientifiques supplémentaires sur l'impact environnemental. Le tribunal a reconnu que cette décision n'était pas en soi une violation de l'ALENA : l'État a le droit de geler des projets pour des motifs environnementaux légitimes sans que cela constitue automatiquement une expropriation indirecte. Mais le Canada a néanmoins été condamné pour violation du TJE parce que l'Ontario, après avoir officiellement justifié le moratoire par la nécessité d'études scientifiques, n'avait presque rien fait pour les mener. L'investisseur s'est retrouvé dans un vide juridique complet : son projet était gelé par le moratoire mais son contrat restait formellement actif, l'obligeant à immobiliser des garanties bancaires considérables sans pouvoir avancer. Cette inaction prolongée et ce flou réglementaire ont été jugés inéquitables au sens du TJE. L'affaire illustre ainsi une limite claire du *right to regulate* environnemental : l'État peut réguler pour des motifs environnementaux légitimes, mais il ne peut pas invoquer cet argument pour laisser indéfiniment un investisseur dans l'incertitude sans assumer les conséquences réglementaires de ses propres décisions¹⁸³.

Ces avancées constituent un progrès réel dans la protection de la marge réglementaire environnementale des États face au TJE. Mais elles restent insuffisantes et non systématiques. Leur application dépend entièrement du tribunal saisi et du traité applicable. Certains tribunaux continuent d'adopter une vision large des attentes légitimes qui laisse peu de place au *right to regulate* environnemental. Et comme l'a démontré *Eco Oro*, même lorsque le *right to regulate* est reconnu sur le terrain de l'expropriation indirecte, l'État peut être condamné pour violation du TJE en raison d'incohérences procédurales dans la mise en œuvre de sa politique environnementale¹⁸⁴. Cette fragilité structurelle explique que les États aient progressivement cherché à codifier ces acquis jurisprudentiels dans les TBI de nouvelle génération offrant ainsi une base conventionnelle plus solide au *right to regulate* environnemental.

Les outils jurisprudentiels examinés jusqu'ici ont en commun d'être des outils défensifs puisqu'ils permettent à l'État de résister aux demandes des investisseurs. Mais le système arbitral a également vu émerger des mécanismes qui permettent aux États d'aller au-delà de la simple défense et d'introduire activement des considérations environnementales dans les procédures (*III*).

¹⁸³ *Windstream Energy LLC c. Gouvernement du Canada*, CPA, n° 2013-22, sentence du 27 septembre 2016.

¹⁸⁴ *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, CIRDI, n° ARB/16/41, décision sur le fond du 9 septembre 2021 ; B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, p. 23.

III. Les mécanismes offensifs et participatifs : vers un rééquilibrage procédural du système arbitral

L'arbitrage d'investissement a longtemps fonctionné comme une voie à sens unique¹⁸⁵. Seuls les investisseurs pouvaient saisir les tribunaux arbitraux pour contester les mesures des États, les États étaient cantonnés au rôle de défendeurs, condamnés à justifier leurs politiques publiques devant des arbitres privés sans pouvoir eux-mêmes réclamer réparation pour les dommages causés par les investisseurs. La *counterclaim*, ou demande reconventionnelle, est le mécanisme procédural qui permet à l'État de renverser cette logique. Concrètement, lorsqu'un investisseur introduit une demande contre un État, ce dernier peut simultanément former une demande reconventionnelle contre l'investisseur pour les dommages qu'il a causés, notamment des dommages environnementaux¹⁸⁶. La *counterclaim* transforme ainsi fondamentalement la position de l'État dans la procédure arbitrale : non plus simple défendeur contraint de justifier ses choix réglementaires, mais demandeur actif capable d'obtenir réparation pour les dommages environnementaux causés par l'investisseur.

Cette transformation reste cependant très difficile à opérer en pratique, en raison de trois obstacles cumulatifs que la jurisprudence a progressivement identifiés. Le premier est celui du consentement. Pour qu'un tribunal arbitral soit compétent pour examiner une *counterclaim*, il faut que les parties aient consenti à l'arbitrage de cette demande. Or le consentement en arbitrage d'investissement est structurellement asymétrique : c'est l'État qui formule l'offre d'arbitrer dans le TBI, et l'investisseur qui l'accepte en introduisant sa demande. Si le TBI ne prévoit pas expressément la possibilité de *counterclaims*, les tribunaux ont généralement considéré qu'il n'existait pas de consentement à leur arbitrage¹⁸⁷. Certains tribunaux ont interprété des clauses larges consentant à l'arbitrage de « tous les différends » comme incluant implicitement les *counterclaims*¹⁸⁸ mais d'autres ont refusé cette

¹⁸⁵ M. SCHERER, S. BRUCE et J. RESCHKE, « Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 36, n° 2, printemps 2021, pp. 413-440.

¹⁸⁶ A. BILANOVÁ, « Environmental Counterclaims in Investment Arbitration », *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 5, n° 1, 2020, pp. 400-411.

¹⁸⁷ M. BRENNINKMEIJER et F. GÉLINAS, « Counterclaims in Investment Arbitration : Towards an Integrated Approach », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, 2023 ; Y. LAHLOU et R. WILLARD, « The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration », in *The Guide to Mining Arbitrations*, Global Arbitration Review, 2e éd., 2021.

¹⁸⁸ *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, décision sur la compétence sur la *counterclaim* du 7 mai 2004, §39.

interprétation, estimant que les TBI contemplaient uniquement les demandes introduites par les investisseurs¹⁸⁹. Le deuxième obstacle est celui de la cause d'action. Même lorsque le consentement est établi, l'État ne peut pas l'emporter s'il n'existe pas de fondement juridique pour la *counterclaim* dans le traité applicable. Or les TBI imposent traditionnellement des obligations aux États mais pas aux investisseurs ce qui rend structurellement difficile de trouver dans le traité lui-même une base pour poursuivre l'investisseur¹⁹⁰. Les tribunaux qui ont examiné des *counterclaims* fondées sur des violations du droit national de l'État hôte ont généralement conclu qu'ils n'avaient pas compétence pour trancher des demandes relevant du droit interne¹⁹¹. Le troisième obstacle est celui de la connexité. Les règles d'arbitrage CIRDI et CNUDCI exigent que la *counterclaim* soit directement liée à l'objet du différend principal¹⁹². Les tribunaux ont généralement interprété cette exigence de façon restrictive, limitant le champ des obligations pouvant servir de base à une *counterclaim* environnementale.

L'affaire *David Aven c. Costa Rica* constitue l'avancée jurisprudentielle la plus significative dans le développement des *counterclaims* environnementales, même si son résultat final illustre simultanément les limites persistantes de cet outil. Le tribunal a reconnu que la clause du DR-CAFTA sur le droit du Costa Rica à appliquer ses mesures environnementales créait une obligation pour l'investisseur de respecter le droit environnemental national, élevant ainsi la violation du droit environnemental domestique au rang de violation du traité international et constituant une cause d'action valide¹⁹³. C'était une avancée considérable. Mais le tribunal a finalement rejeté la *counterclaim* pour non-respect des exigences de procédure des règles CNUDCI, illustrant que même lorsque la compétence est établie et la cause d'action identifiée, les exigences procédurales constituent un obstacle supplémentaire¹⁹⁴.

¹⁸⁹ *Rusoro Mining Limited c. République bolivarienne du Venezuela*, CIRDI, n° ARB(AF)/12/5, sentence du 22 août 2016, §§622-627 ; *Karkey Karadeniz Elektrik Üretim A.S. c. République islamique du Pakistan*, CIRDI, n° ARB/13/1, sentence du 22 août 2017, §§1012-1014.

¹⁹⁰ Y. LAHLOU et R. WILLARD, *op. cit.* ; M. SCHERER, S. BRUCE et J. RESCHKE, *op. cit.*

¹⁹¹ *Rusoro c. Venezuela*, *op. cit.*, §628.

¹⁹² Convention CIRDI, Art. 46 ; Règles d'arbitrage CNUDCI (2010), Art. 21(3) ; Y. LAHLOU et R. WILLARD, *op. cit.*

¹⁹³ *David Aven et autres c. République du Costa Rica*, CIRDI, n° UNCT/15/3, sentence finale du 18 septembre 2018, §§733-734 ; S. BRUCE, « The Rule of Law, Investment Arbitration and the Environment », Working Paper 02/2021, SSRN n° 3880996, pp. 31-32.

¹⁹⁴ *David Aven c. Costa Rica*, *op. cit.*, §§744-747 ; M. BRENNINKMEIJER et F. GÉLINAS, *op. cit.*

Les seuls cas publics où un État a réellement obtenu des dommages-intérêts sur une *counterclaim* environnementale sont les affaires *Burlington c. Équateur* et *Perenco c. Équateur* ; il est révélateur que dans les deux cas, le consentement reposait non pas sur le TBI lui-même mais sur un accord spécifique conclu directement entre l'État et les investisseurs¹⁹⁵. Dans l'affaire *Perenco*, le tribunal a formulé un principe important : si la relation juridique entre un investisseur et l'État permet à l'État d'introduire une demande pour les dommages environnementaux causés par les activités de l'investisseur, et si cette demande est étayée, l'État a droit à une réparation complète¹⁹⁶. Ces deux affaires constituent une preuve de concept : la *counterclaim* environnementale peut fonctionner et permettre à un État d'obtenir compensation pour les dommages causés à son environnement. Mais leur caractère exceptionnel illustre également que cet outil reste, dans l'état actuel du droit, très difficile à mobiliser dans le cadre d'un TBI classique.

Face à ces obstacles, certains TBI de nouvelle génération ont commencé à intégrer des clauses de consentement exprès aux *counterclaims*. Le CPTPP, le TBI Argentine-Émirats arabes unis de 2018 et le TBI République slovaque-Iran de 2016 prévoient explicitement que l'État défendeur peut introduire une *counterclaim*¹⁹⁷. Ces évolutions conventionnelles sont prometteuses mais elles n'ont pas encore été testées dans des procédures arbitrales et leur portée exacte reste à préciser.

Parallèlement au développement des *counterclaims*, le système arbitral a connu une autre évolution procédurale qui transforme sa logique de l'intérieur : l'ouverture aux soumissions d'*amici curiae*. Un *amicus curiae*, littéralement « ami de la cour », est une organisation ou personne qui, sans être partie au litige, est autorisée à soumettre au tribunal une contribution écrite sur des questions d'intérêt public soulevées par l'affaire. Dans le contexte de l'arbitrage d'investissement, ce mécanisme permet à des organisations environnementales, des ONG ou des institutions spécialisées d'introduire des considérations d'intérêt public environnemental que les parties au litige n'auraient pas nécessairement soulevées. Là où la *counterclaim* donne à l'État une voix offensive, l'*amicus curiae* donne à la société civile une voix participative, deux façons complémentaires

¹⁹⁵ *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, CIRDI, n° ARB/08/5, décision sur les *counterclaims* du 7 février 2017, §§60-61 ; *Perenco Ecuador Ltd. c. République de l'Équateur*, CIRDI, n° ARB/08/6, décision intérimaire sur la *counterclaim* environnementale du 11 août 2015 ; Y. LAHLOU et R. WILLARD, *op. cit.*

¹⁹⁶ *Perenco c. Équateur*, *op. cit.* ; M. SCHERER, S. BRUCE et J. RESCHKE, *op. cit.*

¹⁹⁷ Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (CPTPP), signé le 8 mars 2018, Art. 9.19.2 ; TBI Argentine-Émirats arabes unis, signé le 16 avril 2018, Art. 28(4) ; TBI République slovaque-Iran, signé le 19 janvier 2016, Art. 14(3) ; Y. LAHLOU et R. WILLARD, *op. cit.*

d'élargir le cercle des intérêts pris en compte dans une procédure arbitrale traditionnellement limitée aux deux parties.

L'affaire *Methanex c. États-Unis* a marqué le premier cas d'acceptation d'une soumission d'*amicus curiae* dans une procédure arbitrale d'investissement, ouvrant ainsi le système à une participation de la société civile qui lui faisait jusqu'alors défaut¹⁹⁸. En reconnaissant que les différends environnementaux en arbitrage d'investissement dépassent les seuls intérêts des parties et concernent l'intérêt public plus largement, ce précédent a ouvert une voie nouvelle. Les règles d'arbitrage CIRDI et CNUDCI incluent désormais explicitement les soumissions de parties non disputantes, ce qui donne une base procédurale formelle à ce mécanisme. Entre 2001 et 2019, au moins 169 demandes d'*amici curiae* ont été déposées dans des procédures arbitrales d'investissement. Ce chiffre témoigne d'une institutionnalisation progressive. L'impact de ces soumissions sur les décisions arbitrales a été documenté selon deux modalités : un effet direct lorsque les tribunaux acceptent les soumissions et les citent explicitement dans leur raisonnement, et un effet indirect lorsque les soumissions influencent le raisonnement sans être explicitement mentionnées. Des organisations spécialisées comme ClientEarth et le Centre international du droit de l'environnement participent simultanément comme plaignants dans les contentieux climatiques nationaux et comme *amici curiae* dans les procédures arbitrales d'investissement, créant un pont entre les deux systèmes et contribuant à la formation d'une pratique arbitrale plus sensible aux enjeux environnementaux¹⁹⁹.

Ces deux mécanismes partagent pourtant une fragilité commune, bien que de nature différente. Les *counterclaims* se heurtent à des obstacles juridictionnels objectifs qui dépendent de la rédaction des TBI : tant que les traités n'imposent pas d'obligations aux investisseurs et ne prévoient pas expressément le consentement aux *counterclaims*, les tribunaux ne pourront pas les admettre, quelle que soit leur volonté. Les *amici curiae* relèvent quant à eux de la discrétion des tribunaux, et leur influence sur les décisions finales reste difficile à mesurer avec précision²⁰⁰. Ces deux outils sont réels et leur émergence est significative mais ils restent insuffisants pour transformer

¹⁹⁸ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 3 août 2005 ; N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in *The Future of Investor-State Dispute Settlement*, 2022, pp. 261-283.

¹⁹⁹ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, *op. cit.*, pp. 261-283.

²⁰⁰ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, *op. cit.*, pp. 261-283 ; A. BILANOVÁ, *op. cit.*

structurellement un système dont l'architecture fondamentale n'a pas été conçue pour intégrer les impératifs environnementaux. C'est précisément cette insuffisance que les évolutions normatives de la **Section 2** tentent de corriger.

Section 2 - Les évolutions normatives : clauses d'exception environnementale et TBI de nouvelle génération

Face aux insuffisances des outils jurisprudentiels et procéduraux, les États ont engagé une réponse normative plus ambitieuse en intégrant directement dans leurs traités des mécanismes de préservation de la marge réglementaire environnementale. Cette réponse prend deux formes complémentaires. La première est l'introduction de clauses d'exception permettant aux États d'adopter des mesures environnementales sans s'exposer à des condamnations arbitrales (**I**). La seconde est la codification explicite du *right to regulate* dans les traités modernes (**II**). Il s'agit d'une tentative de transformer en obligation conventionnelle ce que la jurisprudence avait progressivement reconnu de façon fragile et non systématique. Ces deux évolutions s'inscrivent dans ce que la CNUCED qualifie d'« ère de réorientation », une période ouverte en 2008 durant laquelle les États ont pris conscience des effets restrictifs de leurs TBI sur leur pouvoir réglementaire et ont cherché à les réformer en profondeur²⁰¹.

I. Les dispositions d'exception environnementale : ce que les États peuvent désormais invoquer

Les TBI ont historiquement été conçus comme des instruments de protection unilatérale des investisseurs. Leurs clauses d'expropriation et de TJE ont progressivement restreint la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public environnemental sans s'exposer à des condamnations arbitrales²⁰². Ce déséquilibre a suscité une réaction normative progressive : un nombre croissant d'États ont cherché à intégrer dans leurs TBI des dispositions préservant explicitement leur marge

²⁰¹ CNUCED, *World Investment Report 2015 : Reforming International Investment Governance*, Nations Unies, New York et Genève, 2015, Ch. IV, pp. 120-125.

²⁰² M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, Partie II, Ch. 3 ; OCDE, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct : A Fact Finding Survey*, 2014, p. 32.

réglementaire environnementale. En 2011, seulement 8,2% des TBI en vigueur contenaient des dispositions environnementales. Mais 89% des accords récemment conclus y font désormais référence²⁰³. Cette évolution quantitative est, certes, significative mais elle masque une réalité plus complexe. La qualité et l'efficacité de ces dispositions varient considérablement selon leur formulation, et leur application par les tribunaux reste imprévisible.

La première et la plus courante de ces dispositions est la clause d'exception générale. Inspirée de l'article XX du GATT, elle prévoit qu'aucune disposition du traité ne peut être interprétée comme empêchant un État d'adopter des mesures pour protéger l'environnement. Ces clauses visent à préserver la flexibilité réglementaire des États en leur permettant de réguler les investissements étrangers sans engager leur responsabilité internationale²⁰⁴. Pour bénéficier d'une clause d'exception environnementale, l'État doit démontrer un lien suffisant entre la mesure adoptée et l'objectif environnemental poursuivi. Le degré de lien exigé varie selon la formulation retenue dans le traité et ce choix est déterminant pour l'étendue réelle de la protection offerte à l'État. Lorsque le traité exige que la mesure soit « nécessaire » à l'objectif environnemental, le test est strict : l'État doit démontrer que la mesure était indispensable et qu'aucune alternative moins restrictive pour l'investisseur n'était disponible. Lorsque le traité exige seulement que la mesure soit « liée à » ou « en rapport avec » l'objectif environnemental, le test est plus souple et la marge de manœuvre de l'État est plus large. Le choix entre ces deux formulations lors de la négociation du traité détermine donc concrètement la capacité de l'État à défendre ses politiques environnementales face aux demandes des investisseurs²⁰⁵. C'est pourquoi la CNUCED recommande aux États de réfléchir attentivement à cette formulation lors de la négociation de leurs TBI.

L'article 10 du Canada-Peru BIT de 2006 constitue un exemple de formulation large : il prévoit qu'aucune disposition de l'accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie d'adopter des mesures nécessaires à la protection de la vie humaine, animale ou végétale, ou à la conservation

²⁰³ T.D. HOANG, « Reassessing environmental protection in international investment agreements : The case of Vietnam », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2024, citant K. GORDON et J. POHL, « Environmental Concerns in International Investment Agreements : A Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, 2011.

²⁰⁴ Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer, 2022, pp. 27-28 ; M. CHI, *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁵ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, §5.1 ; CNUCED, *World Investment Report 2015 : Reforming International Investment Governance*, Nations Unies, New York et Genève, 2015, Ch. IV, pp. 140-141.

de ressources naturelles épuisables²⁰⁶. L'article 12 du US-Uruguay BIT de 2005 va plus loin en posant une obligation positive : les parties reconnaissent qu'il est inapproprié d'encourager l'investissement en affaiblissant ou en réduisant les protections offertes par les lois environnementales nationales²⁰⁷.

La deuxième évolution normative importante est la clarification du régime de l'expropriation indirecte. La jurisprudence *Santa Elena* avait posé une règle binaire selon laquelle les objectifs environnementaux ne dispensaient pas l'État de son obligation de compensation. Les TBI modernes ont cherché à corriger cette règle en précisant que les mesures réglementaires non discriminatoires adoptées de bonne foi pour protéger des objectifs légitimes d'intérêt public, incluant expressément l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes compensables²⁰⁸. La CNUCED identifie plusieurs options pour y parvenir : définir les critères permettant de caractériser une expropriation indirecte, définir ce qui ne constitue pas une telle expropriation, ou combiner les deux approches²⁰⁹. L'Annexe B(4)(b) du US Model BIT de 2012 constitue l'expression la plus précise de cette évolution. Elle prévoit que sauf dans de rares circonstances, les actions réglementaires non discriminatoires d'une partie conçues et appliquées pour protéger des objectifs légitimes d'intérêt public, tels que l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes²¹⁰. Cette formulation codifie directement la jurisprudence *Methanex* et *Chemtura*, transformant un acquis jurisprudentiel fragile en obligation conventionnelle. L'ASEAN Comprehensive Investment Agreement de 2009 adopte une approche similaire en précisant que les mesures non discriminatoires visant à protéger des objectifs légitimes d'intérêt public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement ne sont pas considérées comme des expropriations²¹¹. Cette disposition présente une avancée notable par rapport aux TBI bilatéraux conclus entre États membres de l'ASEAN, dont aucun ne mentionne explicitement la protection de l'environnement²¹².

²⁰⁶ TBI Canada-Pérou, signé le 14 novembre 2006, Art. 10 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, pp. 27-28.

²⁰⁷ TBI États-Unis-Uruguay, signé le 4 novembre 2005, Art. 12 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁸ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, p. 85 ; M. CHI, *op. cit.*, pp. 42-43.

²⁰⁹ CNUCED, *WIR 2015*, *op. cit.*, pp. 138-140.

²¹⁰ US Model BIT, Annexe B(4)(b), 2012 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 28.

²¹¹ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), signé le 26 février 2009, entré en vigueur le 29 mars 2012 ; T.D. HOANG, *op. cit.*

²¹² T.D. HOANG, *op. cit.*

La troisième évolution normative est celle des clauses *not lowering standards*. Ces clauses interdisent aux États d'affaiblir ou d'abaisser leurs standards environnementaux dans le seul but d'attirer des investissements. C'est un renversement de logique fondamental par rapport aux TBI ancienne génération : au lieu de protéger les investisseurs contre les réglementations, on protège les réglementations contre la pression concurrentielle des investisseurs. La CNUCED recommande de renforcer la force normative de ces clauses en utilisant « shall ensure » plutôt que « shall strive to ensure ». En effet, la première formulation crée une obligation de résultat alors que la seconde une simple obligation de moyens²¹³. Le TBI Australie-Hong Kong de 2019 illustre cette tendance avec son article 15 dédié aux objectifs environnementaux et réglementaires, qui prévoit qu'aucune disposition du traité ne peut empêcher un État d'adopter des mesures pour s'assurer que les investissements étrangers sont réalisés dans le respect des préoccupations environnementales²¹⁴. Son article 7 sur la responsabilité sociale des entreprises incite par ailleurs les investisseurs à aligner leurs pratiques sur les principes internationaux incluant la protection de l'environnement²¹⁵.

Ces évolutions normatives sont réelles et significatives. Mais elles se heurtent à deux limites fondamentales. La première est quantitative : malgré leur progression, ces clauses restent absentes de la majorité du stock de TBI ancienne génération toujours en vigueur. Sur les 94 accords d'investissement signés par le Vietnam depuis les années 1990, par exemple, seuls 17 incluent des dispositions environnementales, soit 18%, un chiffre qui illustre que l'essentiel de ce stock conventionnel demeure composé de traités anciens, non concernés par l'évolution normative récente, et que l'intégration de ces clauses reste marginale dans la pratique conventionnelle globale malgré la progression des accords nouvellement conclus²¹⁶. La seconde limite est qualitative : même lorsque ces clauses existent, leur application par les tribunaux arbitraux peut être décevante. L'affaire *Eco Oro c. Colombie* en constitue l'illustration la plus saisissante. La clause d'exception environnementale de l'accord Canada-Colombie prévoyait expressément qu'aucune disposition du chapitre sur l'investissement ne pouvait être interprétée comme empêchant l'adoption de mesures nécessaires à la protection de l'environnement. Le tribunal a pourtant décidé que même si la mesure

²¹³ CNUCED, *WIR 2015*, *op. cit.*, p. 158 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, §9.1.

²¹⁴ Accord d'investissement Australie-Hong Kong, signé le 26 mars 2019, Art. 15 ; IISD, *Investment Treaty News*, 27 juin 2019.

²¹⁵ Accord d'investissement Australie-Hong Kong, *op. cit.*, Art. 7 ; T.D. HOANG, *op. cit.*

²¹⁶ T.D. HOANG, *op. cit.*

était couverte par l'exception, cela n'empêchait pas l'investisseur de réclamer une réparation pour la violation du TJE²¹⁷. En quelques paragraphes, la clause d'exception a été vidée de sa substance révélant ce que la doctrine a qualifié de « crépuscule de l'exceptionnalisme politique »²¹⁸.

Cette limite jurisprudentielle révèle un problème structurel que la CNUCED elle-même reconnaît : les clauses d'exception sont empruntées au droit commercial où les réparations sont prospectives, alors qu'en droit des investissements les sentences sont définitives. L'État perd si la mesure n'est pas parfaitement conforme dès le départ²¹⁹. La simple multiplication des clauses d'exception dans les TBI ne suffit donc pas à garantir la protection de la marge réglementaire environnementale des États, ce qui appelle une évolution plus profonde dans la façon dont le *right to regulate* est codifié dans les TBI de nouvelle génération (II).

II. La codification du *right to regulate* dans les TBI de nouvelle génération

Les clauses d'exception restent insuffisantes car elles n'abordent pas le problème de fond : le TJE dans sa formulation traditionnelle est trop ouvert et expose les États à des condamnations pour de simples changements réglementaires environnementaux. Les TBI de nouvelle génération ont cherché à aller plus loin en codifiant explicitement le *right to regulate*, non plus comme simple exception défensive mais comme principe structurant du traité lui-même. La CNUCED identifie quatre domaines d'évolution dans la pratique conventionnelle qui caractérisent cette nouvelle génération de traités : incorporer des engagements concrets pour promouvoir l'investissement compatible avec le développement durable, équilibrer les engagements des États avec des obligations pour les investisseurs, assurer un équilibre approprié entre protection et espace réglementaire, et protéger les États hôtes contre des responsabilités injustifiées²²⁰. Ces quatre

²¹⁷ *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, CIRDI, n° ARB/16/41, décision sur le fond du 9 septembre 2021, §§826-837 ; B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection », *ICSID Review*, Vol. 40, No. 1, 2025, p. 23.

²¹⁸ J.B. HEATH, « Eco Oro et le crépuscule de l'exceptionnalisme politique », *Investment Treaty News*, IISD, 20 décembre 2021.

²¹⁹ J.B. HEATH, *op. cit.* ; CNUCED, *WIR 2015*, *op. cit.*, pp. 140-141.

²²⁰ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, Nations Unies, Genève, 2015, p. 8.

orientations se traduisent concrètement par plusieurs évolutions normatives que les TBI de nouvelle génération ont progressivement intégrées.

La première évolution concerne les formulations du TJE, qui est le standard désormais allégué dans presque chaque demande introduite sous un TBI²²¹. Face à cette expansion, les TBI modernes ont cherché à encadrer le standard en le précisant. La CNUCED recommande plusieurs options classées par degré de protection de la marge réglementaire. La première option consiste à lier le TJE au standard minimum de traitement coutumier, limitant ainsi son potentiel expansif. L'article 5 du US Model BIT de 2012 illustre cette approche en précisant que le TJE ne crée pas de droits substantiels supplémentaires au-delà du standard minimum coutumier²²². La deuxième option consiste à clarifier le TJE avec une liste exhaustive et fermée d'obligations précises telles que *denial of justice*, violation du *due process*, arbitraire manifeste, discrimination. Cette option est la plus protectrice de la marge réglementaire car elle minimise les interprétations non anticipées par les tribunaux²²³. Certains TBI ont également introduit des clauses précisant que l'exercice du pouvoir réglementaire de façon transparente, non discriminatoire et en conformité avec le *due process* ne constitue pas une violation du TJE, comme l'article 4(d) du Colombia Model BIT de 2008²²⁴. Une troisième option, plus radicale, consiste à introduire des exclusions sectorielles, des *carve-outs*, qui soustraient des domaines entiers comme les services publics ou la santé au champ d'application de l'arbitrage international. Ces options ne sont pas mutuellement exclusives et les TBI les plus ambitieux les combinent. Il convient cependant de distinguer les clauses qui préservent véritablement le *right to regulate* de celles qui ne font que le déclarer sans lui donner de portée réelle. Certains TBI contiennent des clauses intitulées « *right to regulate* » mais qui se limitent à affirmer que rien dans l'accord n'empêche un État d'adopter des mesures « consistent with this agreement », formulation qui ne lui accorde aucune liberté qu'il ne possédait pas déjà. Ces clauses

²²¹ M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, p. 52 ; CNUCED, *World Investment Report 2015 : Reforming International Investment Governance*, Nations Unies, New York et Genève, 2015, Ch. IV, pp. 137-138.

²²² US Model BIT, Art. 5(1) et 5(2), 2012 ; M. CHI, *op. cit.*, pp. 50-51 ; CNUCED, *WIR 2015, op. cit.*, pp. 137-138.

²²³ CNUCED, *WIR 2015, op. cit.*, pp. 137-138 ; Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer, 2022, Ch. 8, §8.06[B].

²²⁴ Colombia Model BIT, Art. 4(d), 2008 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 28.

ont été qualifiées de « droit déclaratoire » de réguler et ne constituent pas un véritable outil de préservation de la marge réglementaire²²⁵.

La deuxième évolution, et la plus significative, est la reconnaissance explicite du *right to regulate* comme disposition substantielle des TBI modernes. Cette reconnaissance prend plusieurs formes complémentaires. La première est le renforcement des préambules : les TBI modernes y rappellent explicitement le droit de l'État d'adopter des réglementations pour atteindre des objectifs de politique publique légitimes, ce qui oriente l'interprétation de l'ensemble du traité par les tribunaux arbitraux. La seconde forme est l'insertion de clauses dédiées au *right to regulate* dans le corps même du traité. Le CETA constitue l'exemple le plus abouti de cette évolution. Son article 8.9(1) réaffirme explicitement le droit de réguler pour atteindre des objectifs légitimes incluant expressément la protection de l'environnement. Son article 8.9(2) précise que la simple modification d'une réglementation qui affecte négativement un investissement ou les attentes de profits de l'investisseur ne constitue pas une violation du traité²²⁶. C'est un correctif direct de la jurisprudence extensive sur les *legitimate expectations*, la codification de ce que *Thunderbird c. Mexique* avait posé jurisprudentiellement et que *Windstream c. Canada* avait confirmé.

Le SADC Model BIT de 2012 adopte une approche similaire mais fondée explicitement sur le droit international coutumier et les principes du développement durable. Son article 20.1 précise que l'État hôte conserve le droit de prendre des mesures réglementaires pour s'assurer que le développement est compatible avec les objectifs et principes du développement durable²²⁷. Son article 20.2 précise que le *right to regulate* doit être compris comme s'inscrivant dans un équilibre entre les droits des investisseurs et ceux des États, signal clair que le traité n'est pas conçu comme un instrument exclusivement protecteur des investisseurs. L'objectif est de prévenir les interprétations expansives non intentionnelles des dispositions substantielles en faveur des investisseurs²²⁸.

²²⁵ T. GLEASON et C. TITI, « The Right to Regulate », *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2022/2*, 20 octobre 2022, pp. 6-7.

²²⁶ CETA, Art. 8.9(1) et 8.9(2), signé le 30 octobre 2016 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, pp. 31-33 ; T. GLEASON et C. TITI, *op. cit.*, pp. 5-6.

²²⁷ SADC Model BIT, Art. 20.1, 2012 ; Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, p. 30 ; M. CHI, *op. cit.*, pp. 30-31.

²²⁸ SADC Model BIT, Art. 20.2, *op. cit.* ; M. CHI, *op. cit.*, p. 30.

Les TBI Australie-Hong Kong et Australie-Uruguay de 2019 illustrent comment cette codification s'est propagée dans la pratique bilatérale. Ces deux traités ont été directement influencés par les affaires *Philip Morris* contre l'Australie et l'Uruguay sur l'emballage neutre du tabac, expérience traumatisante qui a poussé les deux États à réécrire leurs modèles de traités pour mieux protéger leur espace réglementaire. Ils combinent plusieurs évolutions dans un même instrument : reconnaissance du *right to regulate* dans le préambule, clause d'exception générale, clause de non-abaissement des standards environnementaux, et dispositions sur la responsabilité sociale des entreprises incitant les investisseurs à aligner leurs pratiques sur les principes internationaux²²⁹. L'accord Brésil-Inde de 2020 illustre une évolution encore plus radicale : il écarte délibérément les notions de TJE et d'expropriation indirecte pour éviter les contentieux arbitraux excessifs, et privilégie un mécanisme institutionnel de coopération et de prévention des différends plutôt que l'arbitrage investisseur-État traditionnel. Son article préliminaire réaffirme le droit des parties de réglementer les investissements en fonction de leurs lois nationales et politiques²³⁰. Le TBI Turquie-Uruguay de 2022 adopte quant à lui une approche intermédiaire : il reconnaît dans son préambule le droit inhérent des parties à fixer leurs priorités réglementaires, intègre des exceptions de politique publique visant expressément la santé publique, la sécurité, l'environnement et les ressources naturelles, tout en maintenant des protections classiques pour l'investisseur²³¹.

La troisième évolution normative est la codification de la jurisprudence sur les *legitimate expectations* et la proportionnalité. Les TBI modernes tentent de préciser que les attentes légitimes des investisseurs ne peuvent naître que d'engagements spécifiques de l'État et non de simples espoirs de stabilité réglementaire absolue. Le CETA Art. 8.9(2) en est l'expression la plus directe. Cette codification cherche à résoudre la tension identifiée en Section 1 : les États qui s'engagent dans la transition écologique doivent pouvoir modifier leur cadre réglementaire sans que chaque changement soit interprété comme une violation des attentes légitimes des investisseurs²³².

La quatrième évolution normative est l'articulation explicite entre TBI et accords environnementaux internationaux. Certains TBI récents prévoient que les obligations

²²⁹ Accord d'investissement Australie-Hong Kong, signé le 26 mars 2019 ; TBI Australie-Uruguay, signé en avril 2019 ; IISD, *Investment Treaty News*, 27 juin 2019 ; T.D. HOANG, *op. cit.*

²³⁰ Accord Brésil-Inde sur la promotion et la protection des investissements, signé le 25 novembre 2020, Art. 1 ; CNUCED, *IIA Navigator*.

²³¹ TBI Turquie-Uruguay, signé en 2022 ; CNUCED, *IIA Navigator*.

²³² Y. LEVASHOVA, *op. cit.*, §8.06[B] et [C] ; M. CHI, *op. cit.*, p. 52.

environnementales internationales de l'État hôte, incluant l'Accord de Paris, sont prises en compte dans l'interprétation du traité. Selon la base de données EDIT, 21 TBI réaffirment leur engagement envers les instruments environnementaux internationaux²³³. Cet argument est renforcé par l'interprétation systémique des clauses TJE qui font référence au « droit international » au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ, ce qui inclut potentiellement les conventions environnementales internationales et ouvre la voie à une intégration du droit climatique dans l'arbitrage d'investissement²³⁴.

Une cinquième tendance émergente mérite enfin d'être signalée : l'intégration progressive de principes du droit interne de l'environnement dans les TBI. Selon la base de données EDIT²³⁵, l'évaluation d'impact environnemental est désormais mentionnée dans 54 TBI et 4 modèles de TBI, le principe de précaution dans 23 TBI, et le principe pollueur-payeur dans 2 accords²³⁶. Ces principes constituent un fondement solide pour les obligations environnementales des investisseurs et pourraient à terme servir de base à des *counterclaims* environnementales.

Ces évolutions normatives représentent une avancée réelle mais insuffisante. Trois limites structurelles persistent. La fragmentation du stock de traités ancienne génération toujours en vigueur fait que les avancées des TBI modernes ne profitent qu'aux nouveaux investissements. L'inégalité géographique dans l'intégration de ces dispositions crée une asymétrie normative qui reflète les rapports de force dans la négociation des TBI. Et surtout, même les clauses bien rédigées peuvent être ignorées ou interprétées de façon restrictive par les tribunaux, la jurisprudence indique que la marge accordée à l'État dans les litiges réglementaires reste, même en présence de dispositions expresses, à la discrétion interprétative du tribunal saisi²³⁷. Ces insuffisances constituent précisément l'objet du **Chapitre 2**.

²³³ T.D. HOANG, *op. cit.* ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, §8.1.3.

²³⁴ T. BRAUN, *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection in International Investment Law*, Nomos, 2022, pp. 295-309.

²³⁵ ALSCHNER W., ELSIG M. et POLANCO R., « Introducing the Electronic Database of Investment Treaties (EDIT) : The Genesis of a New Database and Its Use », *World Trade Review*, Vol. 20, n° 1, 2021, pp. 73-94.

²³⁶ T.D. HOANG, *op. cit.*

²³⁷ T. GLEASON et C. TITI, *op. cit.*, pp. 7-8 ; J.B. HEATH, « Eco Oro et le crépuscule de l'exceptionnalisme politique », *Investment Treaty News*, IISD, 20 décembre 2021.

CHAPITRE 2 : Vers un rééquilibrage du système : insuffisances des réformes actuelles et pistes pour un cadre renouvelé

Le système arbitral d'investissement fait aujourd'hui l'objet de multiples initiatives de réforme. Ces initiatives constituent des réponses aux insuffisances documentées du système, mais elles restent trop générales pour traiter les causes profondes du conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale. Ce Chapitre 2 examine d'abord pourquoi ces réformes sont insuffisantes et parfois porteuses de nouveaux risques (*Section 1*), avant de proposer les contours d'un cadre renouvelé fondé sur l'intérêt public et la transition énergétique (*Section 2*).

Section 1 - Les insuffisances des réformes actuelles : des initiatives trop générales pour traiter les causes profondes du conflit

Les réformes actuelles du système arbitral d'investissement, qu'elles émanent de la CNUDCI, du CIRDI, de l'Union européenne ou des États individuels, partagent un défaut commun : elles s'attaquent aux symptômes procéduraux sans aborder la tension substantielle entre protection des investissements et réglementation environnementale (*I*). De plus, certaines de ces réformes, loin de résoudre le déséquilibre, risquent d'en créer un nouveau en faveur des États au détriment des investisseurs légitimes (*II*).

I. L'évaluation critique des quatre initiatives de réforme

Les débats sur la réforme du droit international des investissements partent généralement des problèmes posés par le régime existant. Cette approche a une limite importante : elle conduit naturellement à chercher des solutions dans le cadre d'un système dont les postulats normatifs fondamentaux ne sont pas remis en cause. Si l'on se posait la question différemment, quel régime construirait-on aujourd'hui si l'on repartait de zéro, les réponses seraient probablement très

différentes de celles que proposent les réformes actuelles²³⁸. Les quatre grandes initiatives de réforme en cours partagent ce défaut commun : elles s'attaquent aux symptômes procéduraux sans aborder la tension substantielle entre protection des investissements et réglementation environnementale. Changer les arbitres, créer une cour permanente ou améliorer la transparence ne résout pas le déséquilibre si les standards substantiels restent inchangés. Ce constat s'impose d'autant plus que les données empiriques témoignent de la persistance du problème : entre 1987 et 2021, au moins 175 cas ISDS environnementaux ont été introduits, et 38% d'entre eux ont été tranchés en faveur de l'investisseur, proportion significativement plus élevée que les 28% pour l'ensemble des cas ISDS²³⁹. Malgré les réformes en cours, le gel réglementaire persiste et la peur des poursuites arbitrales continue de dissuader les États d'adopter des réglementations environnementales ambitieuses²⁴⁰. Et même lorsque des clauses de préservation du *right to regulate* sont expressément incorporées dans les traités, les tribunaux peuvent les ignorer ou les interpréter restrictivement, comme l'a démontré *Eco Oro c. Colombie* avec la clause d'exception environnementale de l'ALE Canada-Colombie²⁴¹. L'échec à donner effet au *right to regulate* résulte souvent d'une mauvaise interprétation des traités. Les tribunaux arbitraux ont tendance à interpréter les clauses d'exception de façon restrictive, à privilégier les dispositions de protection des investisseurs sur les clauses préservant la marge réglementaire, et à négliger le contexte systémique dans lequel s'inscrit le traité, notamment ses liens avec le droit international de l'environnement. Ce faisant, ils s'écartent des règles d'interprétation posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui exige de prendre en compte l'objet et le but du traité ainsi que les règles pertinentes du droit international applicables dans les relations entre les parties. Une interprétation fidèle à ces règles devrait conduire à intégrer les engagements climatiques internationaux de l'État dans l'évaluation de ses mesures réglementaires, ce que font rarement les tribunaux actuels. Ainsi, la rédaction des clauses ne suffit pas si les tribunaux ne disposent pas d'une formation suffisante en droit international public pour les appliquer correctement. Le choix des arbitres et leur culture

²³⁸ J. OSTŘANSKÝ et J. BONNITCHA, *Repenser les traités d'investissement : une feuille de route — Résumé exécutif*, IISD, mai 2024, p. 1.

²³⁹ T.D. HOANG, « Reassessing environmental protection in international investment agreements : The case of Vietnam », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2024, citant CNUCED, données 2022.

²⁴⁰ T.D. HOANG, *op. cit.* ; M. SCHRAM et al., *Global Policy*, Vol. 9, n° 2, 2018.

²⁴¹ *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, CIRDI, n° ARB/16/41, décision sur le fond du 9 septembre 2021 ; J.B. HEATH, « Eco Oro et le crépuscule de l'exceptionnalisme politique », *Investment Treaty News*, IISD, 20 décembre 2021.

juridique constituent donc une dimension procédurale des réformes actuelles qui mériterait d'être davantage prise en compte²⁴².

Il faut également souligner que des propositions ambitieuses de réforme existent depuis plus de vingt ans et pourtant aucune n'a été intégrée de façon systématique dans la pratique conventionnelle courante. Le modèle IISD de 2004 a été la première proposition à placer le développement durable comme valeur centrale des TBI, sa caractéristique distinctive étant d'imposer directement des obligations aux investisseurs et aux États d'origine, transformant ainsi les TBI d'instruments de protection en instruments de promotion du développement durable²⁴³. Le Guide du Commonwealth de 2012 a proposé des mécanismes concrets comme les *counterclaims* environnementales par les États et les limitations de l'accès des investisseurs à l'ISDS²⁴⁴. Le SADC Model BIT de 2012 a quant à lui cherché à préserver la flexibilité réglementaire des États hôtes, particulièrement pertinent pour les pays en développement, en visant à prévenir les interprétations expansives non intentionnelles des dispositions substantielles en faveur des investisseurs²⁴⁵. Le cadre de la CNUCED de 2015 a identifié quatre domaines d'évolution prioritaires : incorporer des engagements de promotion de l'investissement durable, équilibrer les engagements des États avec des obligations pour les investisseurs, assurer un équilibre entre protection et espace réglementaire, et réformer le système ISDS. Mais ces propositions restent largement au niveau politique et ne constituent pas des suggestions directement applicables à la rédaction des TBI²⁴⁶. Ce constat est révélateur : si des solutions existent depuis longtemps, leur non-intégration dans la pratique conventionnelle courante n'est pas un hasard, elle illustre la profondeur des résistances structurelles et géopolitiques auxquelles se heurtent les réformes. La différence d'approche entre l'OCDE et le SADC en est l'illustration la plus directe : les intérêts des États exportateurs de capitaux et ceux des États récepteurs ne convergent pas nécessairement, ce qui complique l'émergence d'une réforme systémique et cohérente²⁴⁷.

²⁴² T. GLEASON et C. TITI, « The Right to Regulate », *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2022/2*, 20 octobre 2022, p. 8.

²⁴³ M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, pp. 28-29.

²⁴⁴ M. CHI, *op. cit.*, pp. 31-32.

²⁴⁵ M. CHI, *op. cit.*, pp. 30-31.

²⁴⁶ M. CHI, *op. cit.*, pp. 29-30 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, p. 17.

²⁴⁷ M. CHI, *op. cit.*, pp. 35-36.

Le premier chantier de réforme est celui du Groupe de travail III de la CNUDCI, qui travaille depuis 2017 à la réforme du mécanisme de règlement des différends investisseur-État. Ses propositions les plus avancées visent à améliorer la transparence, la cohérence et la légitimité du système par la création d'une cour permanente d'investissement et d'un centre consultatif. Ces objectifs sont légitimes mais insuffisants. Un tribunal permanent qui applique les mêmes standards expansifs du TJE ne résout pas le problème de fond. Ces réformes ne reconnaissent pas davantage le rôle des organisations de la société civile qui participent simultanément comme plaignants dans les contentieux climatiques nationaux et comme *amici curiae* dans les procédures ISDS, créant un pont entre les deux systèmes, et dont le rôle dans le développement du droit international des investissements reste insuffisamment reconnu²⁴⁸.

Le deuxième chantier est celui du CIRDI, dont les règles d'arbitrage ont été amendées en 2022. Ces amendements améliorent la transparence des procédures et encadrent la participation de tiers. Mais l'approche reste purement procédurale : le CIRDI réforme le contenant sans toucher au contenu. Les enquêtes sur la pratique des TBI confirment que les clauses d'exception générales sont souvent sous-utilisées par les États et ignorées par les tribunaux, et que les TBI existants ne créent que des droits mais pas de responsabilités pour les investisseurs²⁴⁹. Cette asymétrie fondamentale entre droits et obligations, que les amendements des règles CIRDI ne cherchent pas à corriger, demeure l'une des causes profondes du déséquilibre.

Le troisième chantier est celui de la proposition de cour multilatérale des investissements portée par l'Union européenne. Cette proposition prévoit la création d'un tribunal public de première instance et d'un tribunal d'appel, composés de juges nommés publiquement, et la consécration du *right to regulate* dans les dispositions des accords. C'est incontestablement une avancée par rapport au système arbitral ad hoc actuel. Mais changer les arbitres ne résout pas le déséquilibre substantiel si les standards de protection restent inchangés²⁵⁰. Bien que cette proposition traite deux aspects clés, règlement des différends et préservation du pouvoir réglementaire, elle n'a pas été formulée pour des considérations de développement durable et ne modifie pas les standards substantiels

²⁴⁸ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in *The Future of Investor-State Dispute Settlement*, 2022, pp. 261-283.

²⁴⁹ M. CHI, *op. cit.*, pp. 32-33 ; OCDE, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct : A Fact Finding Survey*, 2014 ; J. OSTŘANSKÝ et J. BONNITCHA, *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁰ T. GLEASON et C. TITI, *op. cit.*, p. 8.

applicables aux litiges environnementaux²⁵¹. Il reste par ailleurs incertain que la consécration formelle du *right to regulate* dans les dispositions d'un accord suffise à garantir son application effective par les tribunaux.

Le quatrième chantier est celui des réformes unilatérales des États par le biais de retraits de TBI ancienne génération et d'adoption de nouveaux modèles de traités. Ces initiatives méritent d'être saluées, elles témoignent d'une prise de conscience réelle des États quant aux effets de leurs engagements conventionnels sur leur marge réglementaire. Mais elles se heurtent à des obstacles structurels considérables. Le premier et le plus sous-estimé est celui des clauses de survie. Ces clauses, présentes dans la quasi-totalité des TBI, prévoient que les protections du traité continuent de s'appliquer pendant une période de 10 à 20 ans après sa résiliation aux investissements réalisés pendant sa durée de validité²⁵². Concrètement, un État qui résilie aujourd'hui un TBI ancienne génération restera exposé aux poursuites d'investisseurs pour encore une à deux décennies. Cette réalité rend les retraits de TBI beaucoup moins efficaces qu'ils n'y paraissent et souligne que la réforme du stock de traités existants est un chantier de très long terme. Le second obstacle est celui de la fragmentation géographique : les États en développement intègrent moins fréquemment les dispositions environnementales dans leurs nouveaux traités que les États développés, reproduisant une asymétrie normative qui reflète les rapports de force dans la négociation²⁵³. Par ailleurs, des milliers de TBI ancienne génération protègent massivement les investissements dans le charbon, le pétrole et le gaz, entravant directement la transition énergétique au moment où elle est la plus urgente, et illustrant que le problème ne peut pas être résolu par des réformes purement unilatérales.

À ces quatre insuffisances s'en ajoute une cinquième, plus fondamentale : la déconnexion structurelle entre le droit international des investissements et le droit climatique. Les TBI sont des instruments contraignants, assortis de sanctions financières lourdes en cas de violation. L'Accord de Paris en revanche est caractérisé par une base juridique souple et non contentieuse, son mécanisme de mise en œuvre n'est « ni intrusif ni punitif » et « évite d'imposer une charge excessive aux parties »²⁵⁴. Cette asymétrie fondamentale signifie que les engagements climatiques des États,

²⁵¹ M. CHI, *op. cit.*, pp. 33-35

²⁵² Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer, 2022, Ch. 8 ; T.D. HOANG, *op. cit.*

²⁵³ T.D. HOANG, *op. cit.* ; M. CHI, *op. cit.*, pp. 35-36.

²⁵⁴ Accord de Paris, Art. 13.3 ; Y. BEN SAAD, « L'investissement et les changements climatiques », *Village de la Justice*, 10 septembre 2024.

même lorsqu'ils sont sincères et ambitieux, peuvent être neutralisés par les obligations issues de leurs TBI. Comme le souligne la doctrine, « un accord dont la violation n'est susceptible d'entraîner aucune responsabilité est dépourvu de toute portée pratique »²⁵⁵. Aucune des quatre initiatives de réforme n'aborde cette asymétrie de façon systématique et c'est précisément en cela qu'elles restent insuffisantes pour traiter les causes profondes du conflit. Cependant, pointer ces insuffisances ne doit pas conduire à l'idée qu'il faudrait aller beaucoup plus loin dans la restriction des droits des investisseurs car certaines tendances normatives récentes, en cherchant à maximiser la marge réglementaire des États, risquent de créer un déséquilibre inverse dont les effets seraient tout aussi problématiques (II).

II. Le risque d'un nouveau déséquilibre en faveur des États

Pointer les insuffisances des réformes actuelles ne doit pas conduire à une conclusion inverse : celle qu'il faudrait aller beaucoup plus loin dans la protection de la marge réglementaire des États au détriment de toute protection des investisseurs. Certaines tendances normatives récentes, en cherchant à préserver à tout prix l'espace réglementaire étatique, risquent de sacrifier la protection légitime des investissements et de décourager précisément les investissements verts dont la transition énergétique a besoin. Ce risque mérite d'être pris au sérieux, non pas pour ralentir les réformes mais pour les orienter dans la bonne direction.

Ce risque s'illustre d'abord dans la logique même de certaines réformes normatives récentes. Lorsqu'un État cherche à protéger sa marge réglementaire environnementale, il dispose aujourd'hui de plusieurs outils : clauses d'exception, définition restrictive du TJE, exclusions sectorielles. Chacun de ces outils est légitime en lui-même. Mais poussés à l'extrême, ils peuvent vider de sa substance la protection que les TBI sont censés offrir aux investisseurs. Le TBI Bénin-Canada de 2013 et l'accord Colombie-France de 2014 illustrent cette tendance en excluant entièrement les mesures environnementales de la juridiction arbitrale²⁵⁶. Cette approche préserve certes la marge

²⁵⁵ Y. BEN SAAD, *op. cit.*, citant M. KAMTO.

²⁵⁶ TBI Bénin-Canada, signé en 2013, Art. 23 ; Accord Colombie-France, signé en 2014, Art. 15-2 ; J. EL HAGE et L. REYES S., « The Interaction Between Environmental Protection and International Investment Law », *CMAF — Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris*, 2024.

réglementaire de l'État mais elle le fait au prix d'une asymétrie inverse. Un investisseur dans les énergies renouvelables qui se voit refuser arbitrairement une licence environnementale n'aurait aucun recours devant un tribunal arbitral. Dans un contexte où les États doivent précisément attirer des capitaux privés vers les secteurs verts, priver ces investisseurs de toute protection serait contre-productif. La transition énergétique ne peut pas se faire sans investissements étrangers et ces investissements ne viendront pas sans garanties suffisantes²⁵⁷.

Ce constat soulève une question plus fondamentale sur la relation entre intérêt public et protection des investissements. Ces deux objectifs ne sont pas nécessairement opposés, ils peuvent coïncider, et c'est précisément dans ces zones de convergence que se trouvent les opportunités d'un rééquilibrage réussi. Un investissement dans l'éolien ou le solaire sert à la fois l'intérêt public environnemental et les intérêts légitimes de l'investisseur. Une réforme bien conçue devrait protéger ces deux dimensions simultanément, plutôt que de sacrifier l'une au profit de l'autre²⁵⁸. Le phénomène de gel réglementaire fonctionne d'ailleurs dans les deux sens : s'il peut dissuader les États d'adopter des réglementations environnementales ambitieuses, il peut aussi dissuader les investisseurs d'engager des capitaux dans des secteurs soumis à une forte incertitude réglementaire. Les affaires *RWE c. Pays-Bas* et *Vattenfall c. Allemagne* illustrent ce paradoxe avec force : des États contraints de fermer des centrales à charbon pour mettre en œuvre leurs engagements climatiques se retrouvent poursuivis par des investisseurs qui exigent compensation. Ces affaires montrent que le conflit entre protection des investissements et réglementation environnementale peut surgir aussi bien dans les secteurs fossiles que dans les secteurs verts lorsque les garanties réglementaires se révèlent instables, soulignant ainsi que la solution ne peut pas être simplement de supprimer toute protection mais de la conditionner et de la cibler.

Le risque de déséquilibre inverse est également perceptible dans la formulation vague de nombreuses clauses environnementales des TBI modernes. Ces clauses encouragent sans imposer, elles invitent les États à ne pas abaisser leurs standards environnementaux mais ne sanctionnent pas leur violation par des mécanismes contraignants²⁵⁹. Ce faisant, elles créent une asymétrie

²⁵⁷ J. OSTŘANSKÝ et J. BONNITCHA, *Repenser les traités d'investissement : une feuille de route — Résumé exécutif*, IISD, mai 2024, pp. 3-4 ; B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection », *ICSID Review*, Vol. 40, No. 1, 2025, Section V.

²⁵⁸ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, Section V ; M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, Ch. 7.

²⁵⁹ M. CHI, *op. cit.*, pp. 35-36.

persistante entre les droits et les devoirs des investisseurs : les droits sont garantis par des mécanismes de contrainte financière lourde, les devoirs écologiques ne font l'objet d'aucune sanction comparable. Or si les mécanismes internationaux de protection des investissements s'avèrent inefficaces et peinent à atteindre leurs objectifs, la solution n'est pas de supprimer toute protection mais de la conditionner. Si les États décident de continuer à accorder une protection par voie de traité, ils devraient le faire de façon sélective et précise²⁶⁰. Une réforme qui se contente d'ajouter des clauses déclaratoires de bonne intention sans mécanismes de contrôle effectifs ne résout pas le déséquilibre, elle le déplace.

La notion de finalité publique elle-même comporte un risque similaire. Les États conservent un niveau élevé d'autonomie dans la détermination de ce qui constitue un objectif public légitime. Cette autonomie, si elle est trop large, peut être instrumentalisée pour justifier des mesures qui ne sont pas véritablement dans l'intérêt général²⁶¹. Un État pourrait en théorie invoquer des motifs environnementaux pour justifier des mesures qui servent en réalité d'autres objectifs tels que protectionnisme économique ou discrimination envers certains investisseurs étrangers. Le *right to regulate* porte en lui-même une contradiction fondamentale : il affirme la souveraineté réglementaire de l'État tout en en définissant les limites²⁶². Le droit inhérent des États de réguler leurs affaires internes est fondamental et incontestable mais il n'est pas illimité. Les obligations conventionnelles en constituent les limites, et ces limites ont une fonction légitime de protection des investisseurs contre l'arbitraire étatique²⁶³. Une réforme efficace ne peut donc pas se contenter de renforcer le *right to regulate* sans définir simultanément ses contours et ses limites, faute de quoi elle risque de créer une nouvelle imprévisibilité, cette fois au détriment des investisseurs.

Un autre risque mérite d'être souligné : celui de l'incohérence systémique. Si chaque État adopte ses propres clauses d'exclusion et ses propres définitions du *right to regulate* sans coordination internationale, on aboutit à un système encore plus fragmenté et imprévisible qu'aujourd'hui. Les investisseurs ne sauraient plus à quelles règles s'attendre selon le traité applicable, et les États eux-mêmes peineraient à anticiper comment leurs clauses seront interprétées par les tribunaux. La

²⁶⁰ J. OSTRÁNSKÝ et J. BONNITCHA, *op. cit.*, p. 4.

²⁶¹ M. CHI, *op. cit.*, pp. 49-50.

²⁶² G.C. MEKPO, *L'équilibre des intérêts en droit international des investissements : principe général de droit applicable aux rapports entre investissement et environnement*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2022.

²⁶³ *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, CIRDI, n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006 ; M. CHI, *op. cit.*, p. 47.

fragmentation normative, déjà identifiée comme l'une des limites structurelles du système actuel, risquerait alors de s'aggraver plutôt que de se résorber, au détriment de tous les acteurs du système. Ce risque plaide pour une approche coordonnée et systémique des réformes plutôt qu'une accumulation de réponses unilatérales et fragmentées.

Il faut également considérer que les réformes qui affaiblissent la protection des investissements ne pèsent pas de façon uniforme sur tous les investisseurs. Ce sont souvent les investisseurs les plus petits et ceux issus des pays en développement qui bénéficient le plus des garanties offertes par les TBI, contrairement aux grandes multinationales qui disposent d'autres moyens de pression politique et économique sur les États hôtes. Une réforme qui réduit excessivement ces garanties risque donc de reproduire, sous une forme différente, l'asymétrie qu'elle cherche à corriger, en défavorisant précisément les acteurs les moins puissants du système.

Ce double risque, insuffisance des réformes actuelles d'un côté et déséquilibre inverse de l'autre, dessine les contours de ce que devrait être un cadre renouvelé. Il doit être suffisamment ambitieux pour traiter les causes profondes du conflit, mais suffisamment équilibré pour ne pas sacrifier la protection légitime des investissements (*Section 2*).

Section 2 - Pour un cadre renouvelé : l'intérêt public et la transition énergétique comme fondements d'un rééquilibrage

Les insuffisances des réformes actuelles et les risques qu'elles font peser appellent une réponse plus fondamentale. Trois causes profondes du déséquilibre ont été identifiées tout au long de ce mémoire : une compréhension insuffisante de l'intérêt public dans le raisonnement arbitral, l'absence de critères universels d'évaluation des mesures réglementaires, et l'imprévisibilité structurelle du système. Un rééquilibrage efficace doit répondre à ces trois causes simultanément, en plaçant l'intérêt public au cœur de l'évaluation arbitrale (*I*) et en introduisant des obligations pour les investisseurs comme contrepartie de leurs droits conventionnels (*II*).

I. L'intérêt public comme critère central d'un nouveau cadre d'évaluation

Le système actuel reconnaît l'intérêt public sans en faire un critère d'évaluation systématique. Les tribunaux arbitraux l'évoquent, les traités y font référence dans leurs préambules, mais il reste un élément périphérique du raisonnement arbitral plutôt qu'un critère structurant. Un rééquilibrage efficace doit inverser cette logique et placer l'intérêt public au cœur de l'évaluation, non plus en périphérie. C'est précisément ce que les réformes actuelles omettent : le Groupe de travail III de la CNUDCI n'a pas identifié l'incapacité à comprendre et utiliser l'intérêt public parmi les causes sous-jacentes du déséquilibre à traiter²⁶⁴. Ce faisant, il passe à côté de l'une des réformes les plus fondamentales qui s'impose.

La première condition de ce rééquilibrage est de distinguer clairement le *right to regulate* de l'intérêt public. Ces deux notions ne sont pas synonymes puisque tout exercice du *right to regulate* n'est pas automatiquement dans l'intérêt public. Un État peut adopter une mesure réglementaire formellement valide qui sert en réalité des objectifs protectionnistes déguisés en préoccupations environnementales. Inversement, une mesure qui restreint un investissement peut parfaitement servir un intérêt public légitime et documenté. Ce que l'on appelle le *right to regulate* affirme la compétence de l'État à réglementer mais cette compétence ne garantit pas que la mesure adoptée sert réellement l'intérêt général. Un rééquilibrage efficace doit donc poser l'intérêt public comme critère d'évaluation de la légitimité des mesures réglementaires, pas seulement comme justification formelle invoquée par l'État²⁶⁵. Pour dépasser cette logique de protection unilatérale, un rééquilibrage efficace doit faire de l'intérêt général un critère à part entière du raisonnement arbitral et pas seulement une justification invoquée par l'État. Il est nécessaire qu'il devienne un élément que le tribunal doit activement faire peser face aux droits de l'investisseur. Concrètement, cela implique d'évaluer systématiquement si la mesure réglementaire sert réellement un objectif d'intérêt public et si elle est proportionnée à cet objectif²⁶⁶.

²⁶⁴ B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection », *ICSID Review*, Vol. 40, No. 1, 2025, Section IV.

²⁶⁵ T. GLEASON et C. TITI, « The Right to Regulate », *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2022/2*, 20 octobre 2022, pp. 7-8 ; B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, Section V.

²⁶⁶ G.C. MEKPO, *L'équilibre des intérêts en droit international des investissements : principe général de droit applicable aux rapports entre investissement et environnement*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2022.

Ce double test constitue la deuxième condition d'un rééquilibrage efficace. Les tribunaux arbitraux font déjà référence aux concepts de nécessité, raisonnablement, mise en balance et proportionnalité pour déterminer la responsabilité de l'État mais sans élaborer les méthodologies qu'ils n'adoptent ni tenter de les justifier doctrinalement, ce qui rend leurs approches fréquemment incohérentes²⁶⁷. Un rééquilibrage efficace devrait systématiser ce test en trois étapes : évaluer la légitimité de l'objectif réglementaire de l'État, l'aptitude de la mesure à atteindre cet objectif, et l'existence de mesures moins restrictives raisonnablement disponibles. Ce test permettrait aux tribunaux de décider les affaires de façon plus cohérente et prévisible, offrant une plus grande certitude aux États comme aux investisseurs²⁶⁸. Il existe par ailleurs une tendance jurisprudentielle prometteuse sur laquelle s'appuyer : certains tribunaux s'engagent déjà dans une analyse de proportionnalité en équilibrant les intérêts en jeu, ce qui peut être perçu comme un retour de la doctrine des *police powers* sous une forme atténuée²⁶⁹. Elle ne prédomine pas encore et c'est précisément pour cela qu'elle doit être systématisée.

Ce test de proportionnalité doit s'accompagner d'une marge d'appréciation accordée aux États hôtes. Les tribunaux arbitraux devraient accorder aux États une latitude plus large lorsque la mesure réglementaire repose sur des bases scientifiques complexes ou sur des choix de société que l'État est mieux placé que le tribunal pour évaluer. Cette marge d'appréciation se justifie par les limites institutionnelles des tribunaux arbitraux, leur manque d'ancrage dans la société concernée, leur légitimité démocratique faible et leurs capacités limitées de collecte de preuves qui plaident pour une approche plus prudente du contrôle des mesures réglementaires²⁷⁰. Cette marge d'appréciation accordée aux États s'impose précisément dans les situations d'incertitude scientifique, ce qui inclut de nombreuses décisions réglementaires environnementales fondées sur des données complexes et évolutives.

La troisième condition est l'intégration de la participation publique dans le processus arbitral. La participation publique est un principe reconnu du droit international, ancré dans le Principe 10 de

²⁶⁷ C. HENCKELS, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration : Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge University Press, 2015, p. 6.

²⁶⁸ C. HENCKELS, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁶⁹ T. GLEASON et C. TITI, *op. cit.*, pp. 4-8.

²⁷⁰ C. HENCKELS, *op. cit.*, pp. 12-13.

la Déclaration de Rio²⁷¹, et constitue un élément essentiel pour accroître la transparence et la responsabilité dans le système ISDS sur les questions climatiques. Un rééquilibrage efficace devrait reconnaître formellement le rôle des organisations de la société civile, non plus à la discrétion des tribunaux mais comme droit procédural consacré dans les traités, et imposer une transparence systématique des procédures arbitrales impliquant des mesures d'intérêt public. Le contentieux climatique national ouvre ici une piste prometteuse : les décisions comme *Urgenda c. Pays-Bas* pourraient être introduites comme fait pertinent dans l'évaluation des mesures réglementaires environnementales des États par les tribunaux arbitraux²⁷². Si un juge national reconnaît qu'un État a l'obligation de réduire ses émissions de GES, cette reconnaissance devrait être prise en compte par un tribunal arbitral lorsqu'il évalue une mesure réglementaire adoptée pour mettre en œuvre cette obligation.

La quatrième condition est le développement de critères universels d'évaluation pour réduire l'imprévisibilité structurelle du système. L'absence de tels critères est l'une des causes profondes de l'incertitude qui pèse sur les États et les investisseurs et elle contribue directement au gel réglementaire²⁷³. Le modèle IISD de 2004 constituait déjà une référence pour un cadre centré sur l'intérêt public avec l'objectif d'équilibre entre droits des investisseurs, objectifs de développement et protection des biens publics²⁷⁴. Les politiques d'investissement de « nouvelle génération » de la CNUCED ont repris cette ambition en plaçant la croissance inclusive et le développement durable au cœur des efforts²⁷⁵. Mais ces solutions n'ont pas encore été intégrées dans la pratique conventionnelle courante de façon systématique²⁷⁶. Un rééquilibrage efficace devrait s'appuyer sur ces acquis pour développer des critères objectifs permettant aux États de savoir à l'avance si leurs mesures réglementaires seront reconnues comme légitimes et aux investisseurs de savoir quelles protections ils peuvent raisonnablement attendre. Un rééquilibrage efficace doit reposer sur une véritable réciprocité entre droits et obligations, les droits des investisseurs ne pouvant exister sans

²⁷¹ N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in *The Future of Investor-State Dispute Settlement*, 2022, pp. 261-283 ; Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Principe 10, 14 juin 1992.

²⁷² N. JEVREMOVIĆ et I. KAZEEM, *op. cit.*, pp. 261-283 ; *Urgenda Foundation c. Pays-Bas*, Cour suprême des Pays-Bas, arrêt du 20 décembre 2019.

²⁷³ C. HENCKELS, *op. cit.*, pp. 2-3 ; B. BEYSULEN ANGİN, *op. cit.*, Section IV.

²⁷⁴ M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018, pp. 28-29.

²⁷⁵ M. CHI, *op. cit.*, p. 29 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, Nations Unies, Genève, 2015.

²⁷⁶ M. CHI, *op. cit.*, p. 29 ; CNUCED, *op. cit.*, p. 17.

contrepartie obligationnelle, et les obligations des États devant s'articuler avec les engagements environnementaux internationaux pour former un ensemble cohérent. Cela implique de combiner des règles contraignantes issues des TBI avec des engagements plus souples du droit international de l'environnement, pour construire un cadre ancré dans la réalité conventionnelle existante tout en étant ouvert aux évolutions nécessaires²⁷⁷. Sur le plan conventionnel, le modèle BIT colombien de 2017 avec sa clause d'exception « auto-appréciative », où l'État juge lui-même si l'exception s'applique, constitue une proposition radicale qui illustre les différentes façons de codifier l'intérêt public dans les traités²⁷⁸. Cette option illustre que le débat sur l'intérêt public ne peut pas se résoudre uniquement du côté des États, il appelle nécessairement une réflexion symétrique sur ce qu'on peut exiger des investisseurs en contrepartie de la protection conventionnelle dont ils bénéficient (**II**).

II. Les obligations des investisseurs et les outils offensifs pour les États

Le rééquilibrage du système ne peut pas reposer uniquement sur l'encadrement des droits des investisseurs, il doit aussi introduire des obligations pour ces derniers comme contrepartie de leurs droits conventionnels. C'est la condition d'un système véritablement équilibré. Or la grande majorité des TBI existants sont asymétriques : ils ne créent que des obligations pour les États et non pour les investisseurs. Cette asymétrie fondamentale est documentée : les TBI existants ne créent que des droits mais pas de responsabilités pour les investisseurs, et peuvent indûment limiter la capacité des États à adopter des politiques publiques nécessaires au développement durable²⁷⁹. Si les États décident de continuer à accorder une protection par voie de traité, ils devraient le faire de façon sélective, uniquement pour les investissements durables, et limiter cette protection aux contraintes minimales sur le comportement opportuniste de l'État hôte²⁸⁰.

La première voie de rééquilibrage est l'introduction d'obligations environnementales directes pour les investisseurs dans les TBI. Le modèle IISD de 2004 avait déjà ouvert cette voie en imposant

²⁷⁷ G.C. MEKPO, *op. cit.*

²⁷⁸ T. GLEASON et C. TITI, *op. cit.*, pp. 4-8.

²⁷⁹ OCDE, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct : A Fact Finding Survey*, 2014, p. 32 ; M. CHI, *op. cit.*, p. 32.

²⁸⁰ J. OSTŘANSKÝ et J. BONNITCHA, *Repenser les traités d'investissement : une feuille de route — Résumé exécutif*, IISD, mai 2024, p. 4.

directement des obligations aux investisseurs pour s'assurer que leurs investissements sont compatibles avec le développement durable²⁸¹. La réciprocité par équivalence des droits et obligations des parties est le fondement théorique de ce rééquilibrage²⁸². Les traités devraient établir clairement que les investisseurs doivent se conformer aux lois nationales environnementales²⁸³. Quatre directions concrètes peuvent guider cette évolution : la révision et résiliation des TBI obsolètes, la clarification des dispositions environnementales, l'alignement du droit interne et international, et la promotion de l'investissement durable dans le cadre des engagements environnementaux internationaux²⁸⁴. L'intégration des principes du droit interne de l'environnement dans les TBI, tels que l'évaluation d'impact environnemental, le principe de précaution et le principe pollueur-payeur, constitue une piste concrète pour opérationnaliser ces obligations²⁸⁵. Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, adoptés en 2011, offrent un cadre de référence solide pour ces obligations. Leur pilier central impose aux entreprises d'exercer une diligence raisonnable pour identifier et prévenir les impacts négatifs de leurs activités. Le lien entre environnement et droits humains est ici fondamental : porter atteinte à l'environnement d'un lieu dont des populations humaines dépendent directement constitue une violation des droits humains. La pollution industrielle, la déforestation, la destruction des zones humides ne sont pas seulement des dommages écologiques abstraits, elles portent atteinte concrètement au droit à la vie, à la santé, à l'eau et aux droits culturels des peuples autochtones²⁸⁶. En passant par les droits humains, ces Principes ouvrent une voie juridique pour imposer des obligations environnementales aux investisseurs sans nécessiter de clause environnementale explicite dans les TBI. Les dispositions sur la diligence raisonnable constituent le cœur opérationnel de cette approche : l'investisseur doit évaluer les risques environnementaux avant d'investir et modifier son projet pour éviter les impacts négatifs²⁸⁷. Les dispositions sur les clauses de stabilisation sont particulièrement importantes pour notre sujet : les États doivent

²⁸¹ M. CHI, *op. cit.*, p. 28.

²⁸² G.C. MEKPO, *op. cit.*

²⁸³ J. OSTRANSKY et J. BONNITCHA, *op. cit.*, pp. 4-5.

²⁸⁴ T.D. HOANG, « Reassessing environmental protection in international investment agreements : The case of Vietnam », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2024.

²⁸⁵ T.D. HOANG, *op. cit.*

²⁸⁶ Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, adoptés par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, résolution 17/4, 16 juin 2011, Principes 17-21.

²⁸⁷ Principes directeurs des Nations Unies, *op. cit.*, Principes 17-21.

s'assurer que les contrats signés avec les investisseurs étrangers ne gèlent pas leurs lois environnementales futures²⁸⁸.

La deuxième voie de rééquilibrage est le développement des *counterclaims* environnementales, c'est-à-dire transformer la défense en attaque. Les affaires *Burlington c. Équateur* et *Perenco c. Équateur* ont démontré que les *counterclaims* environnementales sont juridiquement recevables et peuvent aboutir à des condamnations des investisseurs²⁸⁹. L'affaire *David Aven c. Costa Rica* a confirmé que les investisseurs ne peuvent pas s'exonérer des règles environnementales sous prétexte qu'ils sont protégés par un traité d'investissement et qu'ils ne peuvent pas réclamer réparation si leur propre négligence a causé un désastre écologique²⁹⁰. L'affaire *Urbaser c. Argentine* a affirmé que les entreprises internationales ont une obligation de conformité vis-à-vis des droits de l'homme et n'opèrent pas dans un vide juridique même si la *counterclaim* a été rejetée sur les faits, la recevabilité de principe a été reconnue²⁹¹. L'affaire *Al Tamimi c. Oman* illustre enfin que les dispositions environnementales d'un TBI peuvent contribuer à une sentence favorable à l'État, preuve de concept que des TBI bien rédigés peuvent effectivement protéger la marge réglementaire environnementale²⁹². Ces outils offensifs doivent être systématisés dans les nouveaux traités par des clauses expresses prévoyant le consentement à la juridiction pour les *counterclaims* et imposant des obligations environnementales directes aux investisseurs.

La troisième voie est l'articulation explicite entre TBI et accords environnementaux internationaux. L'asymétrie entre TBI contraignants et Accord de Paris non contentieux est l'une des causes profondes du déséquilibre²⁹³. Les États prenant les mesures réglementaires nécessaires pour respecter leurs engagements au titre de l'Accord de Paris risquent de violer leurs obligations issues des TBI et les conséquences peuvent être considérables, puisqu'en 2021 la valeur des investissements fossiles protégés par le seul TCE s'élevait à 344,6 milliards d'euros²⁹⁴. Les

²⁸⁸ Principes directeurs des Nations Unies, *op. cit.*, Principe 9.

²⁸⁹ *Burlington Resources Oil & Gas Company c. République de l'Équateur*, CIRDI, n° ARB/08/5, sentence du 7 décembre 2017 ; *Perenco Ecuador Ltd. c. République de l'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, CIRDI, n° ARB/08/6.

²⁹⁰ *David R. Aven et autres c. République du Costa Rica*, CIRDI, n° UNCT/15/3, sentence du 18 septembre 2018.

²⁹¹ *Urbaser S.A. c. République argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §§ 1151 et 1165.

²⁹² *Al Tamimi c. Sultanat d'Oman*, CIRDI, n° ARB/11/33, sentence du 3 novembre 2015 ; T.D. HOANG, *op. cit.*

²⁹³ Accord de Paris, Art. 13.3 ; Y. BEN SAAD, « L'investissement et les changements climatiques », *Village de la Justice*, 10 septembre 2024.

²⁹⁴ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, Section IV.

nouveaux instruments doivent prévoir explicitement que les obligations climatiques internationales de l'État sont prises en compte dans l'interprétation du traité. L'élimination progressive des investissements dans les combustibles fossiles et la fin des subventions publiques qui les soutiennent devraient être des objectifs explicites des traités modernes²⁹⁵. Le TBI Japon-Zambie 2025 et le TBI Nouvelle-Zélande-EAU 2025 illustrent que cette évolution est possible, leurs clauses sur les standards environnementaux constituent des avancées normatives récentes dans ce sens²⁹⁶.

La quatrième voie est la protection sélective des investissements comme outil de transition énergétique. Si les États décident de continuer à accorder une protection par voie de traité, ils devraient le faire uniquement pour les investissements durables et limiter cette protection aux contraintes minimales sur le comportement opportuniste de l'État hôte²⁹⁷. Cette approche permettrait de résoudre le paradoxe identifié (Section 1) : les TBI ancienne génération protègent massivement les investissements fossiles tout en entravant les réglementations climatiques. Une protection conditionnelle à la durabilité de l'investissement permettrait de protéger les investissements verts tout en permettant aux États de réguler librement les investissements fossiles²⁹⁸. La transition énergétique rend cette réforme à la fois urgente et possible : la nécessité d'augmenter les investissements privés dans les énergies renouvelables pour atteindre les objectifs climatiques est l'un des enjeux les plus importants de l'intérêt public contemporain, et l'échelle sans précédent de l'action requise exacerbe la tension existante entre *right to regulate* et protection des investissements²⁹⁹.

Ces quatre voies de rééquilibrage forment ensemble les contours d'un système plus équilibré fondé sur l'équilibre des intérêts comme principe général de droit. La structure de base de ce système demeure le couple droit-obligation, les droits des investisseurs étant conditionnels au respect de leurs obligations environnementales, et les obligations des États étant encadrées par un test de

²⁹⁵ J. OSTRÁNSKÝ et J. BONNITCHA, *op. cit.*, pp. 5-6 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, §9.1.

²⁹⁶ TBI Japon-Zambie, signé en 2025, Art. 21 ; TBI Nouvelle-Zélande-Émirats arabes unis, signé en 2025, Art. 113 ; J. EL HAGE et L. REYES S., « The Interaction Between Environmental Protection and International Investment Law », *CMAF — Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris*, 2024.

²⁹⁷ J. OSTRÁNSKÝ et J. BONNITCHA, *op. cit.*, p. 4.

²⁹⁸ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, Section V ; M. CHI, *op. cit.*, Ch. 7.

²⁹⁹ B. BEYSULEN ANGIN, *op. cit.*, Section IV.

proportionnalité systématique. Ces composantes existent déjà dans la pratique arbitrale et conventionnelle contemporaine. Ce qui manque, c'est leur systématisation et leur coordination dans un cadre cohérent.

CONCLUSION

Le droit international des investissements se trouve aujourd'hui à un carrefour. D'un côté, un système de protection des investissements conçu dans un autre contexte, celui des années 1990, où la priorité était d'attirer les capitaux étrangers dans les pays en développement, et où les impératifs environnementaux n'occupaient pas encore la place centrale qu'ils ont aujourd'hui. De l'autre, une urgence climatique qui impose aux États des transformations réglementaires profondes et rapides : la transition énergétique, portée notamment par l'abandon progressif des énergies fossiles et le renforcement de la réglementation des émissions de carbone, qui se heurte précisément aux protections conventionnelles accordées aux investisseurs. Ce mémoire a cherché à cartographier cette tension et à identifier les voies d'un rééquilibrage possible.

Le premier constat qui s'impose est celui d'une tension structurelle, non d'un dysfonctionnement accidentel. Les TBI n'ont pas été conçus pour intégrer les impératifs environnementaux mais pour protéger les investisseurs et les inciter à investir. Ce faisant, ils ont créé un système dans lequel les États qui adoptent des réglementations environnementales ambitieuses s'exposent à des condamnations arbitrales potentiellement considérables. Le gel réglementaire qui en résulte n'est pas une anomalie, c'est la conséquence logique d'une architecture conventionnelle qui n'a pas anticipé les défis contemporains.

Le deuxième constat est celui d'une réponse jurisprudentielle et normative réelle mais insuffisante. Les tribunaux arbitraux ont progressivement développé des outils permettant aux États de défendre leurs mesures environnementales, et les TBI de nouvelle génération ont cherché à codifier ces avancées. Mais ces évolutions restent fragiles et non systématiques, elles dépendent du tribunal saisi, du traité applicable et des circonstances de chaque affaire. Le stock considérable de TBI ancienne génération continue par ailleurs de peser sur la marge réglementaire des États, sans que les réformes actuelles ne parviennent à résoudre ce problème structurel.

Le troisième constat est celui d'une réforme nécessaire mais mal orientée. Les grandes initiatives de réforme en cours partagent un défaut commun : elles s'attaquent aux symptômes procéduraux sans traiter les causes profondes du déséquilibre. Trois causes profondes ont été identifiées tout au long de ce mémoire : l'incapacité à comprendre et utiliser l'intérêt public dans le raisonnement

arbitral, l'absence de critères universels d'évaluation des mesures réglementaires, et le manque de certitude juridique et de prévisibilité du système. Ces réformes risquent par ailleurs de créer un déséquilibre inverse : en cherchant à protéger à tout prix la marge réglementaire des États, certaines tendances normatives risquent de décourager précisément les investissements verts dont la transition énergétique a besoin.

Car c'est là le paradoxe fondamental de notre époque : jamais la nécessité d'investissements privés massifs dans les énergies renouvelables n'a été aussi urgente et jamais le cadre juridique censé attirer ces investissements n'a été aussi inadapté à les orienter vers les bons secteurs. Les secteurs stratégiques de la transition énergétique captent une part croissante des investissements internationaux puisqu'ils ont même attiré 44% de la valeur totale des investissements greenfield dans l'industrie verte en 2025, contre seulement 16% en 2020. Cette tendance doit néanmoins encore s'amplifier considérablement pour atteindre les objectifs climatiques. La tension entre *right to regulate* et protection des investissements va s'intensifier à mesure que les États accélèrent leur transition énergétique, donnant lieu à un nombre croissant de litiges aux implications larges sur l'intérêt public. Ce que ce mémoire a voulu montrer, c'est que cette tension n'est pas une fatalité, c'est un problème juridique qui appelle des solutions juridiques.

Ce rééquilibrage n'est pas une utopie : ses composantes existent déjà dans la pratique arbitrale et conventionnelle contemporaine. La jurisprudence récente a montré que les *counterclaims* environnementales sont juridiquement recevables. Les TBI de nouvelle génération illustrent que des clauses bien rédigées peuvent effectivement protéger la marge réglementaire des États. Le contentieux climatique national ouvre la voie à une intégration des obligations climatiques dans le raisonnement arbitral. Ce qui manque, c'est la systématisation et la coordination de ces avancées dans un cadre cohérent.

Et c'est précisément là que réside l'opportunité historique de ce moment. Le droit international des investissements est un droit jeune et c'est sa force. Il a démontré une capacité remarquable à évoluer rapidement face aux nouveaux défis. En moins de trente ans, il a intégré des principes aussi fondamentaux que la protection des attentes légitimes, le *right to regulate* et les *counterclaims* environnementales, des notions qui n'existaient pas dans les premiers TBI. La question n'est donc pas de savoir si ce droit va évoluer : il va évoluer, parce qu'il le doit. L'enjeu est désormais de savoir

dans quelle direction et à quelle vitesse. L'histoire du droit international montre que les grandes crises sont souvent les moteurs des transformations juridiques les plus profondes. La crise climatique en est une et elle appelle une transformation à la hauteur de son ampleur. Le droit international des investissements a la capacité d'être non plus un obstacle à cette transformation mais l'un de ses vecteurs les plus puissants en orientant les capitaux privés vers la transition énergétique et en garantissant aux États la marge réglementaire nécessaire pour y parvenir. Ce n'est pas seulement une nécessité juridique. C'est une nécessité pour l'avenir.

BIBLIOGRAPHIE

I. RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

A. Ouvrages

- BRAUN T., *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection in International Investment Law*, Nomos/facultas/Dike, 2022.
- CHI M., *Integrating Sustainable Development in International Investment Law*, Routledge, 2018.
- DE NANTEUIL A., *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2e éd., 2017.
- DOLZER R. et SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2e éd., 2012.
- DUMBERRY P., *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause in Investment Treaty Arbitration*, Kluwer Law International, 2024.
- HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration : Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge University Press, 2015.
- LEVASHOVA Y., *The Right of States to Regulate in International Investment Law : The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, 2022.
- MEKPO G.C., *L'équilibre des intérêts en droit international des investissements : principe général de droit applicable aux rapports entre investissement et environnement*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2022.
- PALOMBINO F.M., *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press/Springer, 2018.
- SORNARAJAH M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015.

B. Contributions à des ouvrages collectifs

- DE NANTEUIL A., « La promotion des investissements éthiques par les accords bilatéraux et multilatéraux », in MAUREL R. (dir.), *Le droit international des investissements au*

prisme de l'éthique, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 58, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2021.

- JEVREMOVIĆ N. et KAZEEM I., « Climate Change-Related Investment Disputes : A Catalyst for Public Participation in International Investment Law ? », in BEAUMONT B., BRODLIJA F., ASHDOWN R. et TERRIEN A. (dir.), *The Future of Investor-State Dispute Settlement : Reforming Law, Practice and Perspectives for a Fast-Changing World*, Kluwer Law International, 2022, pp. 261-283.
- LAHLOU Y. et WILLARD R., « The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration », in *The Guide to Mining Arbitrations*, Global Arbitration Review, Law Business Research Ltd, Londres, 2e éd., 2021.
- TIENHAARA K., « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration : A View from Political Science », in BROWN C. et MILES K. (dir.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.

C. Articles de doctrine

- AGBODJAN PRINCE H. et ABDOUL AZIZ AMADOU Z., « Repenser le droit international des investissements à l'aune de la décroissance : entre contraintes structurelles et perspectives de réforme », *Lex Electronica*, Vol. 31, n° 3, 2026.
- ALSCHNER W., ELSIG M. et POLANCO R., « Introducing the Electronic Database of Investment Treaties (EDIT) : The Genesis of a New Database and Its Use », *World Trade Review*, Vol. 20, n° 1, 2021, pp. 73-94.
- BALDON C. et CRAVEIA R., « Aperçu des récents arbitrages relatifs aux combustibles fossiles dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie », *Investment Treaty News*, IISD, 27 janvier 2025.
- BEN SAAD Y., « L'investissement et les changements climatiques », *Village de la Justice*, 10 septembre 2024.
- BEYSULEN ANGIN B., « The Right to Regulate vs Investment Protection : Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 40, n° 1, 2025, pp. 11-41.
- BILANOVA A., « Environmental Counterclaims in Investment Arbitration », *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 5, n° 1, 2020, pp. 400-411.

- BRENNINKMEIJER M. et GÉLINAS F., « Counterclaims in Investment Arbitration : Towards an Integrated Approach », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 38, n° 3, automne 2023, pp. 567-594.
- BRUCE S., « The Rule of Law, Investment Arbitration and the Environment », Working Paper 02/2021, SSRN n° 3880996, mars 2021.
- EASTWOOD S., « Investment Arbitration and Environmental Protection : Irreconcilable Interests or Mutual Adaptation ? », *Yale Journal of International Law*, Vol. 49, 2024, pp. 186-210.
- EL HAGE J. et REYES S.L., « The Interaction Between Environmental Protection and International Investment Law », *CMAP — Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris*, 2024.
- GLEASON T. et TITI C., « The Right to Regulate », *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2022/2*, 20 octobre 2022.
- GORDON K. et POHL J., « Environmental Concerns in International Investment Agreements : A Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2011/01, OCDE, 2011.
- HEATH J.B., « Eco Oro et le crépuscule de l'exceptionnalisme politique », *Investment Treaty News*, IISD, 20 décembre 2021.
- HOANG T.D., « Reassessing environmental protection in international investment agreements : The case of Vietnam », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2024.
- JANEBA E., « Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements », *CESifo Working Paper*, n° 6188, Center for Economic Studies and ifo Institute, Munich, novembre 2016.
- KORZUN V., « The Right to Regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 50, 2017.
- MARTINI C., « From Fact to Applicable Law : What Role for the International Climate Change Regime in Investor-State Arbitration ? », *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 37, 2024.
- OSTŘANSKÝ J. et BONNITCHA J., *Repenser les traités d'investissement : une feuille de route — Résumé exécutif*, IISD, mai 2024.

- PÁEZ-SALGADO D., « A Battle on Two Fronts : Vattenfall v. Federal Republic of Germany », *Kluwer Arbitration Blog*, 18 février 2021.
- SCHAUGG L., « Que signifie l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le changement climatique pour le droit international des investissements ? », *Investment Treaty News*, IISD, mars 2026.
- SCHERER M., BRUCE S. et RESCHKE J., « Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, Vol. 36, n° 2, printemps 2021, pp. 413-440.
- SCHRAM A., FRIEL S., VANDUZER J.A., RUCKERT A. et LABONTÉ R., « Internalisation of International Investment Agreements in Public Policymaking : Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill », *Global Policy*, Vol. 9, n° 2, 2018.
- WAELDE T. et KOLO A., « Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, n° 4, octobre 2001.

II. RÉFÉRENCES JURISPRUDENTIELLES

A. Sentences arbitrales CIRDI

- *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, CIRDI, n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006.
- *Al Tamimi c. Sultanat d'Oman*, CIRDI, n° ARB/11/33, sentence du 3 novembre 2015.
- *Ascent Resources PLC et Ascent Slovenia Ltd c. République de Slovénie*, CIRDI, n° ARB/22/21, en cours.
- *Burlington Resources Oil & Gas Company c. République de l'Équateur*, CIRDI, n° ARB/08/5, décision sur les counterclaims du 7 février 2017.
- *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000.
- *David R. Aven et autres c. République du Costa Rica*, CIRDI, n° UNCT/15/3, sentence du 18 septembre 2018.

- *EBL Genossenschaft Elektra Baselland et Tubo Sol PE2 S.L. c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, n° ARB/18/42, sentence du 11 janvier 2024.
- *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, CIRDI, n° ARB/16/41, décision sur le fond du 9 septembre 2021.
- *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, n° ARB/13/36, sentence du 4 mai 2017, annulée le 11 juin 2020, nouvelle sentence du 16 octobre 2025.
- *ExxonMobil Petroleum & Chemical BV c. Royaume des Pays-Bas*, CIRDI, n° ARB/24/44, en cours.
- *Karkey Karadeniz Elektrik Üretim A.S. c. République islamique du Pakistan*, CIRDI, n° ARB/13/1, sentence du 22 août 2017.
- *Magyar Farming Company Ltd et Kelet-Magyarországi Mezőgazdasági Zrt c. Hongrie*, CIRDI, n° ARB/17/27, sentence du 13 novembre 2019.
- *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.
- *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Équateur*, CIRDI, n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012.
- *Pac Rim Cayman LLC c. République d'El Salvador*, CIRDI, n° ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016.
- *Perenco Ecuador Limited c. République de l'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, CIRDI, n° ARB/08/6, décision intérimaire sur la counterclaim environnementale du 11 août 2015 ; sentence finale du 27 septembre 2019.
- *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA et Abal Hermanos SA c. République orientale de l'Uruguay*, CIRDI, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016.
- *Rusoro Mining Limited c. République bolivarienne du Venezuela*, CIRDI, n° ARB(AF)/12/5, sentence du 22 août 2016.
- *RWE AG c. Royaume des Pays-Bas*, CIRDI, n° ARB/21/4, initié le 2 février 2021.
- *Salini Costruttori SpA c. Royaume du Maroc*, CIRDI, n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001.
- *SolEs Badajoz GmbH c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, n° ARB/15/38, sentence du 31 juillet 2019, annulée le 16 mars 2022.

- *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003.
- *Uniper SE et autres c. Royaume des Pays-Bas*, CIRDI, n° ARB/21/22, en cours.
- *Urbaser S.A. c. République argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016.
- *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. République fédérale d'Allemagne*, CIRDI, n° ARB/09/6, règlement du 11 mars 2011.
- *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, CIRDI, n° ARB/12/12, règlement amiable de 2021.

B. Sentences arbitrales hors CIRDI (CNUDCI, ALENA, CPA, SCC, LCIA)

- *Charanne B.V. et Construction Investments S.A.R.L. c. Royaume d'Espagne*, SCC, n° 062/2012, sentence du 21 janvier 2016.
- *Chemtura Corporation c. Canada*, CNUDCI, sentence du 2 août 2010.
- *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation c. République de l'Équateur*, CPA (règles d'arbitrage CNUDCI), n° 2009-23, sentence du 30 août 2018.
- *EnCana Corporation c. République de l'Équateur*, LCIA, n° UN3481, règlement d'arbitrage CNUDCI (1976), sentence du 3 février 2006.
- *Ethyl Corporation c. Canada*, ALENA-CNUDCI, décision sur la compétence du 24 juin 1998.
- *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 8 juin 2009.
- *International Thunderbird Gaming Corporation c. États-Unis du Mexique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 26 janvier 2006.
- *GreenX Metals Limited (anciennement Prairie Mining Limited) c. République de Pologne*, CPA, n° 2021-06, règlement d'arbitrage CNUDCI (2013), sentence du 8 octobre 2024.
- *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, ALENA-CNUDCI, sentence du 3 août 2005.
- *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, décision sur la compétence sur la counterclaim du 7 mai 2004.
- *Windstream Energy LLC c. Gouvernement du Canada*, CPA, n° 2013-22, sentence du 27 septembre 2016.

C. Jurisprudence nationale et internationale

- CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, avis consultatif du 23 juillet 2025, Résumé 2025/4.
- *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, Cour suprême des États-Unis, 26 juin 1978, 438 U.S. 104.
- *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, Cour suprême des États-Unis, 11 décembre 1922, 260 U.S. 393.
- *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, Cour suprême de Colombie-Britannique, 2001 BCSC 664, décision du 2 mai 2001 ; motifs complémentaires : 2001 BCSC 1529.
- *Urgenda Foundation c. État des Pays-Bas*, Cour suprême des Pays-Bas, n° 19/00135, arrêt du 20 décembre 2019.

III. RÉFÉRENCES TEXTUELLES

A. Traités et conventions internationales

- Accord de Paris, Paris, 12 décembre 2015, entré en vigueur le 4 novembre 2016, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 3156.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention de Washington), Washington, 18 mars 1965, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 575, p. 159.
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, New York, 9 mai 1992, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1771, p.107.
- Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Kyoto, 11 décembre 1997, entré en vigueur le 16 février 2005, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2303, p. 148.

B. Traités bilatéraux d'investissement et accords d'investissement

- *Accord de promotion et de protection des investissements entre le Brésil et l'Inde*, signé le 25 novembre 2020.
- *Accord d'investissement entre l'Australie et Hong Kong*, signé le 26 mars 2019.

- *Accord de partenariat économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (CETA)*, signé le 30 octobre 2016, entré en vigueur provisoirement le 21 septembre 2017.
- *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (CPTPP)*, signé le 8 mars 2018, entré en vigueur le 30 décembre 2018.
- *Accord global d'investissement de l'ASEAN (ACIA)*, signé le 26 février 2009, entré en vigueur le 29 mars 2012.
- *Modèle de TBI de la Colombie*, 2008.
- *Modèle de TBI des États-Unis*, 2012.
- *Modèle de TBI de la SADC*, 2012.
- *Traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et les Émirats arabes unis*, signé le 16 avril 2018.
- *Traité bilatéral d'investissement entre l'Australie et l'Uruguay*, signé en avril 2019.
- *Traité bilatéral d'investissement entre le Bénin et le Canada*, signé en 2013.
- *Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et le Pérou*, signé le 14 novembre 2006.
- *Traité bilatéral d'investissement entre la Colombie et la France*, signé en 2014.
- *Traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Uruguay*, signé le 4 novembre 2005, entré en vigueur le 1er novembre 2006.
- *Traité bilatéral d'investissement entre le Japon et la Zambie*, signé en 2025.
- *Traité bilatéral d'investissement entre la Nouvelle-Zélande et les Émirats arabes unis*, signé en 2025.
- *Traité bilatéral d'investissement entre la République slovaque et l'Iran*, signé le 19 janvier 2016.
- *Traité bilatéral d'investissement entre la Turquie et l'Uruguay*, signé en 2022.

C. Rapports et documents d'organisations internationales

- Assemblée générale des Nations Unies, communiqué de presse AG/12760, 80e session, 82e et 83e séances, 20 mai 2026.
- CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, Nations Unies, Genève, 2015.
- CNUCED, *Rapport sur le développement économique en Afrique*, 2024.

- CNUCED, *World Investment Report 2015 : Reforming International Investment Governance*, Nations Unies, New York et Genève, 2015.
- CNUCED, *World Investment Report 2026 : International Investment in a Turbulent Era*, Nations Unies, Genève, 2026.
- Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 14 juin 1992, Principe 10.
- Electronic Database of Investment Treaties (EDIT), World Trade Institute (Université de Berne), Université d'Ottawa et Swiss National Science Institute, en coopération avec la Banque mondiale, edit.wti.org.
- OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, n° 2004/03, 2004.
- OCDE, *'Fair' and 'Equitable' Treatment Provisions in Investment Treaties : A Large-Sample Survey of Treaty Provisions*, OECD Secretariat Research Note, DAF/INV/TR2/WD (2023)1/REV1, 12 avril 2023.
- OCDE, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct : A Fact Finding Survey*, 2014.
- OCDE, « The Future of Investment Treaties », *OECD.org*, 27 juin 2024.
- Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Conseil des droits de l'homme de l'ONU, résolution 17/4, 16 juin 2011.