

L'ARBITRAGE ET LE DROIT EUROPÉEN DE L'ENVIRONNEMENT

par

Patrick THIEFFRY

*Avocat aux Barreaux de Paris et de New York
Docteur en droit*

RÉSUMÉ

Les relations de l'arbitrage avec le droit européen de l'environnement, y compris dans ses aspects sanitaires et climatiques, ne retiennent pas particulièrement l'attention de la doctrine bien qu'elles contribuent au manque d'« acceptabilité sociale » de l'arbitrage aux yeux des institutions de l'Union. Pourtant, la pratique arbitrale s'en est bien emparée, à des degrés divers et selon des logiques différentes, tant en matière d'investissements que de relations commerciales. Ainsi, le système de règlement des différends d'investissement tient compte de manière aussi manifeste que diversifiée des considérations environnementales, et notamment des normes européennes de protection. Quant à l'arbitrage commercial, son aptitude à trancher des litiges liés à l'environnement soulève encore moins d'hésitations, au point qu'on envisage désormais qu'il puisse servir de for à la justice climatique.

SUMMARY

The relationships between arbitration and European Environmental Law, including its health and climate aspects, have not been much considered by academic research although they are a factor in arbitration's lack of "social acceptability" in the views of the EU's institutions. Yet, arbitral practice apprehends it, to diverse extents and with different logics, in investment as well as in commercial matters. Thus, the investor-state dispute settlement system takes account of environmental considerations, including European protection standards, in a manifest and diversified manner. As to commercial arbitration, its capability to resolve environment-related disputes is even less doubtful, to the point where discussions now arise as to its possible use as a forum for climate justice.

INTRODUCTION

1. La prise en compte de considérations liées à l'*environnement* par les juridictions arbitrales est observée par la doctrine, peut-être parce que des sentences arbitrales s'y essayant ont pu être relevées, principalement dans le domaine de la protection des investissements directs étrangers (1), mais aussi dans celui, moins transparent, des différends dits « commerciaux » (2). Les rares auteurs qui appréhendent ces deux domaines conjointement soulignent qu'ils présentent des caractéristiques communes (3). D'ailleurs, le règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement adopté

(1) W. Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, n° 4, oct. 2008, doct. 10 ; C. Titi, « Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *JDI*, n° 1, janv. 2015, doct. 3 ; J. E. Viñuales, *Foreign investment and the environment in international law: The current state of play*, C-EENRG Working Papers, 2016-1. pp. 1-42 (Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge) ; Ch. L. Beharry et M. E. Kuritzky, *Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration*, American University International Law Review, Vol. 30, 2015, Issue 3, Article 2, p. 383 ; S. Lemaire, « Arbitrage d'investissement et Union européenne », *Rev. arb.*, 2016.1029 ; M. M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, L. Dubin, P. Bodeau-Livinec, J.-L. Iten et V. Tomkiewicz (dir.), Pedone 2017, p. 295 ; E. Wisniewski, « A Changing Climate: The Future of 'Legitimate Expectations' in Energy Investment Disputes », *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2018, Issue 4, p. 69 ; S. Grosbon, « Investissements et changements climatiques : le chapitre 8 de l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) face aux impératifs de transition énergétique », *JDI*, n° 2, avr. 2019, doct. 5 ; S. Lemaire, « Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Rev. arb.*, 2019.555 ; M. Laazouzi, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, IV. Protection de l'environnement », *Rev. arb.*, 2019.609.

(2) Th. Clay, « Arbitrage et environnement », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2003, p. 10 ; E. Jolivet, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage CCI », *Gaz. Pal.*, 4 déc. 2004, p. 54 ; V. Thieffry, « La convention d'arbitrage, convention d'aménagement du contentieux environnemental interne et international », in *Les conventions d'aménagement du risque environnemental*, BDEI, supplément au n° 10, juil. 2007, p. 25 ; E. Jolivet et L. Marquis, « Arbitrage commercial international et litiges environnementaux : illustrations dans des affaires récentes », *Cah. arb.*, 2011-1, p. 91.

(3) E. Loquin, « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Frison-Roche, 2013, p. 299 ; O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », *Energie-Environnement-Infrastructures*, n° 4 – avril 2019, p. 1.

par la Cour permanente d'arbitrage en 2001 (4) s'applique à eux indistinctement (5). Et un récent rapport sur les litiges liés au changement climatique et à ses incidences environnementales montre que le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale permet de régler les uns et les autres avec la souplesse requise (6).

2. En revanche, l'application du *droit de l'environnement* par les arbitres est moins étudiée, et les exemples connus sont sensiblement plus rares, on le verra ci-dessous. D'ailleurs, de manière très excessive, le Rapport d'une mission de recherche sur le procès environnemental diligentée par le CNRS (7) se limite à mentionner brièvement l'arbitrage parmi des « techniques » de règlement des différends qui « *plaident au contraire en faveur du soutien du procès environnemental tant l'application du droit de l'environnement n'en ressort pas nécessairement gagnante* » (8). Il est vrai que ce rapport se focalise sur la protection des investisseurs (9) — certes traditionnellement exclusive, mais dont on verra qu'elle est quelque peu désuète (10) —, pour conclure que « *le droit substantiel [...] doit être réformé pour une meilleure prise en compte des intérêts environnementaux dans le cadre de ce contentieux* » (11).

(4) <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2015/11/R%C3%A8glement-facultatif-de-la-CPA-pour-larbitrage-des-diff%C3%A9rends-relatifs-aux-ressources-naturelles-et-ou-%C3%A0-lenvironnement.pdf>, consulté le 11 octobre 2019. On note pourtant que ce règlement est « peu utilisé dans la pratique » bien qu'il soit souvent présenté comme particulièrement adapté en particulier en raison de certaines dispositions relatives aux délais et à la confidentialité (O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pt 6).

(5) O. Boskovic, L'arbitrage international en matière environnementale, préc., pt 3.

(6) ICC, « *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR* », rapport de la Task Force d'ICC sur l'arbitrage des litiges liés au changement climatique : www.iccwbo.org/climate-change-disputes-report, consulté le 5 décembre 2019.

(7) E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, Rapport final de recherche : Le procès environnemental - Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement, <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2019/05/Couverture-LE-PROCE%CC%80S-ENVIRONNEMENTAL.jpg>, consulté le 12 octobre 2019.

(8) E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, Rapport préc., p. 24.

(9) E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, Rapport préc., p. 122.

(10) *V. infra*.

(11) E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, Rapport préc., p. 123.

3. Quant aux relations de l'arbitrage avec le *droit européen*, on sait le caractère tumultueux qu'elles ont eu au cours des dernières années. L'arrêt *Achmea* de la Cour de justice (12) a porté un coup d'arrêt au système de règlement des différends en matière d'investissements directs étrangers — « *l'avis de décès de l'arbitrage d'investissement* » (13) —, au moins dans le cadre des traités bilatéraux de protection des investissements (« TBI ») intra-européens. Ses résonances ne sont d'ailleurs pas encore tout à fait apaisées dans le cadre d'accords de protection des investissements régionaux (principalement le traité sur la Charte de l'énergie (14)), multilatéraux (essentiellement le système de règlement des différends de la Convention « CIRDI » (15)), ni

(12) CJUE (grde chbre), 6 mars 2018, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, pt. 32. En doctrine, par ex., J.-P. Jacqué, « CJUE – CEDH : 2 – 0 », RTD eur., octobre-décembre 2014, p. 823 ; D. Simon, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? — À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* », *Europe*, n° 5, mai 2018, étude 3 ; V. Thieffry, « L'arrêt *Achmea* : une étape supplémentaire dans la construction d'un ensemble de mécanismes de résolution des litiges internationaux ? Une analyse à la lumière du droit français de l'arbitrage », *RDAI/IBLJ*, n° 3, 2018.

(13) Selon l'expression de S. Lemaire, « Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », art. cit., p. 556.

(14) Décision n° 98/181 du 23 septembre 1997, concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la Charte de l'énergie et du protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, *JOCE*, L 69 du 9 mars 1998. Signé en décembre 1994, il regroupe 49 Etats, parmi lesquels tous ceux de l'ancienne Union soviétique, les pays d'Europe centrale et orientale, le Japon, l'Australie, les Communautés européennes et leurs Etats membres. Il a été conclu afin de faciliter la relance économique des pays de l'ancien bloc communiste et d'améliorer la sécurité énergétique des pays d'Europe occidentale. Le sort des arbitrages fondés sur ce traité ensuite de l'arrêt *Achmea* n'est pas définitivement tranché, même si la Commission a souligné la pertinence de ce dernier dans ce cadre aussi (v. S. Lemaire, « Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », art. cit., p. 558). Pour certains, il ne devrait pas être affecté (D. Simon, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? », art. cit., n° 20).

(15) Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Les conséquences de l'arrêt *Achmea* pour les arbitrages CIRDI intra-UE ne sont pas non plus définitivement connues. On attendait des lumières à cet égard de l'affaire *Micula* (v. S. Lemaire, art. cit., *Rev. arb.*, 2019.555, p. 560), mais le Tribunal qui en était saisi a contourné la difficulté en se plaçant sur le terrain de la compétence *ratione temporis* en considération de la date d'adhésion de la Roumanie (Trib. UE, 18 juin 2019, aff. T-634/15, T-694/15 et T-704/15, ECLI:EU:T:2019:423; v. Commentaire L. Idot, *Europe*, n° 8-9, août 2019, comm. 334, qui souligne que, pourtant, dès avant que son adhésion n'entre en vigueur, et en particulier au moment de l'octroi de l'aide, la Roumanie était tenue par son accord d'adhésion d'aligner sa législation sur l'acquis communautaire, de telle sorte qu'il y a bien eu en l'espèce retrait d'une aide incompatible et que l'avantage résulte plutôt de la sentence arbitrale).

même bilatéraux entre des Etats membres et des pays tiers, dont le nombre est estimé à environ 1 400 (16). Saisie à titre préjudiciel dans le contexte nouveau du transfert à l'Union de la compétence en matière de négociation des accords de protection des investissements (article 207 FUE) (17), la Cour de justice s'est appuyée sur sa doctrine en faveur de la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union au moyen du système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit européen (18). Or, le tribunal arbitral pouvait être amené à l'interpréter, voire à l'appliquer, tout en n'étant pas une « *jurisdiction "d'un des Etats membres"*, au sens de l'article 267 TFUE » habilitée à la saisir d'un recours en interprétation préjudicielle (19). La sentence à intervenir ne serait pas plus soumise au contrôle d'une juridiction étatique pouvant la saisir à titre préjudiciel car la *lex arbitrii* en vigueur au lieu de l'arbitrage ne prévoyait qu'un contrôle limité portant, notamment, sur la validité de la convention d'arbitrage ou sur le respect de l'ordre public (20). Le caractère sensible de cette problématique a été attisé par la sentence *Micula c/ Roumanie* qui avait condamné l'Etat membre (21) à indemniser un investisseur des conséquences de la suppression d'un régime d'aides d'Etat devenu incompatible avec le marché intérieur et à l'exécution de laquelle s'opposait la Commission au motif

(16) C. Titi, art. cit.

(17) C. Titi, art. cit.

(18) CJUE (grde chbre), 6 mars 2018, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, aff. C-284/16, préc., pt. 37 ; v. parmi de très nombreux commentaires : J. Cazala, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-Etat contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE, A propos de l'arrêt *Slowakische Republik c/ Achmea BV du 6 mars 2018* », *RTD eur.*, 2018.587.

(19) CJUE (grde chbre), 6 mars 2018, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, aff. C-284/16, préc., pts. 39 à 46.

(20) Ainsi, pour la Cour de justice, le TBI en cause a instauré un mécanisme de résolution de litiges opposant un investisseur à un Etat membre « *susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit* », ce qui « *porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union* » : CJUE (grde chbre), 6 mars 2018, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, aff. C-284/16, préc., pts. 57 à 59.

(21) En son dernier état procédural devant le CIRDI, la sentence rendue au fond dans cette affaire le 11 décembre 2013 ayant été contestée devant un comité *ad hoc*, ce recours a été rejeté par décision du 26 février 2016 (*Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20).

qu'elle contournerait en pratique l'interdiction du régime d'aides (22). Objectant ainsi au système courant de règlement des différends des investissements, l'Union européenne a lancé un projet de création d'un « *tribunal multilatéral des investissements* » et d'un mécanisme d'appel connexe dont l'Accord économique et commercial global (AECG) avec le Canada (23), plus connu sous son acronyme anglais de « *CETA* », contient la première manifestation (24), quoiqu'encore virtuelle (25).

4. Les relations de l'arbitrage avec le *droit européen de l'environnement* (26), qui seront plus précisément explorées dans ces lignes, ne retiennent pas particulièrement l'attention de la doctrine alors pourtant qu'elles alimentent en partie les réticences à l'origine de l'hostilité des institutions de l'Union. L'arbitre, au même titre qu'une juridiction étatique, tranche normalement les

(22) Décision 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'Etat SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie, *JOUE*, L 232 du 4 septembre 2015. Cette décision a entretemps été annulée au motif de l'incompétence de la Commission sur l'aide considérée comme ayant été accordée avant l'entrée en vigueur de l'adhésion de la Roumanie à l'Union : Trib. UE, 18 juin 2019, *European Foods SA e.a. c/ Commission*, aff. T-624/15, T-694/15 et T-704/15, précité. Un pourvoi est pendant devant la Cour de justice (aff. C-638/19 P).

(23) Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, *JOUE*, L 11 du 14 janvier 2017. A ce sujet, v. S. Grosbon, art. cit.

(24) Le *Comprehensive Economic and Trade Agreement* ou « *CETA* » prévoit en effet que « [l]es Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements ». Dès la création d'un tel mécanisme multilatéral, le Comité mixte de l'AECG adoptera une décision établissant que les différends relatifs aux investissements, jusqu'alors soumis à un tribunal arbitral classique, seront tranchés dans le cadre de ce mécanisme multilatéral (*idem*, article 8.29). La Cour de justice a approuvé cette formule : v. CJUE (assemblée plénière), 30 avril 2019, avis n° 1/17, *Accord ECG UE-Canada*, ECLI:EU:C:2019:341. Pour une analyse, v. par ex., S. Lemaire, « Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », art. cit., pp. 565 et s.

(25) Entretemps, les différends sont soumis à un « Tribunal » de quinze membres dont cinq ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers, qui possèdent les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour la nomination à des fonctions judiciaires, ou sont des « *juristes possédant des compétences reconnues* » et ont « *fait la preuve de leurs connaissances spécialisées en droit international public* » (*idem*, article 8.27).

(26) Sur lequel v. not. P. Thieffry, *Traité de droit européen de l'environnement*, 3^e éd., Bruylant, 2015.

litiges dont il est saisi « en droit » (27), et le droit européen fait partie intégrante de l'ordre juridique des Etats membres (28). Qu'il s'agisse de la *lex contractus* ou d'une loi de police étrangère ayant vocation à appréhender la situation juridique en cause, les règles applicables au litige incluent naturellement celles du droit de l'environnement, à tout le moins celles qui sont d'ordre public, dont une grande majorité sont harmonisées au niveau européen. De plus, les actes réglementaires et administratifs pertinents, au moins ceux participant de l'intervention publique, doivent satisfaire au principe d'intégration des exigences de la protection de l'environnement dans les autres politiques et actions publiques, à l'instar de ce que prévoit l'article 11 FUE, ce qui peut également induire une prise en compte des normes environnementales.

5. Au demeurant, l'aptitude de l'arbitrage à s'emparer de situations juridiques transnationales concernant l'environnement se vérifie empiriquement (29), tout comme la possibilité d'y prendre en compte les principes du droit international de l'environnement (30). On évoque la possible application de « *principes de protection de l'environnement appartenant à un ordre public transnational* » (31) aussi bien que, plus simplement et plus sûrement, celle de ses règles (32). Dès lors, *mutatis mutandis*, tout conduit à admettre que les juridictions arbitrales appliquent le droit européen de l'environnement. La sentence

(27) Même dans les rares situations où les parties lui ont donné le pouvoir d'amiable composition, ce dont aucune application pertinente pour le droit européen de l'environnement n'a été identifiée, il n'en use que dans le respect du contrat et des règles d'ordre public.

(28) CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c/ Simmenthal*, aff. 106/77, Rec., p. 00629, ECLI:EU:C:1978:49, pt. 16.

(29) Les emblématiques affaires de la *Fonderie du Trail* et du *Lac Lanoux* sont généralement citées à titre de précédents notables, v. A. Kiss et J.-P. Beurrier, *Droit international de l'environnement*, Pedone, 3^e éd., 2004, n^{os} 216 à 226 ; Th. Clay, art. cit.

(30) Sentence finale CPA du 23 décembre 2013, *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, pt 111.

(31) E. Loquin, préc., à la page 302.

(32) E. Loquin, préc. L'auteur explique (p. 300) que les arbitres ne seraient que « *rarement directement confrontés au droit de l'environnement* » au motif que « *la compétence du tribunal arbitral ne peut être étendue aux litiges purement délictuels, en particulier à la réparation des dommages environnementaux ou à leur prévention* », omettant ainsi la possibilité pour l'auteur et la victime de tels dommages de convenir de soumettre à l'arbitrage leur différend après que celui-ci fût noué, au moyen d'un compromis dont c'est précisément la fonction. En ce sens, v. ICC, « *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR* », rapport préc.

rendue dans l'affaire dite du « *Rhin de fer* » (33) y fait des références significatives (34). En l'occurrence, à l'instigation des parties, le tribunal arbitral s'est interrogé « *sur la pertinence et le rôle déterminant des questions de droit communautaire sur sa propre décision* » même s'il a conclu qu'elles n'étaient « *pas significatives, ni concluentes pour le Tribunal* » et en particulier qu'il n'était pas nécessaire qu'il procède à leur interprétation (35), étant en mesure de se déterminer par application des règles du droit international et du droit interne (36).

6. Certes, dans la célèbre affaire du *Mox* (37), la Cour de justice a sanctionné un Etat membre pour avoir engagé une procédure de règlement des différends contre un autre Etat membre devant une autre juridiction, en l'occurrence arbitrale, dans le cadre de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (38). Pour elle, les matières couvertes par les dispositions de la convention invoquées devant le tribunal arbitral étaient très largement réglementées par des actes communautaires, en particulier l'obligation de procéder à une évaluation adéquate

(33) Cour permanente d'arbitrage, sentence du 24 mai 2005, *Belgique c/ Pays-Bas*, <https://pcacases.com/web/sendAttach/481>, consulté le 23 septembre 2019.

(34) En ce sens, V. Barral, « L'affaire du "Chemin de fer du Rhin de fer", entre fragmentation et unité du droit international », in H. Ruiz-Fabri et L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, 2008, p. 347.

(35) Sentence du 24 mai 2005, *Belgique c/ Pays-Bas*, préc., pts 122 à 137. Pour une critique de cette position, v. V. Barral, « L'affaire du "Chemin de fer du Rhin de fer", entre fragmentation et unité du droit international », préc., spéc. pp. 356-357.

(36) Sentence du 24 mai 2005, *Belgique c/ Pays-Bas*, préc., spéc. pts 222 à 226.

(37) D'après le nom du combustible d'oxydes mixtes (« *mixed oxide fuel* ») qui résulte du recyclage du plutonium provenant de combustibles nucléaires irradiés, opéré en mélangeant le dioxyde de plutonium avec du dioxyde d'uranium appauvri, et qui est destiné à être utilisé en tant que source d'énergie dans des centrales nucléaires. Pour une discussion des différents volets de cette affaire, v. S. Maljean-Dubois et J.-Ch. Martin, « L'affaire de l'*Usine Mox* devant les tribunaux internationaux », *JDI*, avril-mai-juin 2007, p. 437 ; F. Casolari, « Considérations "intersystémiques" en marge de l'affaire de l'usine Mo », in H. Ruiz-Fabri et L. Gradoni (dir.), *op. cit.*, p. 305.

(38) *CJUE* (grde chbre), 30 mai 2005, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345. L'Irlande faisait grief au Royaume-Uni de ne pas avoir procédé à diverses évaluations ni adopté diverses mesures de prévention relatives à la pollution du milieu marin susceptible de résulter ou de survenir du fait de l'exploitation de l'usine Mox située sur le territoire britannique (*idem*, pt. 35).

des incidences environnementales de l'ensemble des activités liées à l'usine *Mox* sur le milieu marin. Elles faisaient donc partie de la législation européenne et la Cour de justice était seule compétente pour connaître des différends relatifs à leur interprétation et à leur application ainsi que pour apprécier leur respect par un Etat membre (39) conformément à sa jurisprudence selon laquelle « *un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect* » (40). Cette approche téléologique de la compétence de la Cour de justice au service de la protection de l'autonomie de l'ordre juridique européen (41) se comprend dans le contexte particulier des différends entre Etats membres, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne disposant que « [l]es Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci » (article 344 FUE, ex-article 292 TCE) (42). Pourtant, la force avec laquelle s'est exprimée la réticence de l'ordre juridique européen à l'égard de l'arbitrage en dehors des relations inter-étatiques, dans les litiges entre Etat membre et investisseur étranger, est telle qu'on puisse s'interroger sur sa pertinence jusque dans l'arbitrage commercial international.

7. L'observation de la pratique dans ces deux domaines de l'arbitrage est inégale. Les instances arbitrales et les sentences rendues dans des différends entre investisseurs et Etats sont généralement connues et même publiées, alors que tel n'est qu'exceptionnellement le cas de ceux relevant de l'arbitrage commercial. Certaines institutions d'arbitrage s'attachent à apporter aux inconvénients et aux critiques qui résultent de cette situation une réponse adéquate eu égard la spécificité des

(39) *CJUE* (grde chbre), 30 mai 2005, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, préc., pts. 108 à 111 et 120-121.

(40) *CJUE* (grde chbre), 30 mai 2005, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, préc., pt. 123 ; v. ég., *CJUE* (grde chbre), 6 mars 2018, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, pt. 32.

(41) En ce sens : F. Casolari, « Considérations "intersystémiques" en marge de l'affaire de l'usine *Mox* », préc.

(42) A ce sujet, *CJUE* (Ass. plén.), avis n° 2/13 du 18 décembre 2014, rendu en vertu de l'article 218, § 11, TFUE, sur le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ECLI:EU:C:2014:2454, pts. 201-202.

questions environnementales, mais aussi sanitaires et climatiques, reconnaissant qu'elles mettent parfois en jeu des intérêts dépassant ceux, strictement privés, des parties (43). D'autres adoptent une certaine transparence de principe, sous la seule réserve des objections des parties (44). Plus généralement, un mouvement en ce sens se manifeste dans le contexte des litiges liés aux changements climatiques et à l'environnement (45), signe d'une prise de conscience de conforter, voire de restaurer, l'« *acceptabilité sociale* » de l'arbitrage comme mode de résolution des différends portant sur des sujets d'intérêt général. Au demeurant, même si ce mouvement d'ouverture n'a pas encore produit ses effets en pratique, la doctrine a partiellement pallié cette insuffisance de données en faisant état d'un certain nombre d'affaires ou au moins de leurs éléments les plus pertinents pour l'étude de la pratique environnementales de l'arbitrage commercial.

8. A l'examen, cette pratique arbitrale s'est sans doute possible emparée du droit de l'environnement, y compris européen, certes à des degrés divers et selon des logiques différentes, tant en matière d'investissements (I.) que de relations commerciales (II.).

(43) La Cour permanente d'arbitrage avec son « Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement » (<http://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2015/11/R%C3%A8glement-facultatif-de-la-CPA-pour-larbitrage-des-diff%C3%A9rends-relatifs-aux-ressources-naturelles-et-ou-%C3%A0-lenvironnement.pdf>, consulté le 23 septembre 2019).

(44) Toutefois, l'une des principales institutions d'arbitrage au niveau mondial a récemment modifié sa pratique en décidant que, sauf accord contraire des parties ou opposition de l'une d'elles, « [l]es parties et arbitres impliqués dans les arbitrages de la CCI acceptent que les sentences prononcées à compter du 1^{er} janvier 2019 soient publiées [...] » dans leur intégralité et ce au minimum deux ans après la date de la notification de la sentence (Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI, 1^{er} janvier 2019, <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-french.pdf>, consulté le 23 septembre 2019).

(45) ICC, « Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR », rapport préc. Signalons aussi l'appel de la Task-Force de l'*International Bar Association* sur la justice climatique et les droits de l'Homme « Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption » à adopter des règles spécifiques ou à développer une expertise adéquate, y compris pour connaître des perspectives des communautés concernées (*International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report, "Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption"*, p. 144).

I. – L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

9. Si le « *feuilleton des relations tumultueuses entre arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne* » (46) occupe un champ doctrinal et médiatique sensiblement plus vaste que celles qu'il entretient avec les questions environnementales et climatiques, celles-ci n'en sont pas moins au premier plan de beaucoup de ses épisodes, toutes causes et tous effets confondus. Traditionnellement, la protection de l'investisseur a été le centre de gravité des accords internationaux qui l'assuraient et qui étaient d'ailleurs désignés comme étant « *de protection des investissements* ». Avec quelques nuances, ils s'opposaient notamment à l'expropriation, éventuellement « *indirecte* » (47) de l'investisseur, à son traitement injuste et inéquitable (48), ou encore à la discrimination à son encontre (49). Il s'agissait dans une certaine mesure d'un équilibre inégal puisque les pays plus développés y voyaient un moyen de sécuriser les investissements de leurs ressortissants dans les pays moins développés, alors que pour ces derniers ils étaient au contraire un moyen de les y attirer (50), ce qui pouvait paraître donner une « *primauté accordée aux intérêts de l'investisseur privé sur les intérêts publics définis par l'Etat d'accueil* » (51).

10. La raison première de ce déséquilibre ressenti est que les arbitres, peut-être plus concernés par le respect de leur mandat que par le niveau général de protection qui en résulte (52), tirent leur compétence de ces accords qui, historiquement, ont été conçus pour la protection des investissements directs étrangers et non pour celle d'intérêts généraux. C'est ainsi que les investisseurs ont un temps pu se reposer sur leurs attentes

(46) Selon la formule de S. Lemaire, « Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », art. cit.

(47) C'est-à-dire une mesure étatique « *équivalant à une expropriation* » car conduisant à priver l'investisseur de la valeur de son investissement.

(48) V. par ex., A. Reinish, *Recent Developments in International Investment Law*, n° 12, Cours de l'IHEI, Pedone 2009.

(49) Sur ces accords et sur le droit de l'investissement en général, v. P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 13^e éd., 2016, n° 623 et s.

(50) M. M. Mbengue, préc., p. 295 ; v. ég., E. Loquin, préc., p. 303 ; W. Ben Hamida, préc..

(51) P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *op. cit.*, n° 634.

(52) En ce sens, A. Reinish, *op. cit.*, p. 40.

subjectives quant à la rentabilité ou à la longévité de leurs investissements aux dépens de la capacité des Etats hôtes à adapter leur cadre juridique aux réalités environnementales et sanitaires elles-mêmes changeantes (53). La plupart des TBI ne contenait d'ailleurs aucune disposition relative à l'environnement — et *a fortiori* au climat — sur la base desquelles lesdits Etats eussent pu justifier leurs interventions. Ce n'est que depuis les années 2000 que l'intérêt de l'Etat hôte à voir respecter, notamment, sa législation environnementale, et parfois climatique, y apparaît dans des termes très divers : reconnaissance de la protection de l'environnement parmi les objectifs poursuivis, préservation du droit de l'Etat à réglementer, voire obligation pour ledit Etat de mettre en œuvre et de promouvoir des mesures de protection de l'environnement (54).

11. Dans ce contexte peu favorable, le système de règlement des différends d'investissements n'en tient pas moins compte des considérations environnementales de manière de plus en plus manifeste et surtout très diversifiée (A), et même du droit européen de l'environnement, par force dans une mesure plus contrainte eu égard à aux caractéristiques particulières de la compétence qui y est conférée aux arbitres (B), et ce en dépit de la perception qui a contribué à sa remise en cause.

A) La diversité des modes de prise en compte des considérations environnementales

12. La simple présence de considérations relatives à l'environnement dans le contentieux de la protection des investissements a longtemps été anecdotique et ce n'est que depuis quelques années qu'elle s'est développée, mais elle l'a fait de manière remarquable (55), confirmant l'intensification des problématiques sous-jacentes. Pour l'essentiel, l'opinion dominante retient — et avec elle certaines autorités publiques et même une certaine doctrine — que le système actuel est critiquable en ce

(53) E. Visniewski, art. cit.

(54) Ch. L. Beharry et M. E. Kuritzky, art. cit.

(55) Un auteur a étudié un ensemble de 114 affaires identifiées jusqu'en 2015 comprenant une composante environnementale (c'est-à-dire qu'elles ont trait à (i) une activité d'un secteur lié à l'environnement tels qu'eau, déchets, pesticides ou énergie renouvelable, (ii) un impact sur l'environnement ou (iii) l'application du droit de l'environnement). Il a relevé que 60 d'entre elles, donc plus de la moitié, ont été introduites entre 2012 et 2015 (J. E. Viñuales, art. cit., pp. 17-21).

qu'il entrave « *de façon illégitime le droit de l'Etat de légiférer dans l'intérêt public* », et qu'on trouverait des sentences « *indemnisant l'investisseur pollueur* » (56).

13. Le biais génétique du droit de l'investissement en faveur de la protection de l'investisseur a souvent été relevé dans la pratique arbitrale ; certains ont qualifié d'« *approche traditionnelle* » l'attitude consistant à percevoir les mesures environnementales comme suspectes et subordonnées au respect des droits des investisseurs, la norme internationale — de droit des investissements — prévalant sur la règle interne — de droit de l'environnement (57). C'est peut-être dans la qualification de l'expropriation indirecte qu'il a été le plus tangible, lorsqu'elle s'est appliquée à des mesures pourtant justifiées par des considérations environnementales (58). Un auteur averti a porté un jugement critique sur cette approche car « [...] *l'investisseur pollueur est indemnisé, alors que le droit de l'environnement veut que le pollueur soit le payeur* », ce qui serait un paradoxe (59). Le même auteur a formulé le vœu que « *la reconnaissance par les arbitres d'un ordre public transnational* » permette de donner au droit de l'environnement « *une valeur normative supérieure* » (60). On suggère aussi de considérer que les mesures en cause découlent en réalité des milliers d'accords multilatéraux environnementaux en vigueur (61) et se positionnent ainsi « *sur un pied d'égalité* » avec les traités de protection de l'investissement (62).

(56) O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pt 12.

(57) V. par ex., J. E. Viñuales, art. cit., pp. 23-25 ; E. Loquin, préc.

(58) V. par ex., *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c/ Egypte, ICSID Case N° ARB/84/3, sent. et opinion dissidente 20 mai 1992 ; ICSID Review 1993, p. 328, § 226 ; Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c/ Costa Rica, ICSID Case N° ARB/96/1, sent. 17 févr. 2000*. Dans cette sentence, le tribunal a considéré que « *the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid* ». V. également E. Loquin, préc., pp. 303-304 ; W. Ben Hamida, art. cit., pts 43-44.

(59) E. Loquin, préc., p. 305.

(60) E. Loquin, préc., p. 307.

(61) Pour un aperçu, v. par ex., Rapport du Secrétaire général des Nations unies « *Lacunes du droit international de l'environnement et des textes relatifs à l'environnement : vers un pacte mondial pour l'environnement* » diffusé le 13 décembre 2018, A/73/419* ; ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante : https://globalpact.informea.org/sites/default/files/gap-report-file/SGGaps_FR_Final.pdf (consulté le 8 mai 2019).

(62) J. E. Viñuales, art. cit., p. 24.

14. Ces critiques pouvaient s'appuyer sur un certain nombre de sentences particulièrement rigoureuses dans l'application des normes conventionnelles de protection des investisseurs. Ainsi un Etat pouvait-il non seulement se voir contraint d'indemniser un investisseur lorsqu'il se comportait de manière incohérente après lui avoir donné à penser qu'aucune mesure administrative ne viendrait contrarier son projet (63). Il pouvait encore l'être du simple fait qu'il portait atteinte aux attentes fondamentales sur la base desquelles l'investisseur avait pris la décision d'investir, et sur lesquelles ce dernier pouvait raisonnablement se fonder (64), ce qui a été comparé à une clause implicite de stabilisation privant l'Etat de toute intervention susceptible de porter atteinte à l'investissement (65).

15. Pourtant, déjà au milieu des années 2000, certains tribunaux arbitraux manifestaient une approche plus équilibrée, reposant sur la prévisibilité pour l'investisseur d'une évolution

(63) V. par ex., *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1. L'investisseur ayant racheté l'exploitant d'une installation de retraitement et de stockage de déchets dangereux pour laquelle l'autorité nationale compétente lui avait accordé un permis de construction d'une décharge de déchets dangereux, la commune en ordonna la cessation au motif d'une absence de permis délivré par elle, et les autorités nationales n'en continuèrent pas moins à l'assurer qu'il disposait de toutes les autorisations nécessaires pour construire et exploiter la décharge.

(64) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (Award, ICSID, Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003). En l'espèce, l'investisseur avait acheté une installation de stockage de déchets industriels dangereux en 1996 dont l'Institut National de l'Ecologie a refusé, en 1998, le renouvellement de l'autorisation d'exploitation et demandé la désaffectation. La sentence a considéré que ce refus constituait une décision d'expropriation indirecte *de facto*, cette qualification étant indifférente à la légitimité ou à la légalité des justifications d'une telle décision en l'absence d'une situation, d'une crise, d'un besoin ou d'une urgence sociale sérieuse qui, mise en balance avec la privation ou la neutralisation de la valeur économique ou commerciale de l'investissement, permettrait d'exclure une telle qualification (pts 120, 139 et 151). La décision constituait aussi un traitement injuste et inéquitable eu égard au comportement de l'Institut National de l'Ecologie face aux réticences des populations locales qui n'a pas permis à l'investisseur de percevoir clairement les risques qu'il encourait (pts 165 à 167). Le tribunal arbitral considérait ainsi que le droit à un traitement juste et équitable imposait à l'Etat « [...] to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. » (*idem*, pt 154).

(65) E. Wisniewski, art. cit., p. 70.

du cadre législatif environnemental (66) et sanitaire (67), énonçant même sans équivoque le droit de l'Etat à exercer sa prérogative souveraine de légiférer et d'adapter ses lois aux circonstances changeantes (68), charge revenant à l'investisseur de se renseigner sur ces perspectives et d'en tenir compte (69).

16. Ce serait donc faire un mauvais procès aux arbitres que d'imaginer qu'ils feraient systématiquement prévaloir la protection de l'investisseur sur celle de l'environnement, la doctrine commence à le relever (70). Des sentences montrent que tel n'est pas le cas, lesquelles, sans aller jusqu'à placer la protection de

(66) *Methanex v. United States, Final Award*, UNCITRAL (NAFTA), 3 June 2005. L'investisseur était un producteur canadien de méthyl tert-butyl ether (MTBE), additif utilisé suite à un amendement du *Clean Air Act* en 1990, puis interdit par l'Etat de Californie en 1998 après la découverte de traces de méthanol dans les sols et les nappes phréatiques. Le tribunal arbitral a débouté toutes ses demandes, notamment aux motifs que l'interdiction californienne ne différenciait pas entre les investisseurs ou investissements étrangers et les différents producteurs de MTBE en Californie et qu'aucun engagement spécifique n'avait été donné par l'Etat que celui-ci s'abstiendrait de réglementer son activité sur un marché dont il était largement connu que les institutions, opérant sous le regard vigilant des médias, des organisations non gouvernementales et d'un électorat politiquement actif, contrôlaient de manière continue l'utilisation et l'impact des produits chimiques et interdisaient ou restreignaient de manière courante l'utilisation de certains de ces produits pour des raisons environnementales ou sanitaires.

(67) On met souvent en exergue les frasques du cigarettier *Philip Morris* dans sa contestation des mesures anti-tabac, mais la seule sentence rendue à ce jour l'a débouté de ses demandes : *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, 8 July 2016.

(68) Dans la sentence *Philip Morris v. Uruguay*, préc., citant diverses autres sentences, telle une jurisprudence arbitrale dont pourtant l'existence est contestée, le tribunal écrit qu'« [i]t is common ground in the decisions of more recent investment tribunals that the requirements of legitimate expectations and legal stability [...] do not affect the State's rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances » (pt 422).

(69) La sentence énonce ainsi que « [g]iven the State's regulatory powers, in order to rely on legitimate expectations the investor should inquire in advance regarding the prospects of a change in the regulatory framework in light of the then prevailing or reasonably to be expected changes in the economic and social conditions of the host State » (pt 427) et que « [...] in light of widely accepted articulations of international concern for the harmful effect of tobacco, the expectation could only have been of progressively more stringent regulation of the sale and use of tobacco products » (pt 430).

(70) V. par ex., M. M. Mbengue, préc. ; M. Laazouzi, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, IV. Protection de l'environnement », *Rev. arb.*, 2019,609.

l'environnement à égalité avec celle de l'investisseur, ne lui en reconnaissent pas moins une légitimité (71). On pourrait même rétorquer qu'à l'inverse, le comportement de l'investisseur fournit parfois à l'État un moyen de défense, comme par exemple lorsqu'il est retenu que l'investisseur n'ignorait pas les exigences environnementales croissantes du pays hôte qui ont entraîné l'adoption de la mesure contestée (72).

17. Surtout, on ne saurait faire abstraction du fait que les tribunaux arbitraux, outre qu'ils trouvent le fondement de leur compétence dans les accords d'investissement, y puisent également les paramètres substantiels de leur processus décisionnel sous la forme des normes de protection des investisseurs déjà évoquées ci-dessus, qui y sont édictées, en particulier contre l'expropriation indirecte, la discrimination ou le traitement injuste ou inéquitable. Ces normes, qui n'étaient exprimées que de manière rudimentaire dans les premiers textes, comme de nombreux TBI encore en vigueur, ne se prêtaient à une prise en compte des considérations environnementales au mieux qu'au prix d'interprétations audacieuses qui sont restées marginales, même si, on l'a dit, l'idée d'une approche plus intégrée progresse dans les esprits (73). Pourtant, il est admis que la prise en compte de l'intérêt général peut être assurée par le droit des investissements (74), soit à titre « curatif », par la voie jurisprudentielle, lors de la qualification des règles protectrices des investissements dont c'est la vocation principale (75) comme dans les ententes évoquées ci-dessus, soit à titre « préventif », par la voie conventionnelle, en prévoyant des exceptions ou des aménagements auxdites règles dans les

(71) J. E. Viñuales, art. cit., p. 24. L'auteur évoque une approche traditionnelle « *upgraded* » et conclut que « *the reasoning of investment tribunals integrates environmental considerations in an increasingly clear and open form, even when the relevant environmental measures are in breach of investment law* » (*idem*, p. 25).

(72) *Methanex v. United States, Final Award*, préc., § IV D.

(73) O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pt 16.

(74) W. Ben Hamida, art. cit.

(75) Par exemple, en intégrant le critère de développement dans la définition de l'investissement protégé, en ajustant certaines règles de traitement selon le niveau de développement, en intégrant de l'intérêt général au moment de leur application, en prenant en considération la conduite de l'investisseur étranger lors de l'établissement des manquements des Etats aux obligations prévues dans les traités d'investissement ou en réduisant l'indemnité due en fonction des circonstances (W. Ben Hamida, art. cit.). V. ég., O. Boskovic, *L'arbitrage international en matière environnementale*, préc., pt 17.

accords de protection des investissements (76) comme s'y essayent ceux négociés depuis quelques années.

18. Certaines sentences déboutent l'investisseur en raison de l'illicéité de l'investissement (77) — y compris au motif de l'absence de rapport de faisabilité et d'étude d'impact préalable — (78), d'autres en se basant sur la violation du droit de l'environnement par l'investisseur (79). D'autres encore vont jusqu'à admettre des demandes reconventionnelles de l'Etat d'accueil contre l'investisseur, que leur compétence pour ce faire soit contestée (80)

(76) Par exemple, en faisant référence au développement durable dans les préambules des accords, en renvoyant au droit interne pour la définition de l'investissement protégé, voire en dérogeant aux règles de protection des investisseurs pour les mesures étatiques de protection de l'environnement. La référence au principe de précaution est aussi envisagée lorsque la charge de la preuve est trop lourde, v. par ex., Ch. L. Beharry et M. E. Kuritzky, art. cit.

(77) Pour une approche contextualisée de l'exigence de conformité à la législation, v. M. M. Mbengue, préc.

(78) Un investissement minier a ainsi été ignoré au motif de son illégalité au regard du droit de l'environnement du pays hôte, lequel exigeait qu'un rapport de faisabilité et une étude d'impact soient effectués préalablement à l'octroi d'un permis minier, leur absence constituant des violations du droit local « *that, in terms of international law, warrant the proportionate response of a denial of treaty protection under the BIT and the ICSID Convention* », l'incompétence du tribunal résultant alors de l'inexistence d'un investissement licite (CIRDI, sentence du 22 octobre 2018, *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (PTY) Limited and Stirling Capital c/ Kenya*, ARB/15/29, pt 365 ; v. M. Laazouzi, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, IV. Protection de l'environnement », art. cit., p. 611).

(79) L'investisseur a été débouté de ses demandes suite à la décision de l'Etat d'accueil de mettre fin au projet au motif de l'obligation légale qui pesait sur ledit investisseur d'effectuer une évaluation des incidences sur l'environnement et de révéler aux autorités locales l'existence de zones humides protégées par le droit local et par le droit international (sentence finale du 18 septembre 2018, *David Aven e.a. v/ Costa Rica*, Case No. UNCT/15/3, pt 552 ; v. M. Laazouzi, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, IV. Protection de l'environnement », art. cit., p. 614 ; Ch. L. Beharry et M. E. Kuritzky, art. cit., pp. 397-399).

(80) La compétence d'un tribunal arbitral pour connaître de demandes reconventionnelles de l'Etat hôte contre l'investisseur étranger a été reconnue dans un litige relatif à la concession du service de distribution et d'assainissement d'eau de l'agglomération de Buenos Aires, en considération de la neutralité des termes du TBI qui fondait cette compétence et en présence d'un lien « manifeste » entre les objets de la demande principale et de la demande reconventionnelle. Cependant, au fond, le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle en excluant l'application directe à l'investisseur d'un droit fondamental à l'eau (*Final Award*, December 8, 2016, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, pts 1110 et s.).

ou non (81), même si ce n'est bien entendu que lorsque ces demandes sont recevables et bien-fondés (82). Il a ainsi été admis que, pourvu qu'une telle demande reconventionnelle soit possible au regard du TBI concerné, l'Etat a droit à la pleine réparation du dommage environnemental causé par l'investisseur conformément aux dispositions du droit applicable (83), et une condamnation substantielle de l'investisseur s'en est suivie (84).

19. D'une manière qui fait écho à bien des discussions en matière de réparation du préjudice écologique (85), un tribunal arbitral peut résoudre des questions spécifiques à la matière et qui occupent la doctrine spécialisée telles que le risque de double réparation du dommage écologique en défalquant du montant de la condamnation celui déjà mis à la charge d'un autre investisseur, par un autre tribunal arbitral, pour les mêmes dommages (86). En revanche, la question, tout aussi débattue, d'une affectation du montant de la réparation paraît plus problématique, même lorsque l'Etat ne s'oppose pas formellement à la demande en ce sens de l'investisseur (87).

(81) Dans une des premières affaires où a prospéré une telle demande reconventionnelle, laquelle visait à l'indemnisation de dommages causés par l'investisseur aux sols, aux eaux souterraines et aux infrastructures, la compétence du tribunal arbitral pour en connaître a été expressément acceptée par les parties et l'investisseur a été condamné à verser un peu plus de 40 millions USD à l'Etat (*Decision on Counterclaims* du 7 février 2017, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5).

(82) Le tribunal arbitral, ayant constaté la violation du droit de l'Etat d'accueil par l'investisseur, a déclaré la demande reconventionnelle y relative irrecevable pour des raisons tenant à son caractère insuffisamment substantié (sentence finale du 18 septembre 2018, *David Aven e.a. v. Costa Rica*, Case No. UNCT/15/3, pt 747).

(83) *Interim Decision on the Environmental Counterclaim* du 11 août 2015, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/6), pt 34.

(84) *Final Award* du 27 septembre 2019, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/6), dans laquelle le tribunal arbitral a condamné l'investisseur à titre reconventionnel à un montant de 93638890 dollars US envers l'Etat en réparation de dommages causés à divers sites, aux sols et aux eaux souterraines, se prononçant sur diverses questions inédites.

(85) Pour une illustration, v. l'article 1249 du Code civil français.

(86) Cette affaire faisait en quelque sorte suite à l'affaire susmentionnée *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* qui impliquait l'autre membre d'un même consortium investisseur dans le même projet et le tribunal arbitral devait s'assurer de l'absence de double indemnisation du préjudice écologique.

(87) Dans l'affaire *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, le tribunal l'a finalement écartée, ordonnant la compensation de ce montant avec celui de la réparation accordée à l'investisseur au titre de ses demandes principales,

20. En sens inverse mais toujours avec une préoccupation environnementale prévalente, des recours d'investisseurs reprochant à l'Etat hôte une protection insuffisante de l'environnement portant atteinte à son investissement doivent eux-mêmes désormais être envisagés (88).

21. Surtout, un courant important de sentences admet qu'en l'absence d'autres circonstances critiquables, une mesure environnementale, si elle est légitime et rationnelle, puisse ne pas engager la responsabilité de l'Etat qui l'adopte (89). Ce courant s'est particulièrement manifesté dans une vague de plusieurs dizaines de recours formés par des exploitants d'installations de production d'électricité d'origine photovoltaïque dans plusieurs Etats membre de l'Union européenne sur lesquelles il sera revenu ci-dessous.

au motif de son incapacité à assurer le contrôle de la bonne exécution des mesures de réparation considérées et indemnisées et au profit d'une sorte de déclaration solennelle sans grande portée juridique : « [...] *the Tribunal expresses its firm expectation, based on solemn representations made by both counsel for Ecuador and the Attorney General himself, which the Tribunal has accepted, that the proceeds of the damages award made in favour of Ecuador in the environmental counterclaim will be devoted to remediation of the Blocks. The State has made plain its interest in remediating the contamination caused by oilfield operations in the Oriente region of Ecuador. The Tribunal therefore states its clear expectation that the monies payable to Ecuador will be devoted to this important task and will not remain in the State's general revenues* » (*Final Award* du 27 septembre 2019, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, préc., pt. 904).

(88) Même si, outre qu'elle reste isolée, elle a jusqu'ici été infructueuse, voy. : *Final Award* du 27 juin 2016 *Peter A. Allard (Canada) v. The Government of Barbados*, Case PCA 2012-06. L'investisseur ayant acquis et développé un site d'éco-tourisme à la Barbade prétendait que l'Etat avait manqué de prendre les mesures environnementales raisonnables et nécessaires et contribué directement à la contamination du site, annihilant ainsi la valeur de son investissement. En l'espèce, le tribunal arbitral a jugé que le demandeur n'avait pas établi la dégradation de l'environnement alléguée, et encore moins que sa décision de mettre fin à l'opération en résultait (pt. 136), ni qu'une telle dégradation puisse, le cas échéant, être imputable à l'Etat (pt. 166). Le demandeur a été débouté et condamné à indemniser l'Etat pour les coûts exposés dans l'arbitrage à hauteur de plus de trois millions de US dollars.

(89) L'exemple fréquemment cité est celui de l'interdiction du méthyl tertiary-butyl ether (« MTBE »), un additif pour carburant automobile, par la Californie, laquelle a été jugée ne pas constituer une expropriation : *Methanex Corp. v. United States, Methanex v. United States, Final Award*, préc., Part IV, Ch. D, para. 7 (UNCITRAL 2005). V. Ch. L. Beharry et M. E. Kuritzky, art. cit., p. 397.

B) Une prise en compte du droit européen de l'environnement cohérente avec la compétence conférée

22. Même si elles restent moins nombreuses que les affaires susmentionnées qui concernent des pays plus impactés par le contentieux des investissements, et mises à part celles relatives aux mesures relevant de la transition énergétique sur lesquelles il sera revenu ci-après, quelques sentences publiées ont un rapport avec l'*environnement* dans un Etat membre de l'Union européenne, voire avec le *droit* européen de l'environnement. Il en est en tout cas suffisamment pour confirmer qu'elles appréhendent ces questions sans nécessairement justifier une critique majeure. Mais certaines d'entre elles illustrent la complexité de l'enchevêtrement de normes et de préoccupations inhérente aux situations juridiques en cause. Or, cette complexité a été largement renouvelée par l'immixtion de l'Union européenne dans la problématique du droit des investissements, allant très au-delà de l'activité normative qu'elle exerce au titre de sa politique environnementale conformément aux articles 191 et 192 FUE.

23. Contrairement à d'autres pays, l'Union et les Etats membres se sont emparés tardivement des questions relatives à la prise en compte de l'intérêt général dans les traités de protection de l'investissement (90), même si la Commission européenne s'est ensuite attachée à faire prévaloir ses objections avec beaucoup d'insistance (91). Les Etats membres, dans leurs relations bilatérales entre eux et avec les pays tiers, s'étaient satisfaits de traités « équilibrés » offrant un « *gold standard* » à la protection des investisseurs. Ce n'est qu'après que la compétence pour négocier de tels traités ait été transférée à l'Union par le traité de Lisbonne (article 207 FUE), l'opinion publique s'étant emparée du sujet, que la Commission s'engagea dans la voie de la négociation de nouveaux accords sur la base d'un « *platinum standard* » assurant « *un meilleur équilibre entre le droit de l'Etat*

(90) Au point que des pays comme les Etats-Unis ou le Canada révisent leurs traités modèles de protection des investissements de manière révélatrice d'une préoccupation de l'Etat d'accueil vis-à-vis d'une certaine flexibilité normative, autrement dit, son « droit de réglementer », sans pour autant que les pays européens s'en préoccupent (C. Titi, *art. cit.*).

(91) V. par ex., S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, oct.-nov. 2010, p. 1127.

de réglementer et la protection des investisseurs » (92). La Cour de justice a conforté sa démarche en considérant, à propos de l'accord de libre-échange avec Singapour, que les engagements concernant les « *investissements étrangers directs* », au sens de l'article 207, paragraphe 1, TFUE (93) relèvent de la compétence exclusive de l'Union (94). Toutefois, relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les Etats membres, et requièrent donc leur accord, pour l'essentiel, les dispositions relatives à la protection des investissements et au règlement des différends entre investisseurs et Etats (95).

24. Or, en Europe également, et avant même que ces bouleversements institutionnels n'interviennent, les considérations environnementales jouaient un rôle, parfois limité mais néanmoins décisif. Il en était ainsi jusque dans des domaines pourtant éloignés du droit européen de l'environnement, tels que la protection du patrimoine architectural : par exemple, elles peuvent contribuer à la preuve d'une absence de similitude avec un autre investissement, excluant que les mesures administratives critiquées puissent être qualifiées de discriminatoires (96). De manière plus directe, l'affaire *Plama v. Republic of Bulgaria* — relative à des faits antérieurs à l'adhésion de la Bulgarie —, opposait l'acqureur

(92) En visant principalement une limitation du concept d'expropriation indirecte excluant les mesures non-discriminatoires conçues et appliquées dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé ou l'environnement, d'une part, et de celui de traitement juste et équitable à des mesures relevant pour l'essentiel de l'arbitraire ou de l'abus manifeste (C. Titi, art. cit.).

(93) Aux termes duquel « [l]a politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne [...] les investissements étrangers directs [...] ».

(94) Avis 2/15 de la Cour de justice du 16 mai 2017 sur l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, ECLI:EU:C:2017:376, pts. 80 à 89.

(95) Il en est ainsi au motif que l'investisseur requérant peut, à sa discrétion, décider de soumettre un différend avec un Etat membre à la procédure d'arbitrage, sans que ledit Etat membre puisse s'y opposer, son consentement à cet égard étant réputé acquis, et qu'« un tel régime, qui soustrait des différends à la compétence juridictionnelle des Etats membres, ne saurait revêtir un caractère purement auxiliaire [...] et ne saurait, dès lors, être instauré sans le consentement de ceux-ci » (avis 2/15 de la Cour de justice du 16 mai 2017 sur l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, pts 291 à 293).

(96) En l'espèce, du fait d'une emprise plus importante d'un projet de parking dans un centre-ville historique faisant partie du patrimoine mondial protégé par l'UNESCO : sentence du 11 septembre 2007, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, pt 396.

étranger d'une ancienne société publique exploitant une raffinerie qui avait été mise à l'arrêt, soumise à une procédure collective, puis privatisée, à l'Etat auquel il reprochait d'avoir subséquemment modifié sa législation de sorte à s'exonérer rétroactivement de sa responsabilité pour les dommages environnementaux antérieurs à la cession. Le tribunal arbitral a rejeté les allégations de traitement injuste et inéquitable ou discriminatoire et d'expropriation indirecte, considérant que l'investisseur ne rapportait pas la preuve que la modification de la loi Bulgare, prise en exécution de recommandations de la Banque mondiale, le visait spécifiquement (97).

25. Parfois, c'est le droit européen de l'environnement lui-même qui s'invite dans le contentieux de l'investissement ; il peut même y tenir un rôle déterminant. Ainsi, pour débouter l'investisseur dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne* (98), la sentence relève expressément que la procédure d'évaluation des incidences sur l'environnement est « *basique* » en droit espagnol et en droit européen ainsi que de manière croissante en droit international (99) et que la Constitution espagnole impose aux autorités de veiller à la protection de l'environnement. Elle relève que la directive 85/337 du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (100), était « *particulièrement notable* » à cet égard, qu'elle prévoyait des procédures « *strictes* » avant toute autorisation administrative et la suspension des projets mis en œuvre prématurément (101). Les autorités espagnoles se sont donc limitées à exiger le respect du

(97) Sentence du 27 août 2008, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, pts 217 à 228.

(98) Sentence du 13 novembre 2000, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7. Un ressortissant argentin ayant établi en Espagne une société de production de produits chimiques se fondait sur le TBI entre les deux pays, invoquant, entre autres, qu'il avait été conduit par une agence publique d'investissement espagnole à concrétiser son investissement avant que l'évaluation des incidences sur l'environnement, occasionnant de ce fait des coûts supplémentaires qui l'avaient décidé à y mettre fin (pts 65 et s.).

(99) « [...] *the Environmental Impact Assessment procedure is basic for the adequate protection of the environment and the application of appropriate preventive measures. This is true, not only under Spanish and EEC law, but also increasingly so under international law* » (*idem*, pt 67).

(100) *JOCE*, L 175 du 5 juillet 1985 ; entre-temps abrogée et remplacée à droit constant par la directive éponyme n° 2011/92 du 1^{er} décembre 2011, *JOUE*, L 26 du 28 janvier 2012.

(101) Sentence du 13 novembre 2000, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, préc., pt 69.

droit espagnol et du droit européen, poursuit la sentence, conformément au TBI qui promouvait les investissements étrangers dans le respect du droit de l'Etat hôte (102). Curieusement, cette motivation rigoureuse qui conduit le tribunal à débouter la demande correspondante n'est pas fréquemment citée en exemple lorsqu'il est reproché à l'arbitrage d'investissement de tenir en échec le pouvoir de réglementer de l'Etat...

26. Dans le droit fil de la tendance internationale évoquée ci-dessus, on l'a dit, un courant important de sentences porte sur le resserrement des soutiens aux énergies renouvelables dans plusieurs Etats membres en raison de l'évolution du contexte économique, phénomène d'ailleurs également appréhendé par le droit des aides d'Etat. Ce contentieux s'inscrit généralement dans le cadre du traité sur la Charte de l'énergie (103) qui prévoit, à l'échelle de la grande Europe, la promotion et la protection des investissements, lesquels se voient garantir « *des conditions stables, équitables, favorables et transparentes* » (104), ainsi que la résolution des différends y afférent (105). Plusieurs dizaines de recours ont été formés par des exploitants d'installations de production d'électricité d'origine photovoltaïque en Espagne, en Italie, en République tchèque et en Bulgarie (106). Les sentences admettent de manière générale qu'en l'absence d'autres circonstances critiquables, une mesure environnementale légitime et rationnelle puisse ne pas engager la responsabilité de l'Etat qui l'adopte. Elles marquent une évolution conceptuelle de la situation en restreignant le champ des attentes légitimes des investisseurs quant à la rentabilité et à la durabilité de leurs investissements et, de manière corrélative, en confortant le droit de l'Etat à réglementer pour des raisons légitimes telles que des considérations sanitaires ou environnementales (107). En pratique, les investisseurs doivent se livrer à des évaluations approfondies du contexte politique, économique et social, y compris les pressions environnementales et climatiques, dans lequel ils envisagent d'investir (108), qu'ils ne peuvent désormais plus

(102) *Idem*, pt 71.

(103) Préc.

(104) *Idem*, article 10(1).

(105) *Idem*, article 26.

(106) Pour une vue d'ensemble et une mise en perspective, v. E. Wisniewski, art. cit. ; J. E. Viñuales, art. cit., pp. 40-42.

(107) E. Wisniewski, art. cit.

(108) E. Wisniewski, art. cit.

ignorer lorsqu'ils allèguent, en particulier, une expropriation indirecte ou une violation du droit à un traitement juste et équitable.

27. Une première sentence connue, qui a été rendue en 2016 dans l'affaire *Charanne* (109), a entériné la légitimité d'une première série d'amendements apportés par l'Etat à son régime de soutien. Initialement, l'Espagne avait adopté des mesures relatives à la promotion de l'énergie renouvelable pour la mise en œuvre de la directive 2001/77 du 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité (110), lesquelles mesures comportaient un « tarif d'achat » ou « *feed-in tariff* ». L'administration espagnole, s'étant aperçue à l'instar de la Commission européenne que les capacités de production photovoltaïque progressaient à un rythme beaucoup plus élevé que prévu et que la rentabilité des installations était également atteinte plus rapidement que prévu, a pris en 2010 des mesures modérant les incitations qu'elle leur accordait (111). Le tribunal arbitral a débouté l'investisseur de ses demandes d'indemnisation, relevant qu'il n'avait pas subi un traitement injuste et inéquitable, que l'Etat n'avait pris aucun engagement spécifique à son égard du simple fait de l'adoption d'un régime de soutien (112), et qu'en l'absence d'un tel engagement, il ne pouvait avoir d'attente légitime que les règles existantes n'évolueraient pas (113), notamment le prix de rachat ou le nombre d'heures de production éligibles à celui-ci, pendant toute la durée de vie de son installation (114). Au contraire, au moment où il avait effectué son investissement, il pouvait « aisément » prévoir que des ajustements interviendraient, le droit espagnol, en particulier la jurisprudence, en réservant la possibilité (115), tout au moins

(109) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, *Final Award*, 21 January 2016, traduction officielle disponible à l'adresse : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>, consultée le 14 octobre 2019.

(110) *JOCE*, L 283 du 27 octobre 2001. Cette directive a été remplacée à deux reprises depuis, en 2009 et en 2018.

(111) Notamment en supprimant le bénéfice du tarif d'achat après la vingt-sixième année et en introduisant une série de conditions techniques, voy. *Charanne and Construction Investments v. Spain*, préc., pts 82 à 173.

(112) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, préc., pts 492-493.

(113) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, préc., pt 499.

(114) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, préc., pt 503.

(115) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, préc., pts 505-507.

dès lors que ces ajustements n'étaient pas déraisonnables, disproportionnés ou contraires à l'intérêt public (116). La sentence *Charanne* préserve donc le droit de l'Etat de légiférer, mais ne lui donne un blanc-seing (117).

28. D'autres affaires ont illustré le fait que ce droit de légiférer de l'Etat, pour établi qu'il soit, n'en est pas moins encadré (118). En particulier, cette même législation espagnole a ensuite souffert de nouveaux amendements sur lesquels d'autres tribunaux arbitraux n'ont pas porté un jugement aussi favorable. Pour s'en tenir à l'une d'entre elles, l'affaire *Eiser* (119), particulièrement significative de cette différenciation (120), a porté sur des mesures subséquentes, elles aussi prises par l'Espagne à l'égard des mêmes activités photovoltaïques, culminant en 2013 avec la suppression pure et simple du régime initial et de tous tarifs et primes de rachat au profit d'un système très différent reposant sur des référentiels d'exploitations efficaces par rapport auxquelles la rémunération de l'opérateur était déterminée (121). Ici encore, le droit de l'Etat à légiférer est reconnu en soulignant qu'il ne saurait en user en modifiant de manière radicale et abrupte le régime dont l'investissement dépend de sorte à en détruire la valeur (122). Or, le nouveau système était basé sur des prémices radicalement différentes et utilisait une nouvelle approche réglementaire qui n'avait pas été testée jusqu'alors pour diminuer le soutien aux nouvelles installations de manière significative (123). Au cas d'espèce, il privait substantiellement l'investisseur requérant, moins performant que le modèle retenu par le

(116) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, préc., pts 512-542.

(117) E. Wisniewski, art. cit., pp. 73-74.

(118) V. par ex., *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Award, 15 February 2018, spec. pt 697 ; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 15 May 2019, pts 521-522 ; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, pts 563-573.

(119) *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017.

(120) E. Wisniewski, art. cit., pp. 74-75.

(121) *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, pt 148.

(122) *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, sentence préc., pts 382 et 387.

(123) *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, sentence préc., pt 391.

référentiel (124), de la totalité de la valeur de son investissement, au point qu'il ne pouvait plus assurer le service de la dette externe contractée (125).

29. Un tout autre problème est posé dans l'instance en cours (depuis plus de six ans) relative à la contestation par le producteur d'électricité suédois *Vattenfall* de la décision de l'Allemagne de mettre fin à l'exploitation de ses centrales nucléaires, à la suite de la catastrophe de Fukushima (126). Il est en effet observé qu'un « déphasage » progressif de la production d'énergie d'origine nucléaire avait été adopté par le législateur allemand en 2002, puis ralenti en 2010, à peine un an avant la déclaration soudaine d'un moratoire et l'accélération très forte du déphasage en 2011, lequel pouvait dès lors difficilement être prévu par les opérateurs (127).

30. C'est sur des terrains conceptuels comparables que le CETA, à défaut d'être parvenu à un équilibre qui aurait permis le maintien d'un règlement arbitral des différends, s'efforce de restreindre de manière limitée les droits des investisseurs (128), sans pour autant apaiser les tensions (129). Les parties y « réaffirment leur droit de régler sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection [...] de l'environnement [...] » et que le simple fait d'exercer leur « droit de régler » d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur ne constitue pas une violation d'une obligation prévue pour les besoins de la protection des investissements des ressortissants de l'autre partie (130). Un

(124) *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, sentence préc., pt 413.

(125) *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, sentence préc., pt 416.

(126) *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12).

(127) E. Wisniewski, art. cit., p. 69.

(128) Pour une discussion de cette recherche, alors en cours, v. A. Mourre et J. Fouret, « Le chapitre X de l'accord économique et commercial global Canada-Union européenne : une solution équilibrée au débat sur le recours à l'arbitrage dans le règlement des différends entre investisseurs et Etats ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 570.

(129) V. pour des positions en opposition frontale : J. Fouret et R. Beauchard, « Le CETA offre-t-il des garanties suffisantes pour la préservation des législations sociales et environnementales », *Rev. Dr. Travail*, 2019, 378.

(130) CETA, article 8.9.

chapitre XXIV intitulé « Commerce et environnement » réitère « le droit de chaque Partie de définir ses priorités environnementales, d'établir ses niveaux de protection de l'environnement ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation et ses politiques », lesquelles « assurent et encouragent des niveaux élevés de protection de l'environnement », même s'il est ajouté que c'est « d'une manière conforme au présent accord et aux accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elle est partie » (131). Le CETA est parfois présenté comme un modèle d'équilibre entre la protection des investissements et le droit des Etats de réglementer afin de poursuivre des objectifs légitimes de politiques publiques alors même qu'il est fortement contesté sur ce terrain précis ; il est vrai qu'il s'essaye à un « encadrement substantiel et procédural de la protection des investissements » et, de ce fait, « constitue une rupture par rapport à un droit international de l'investissement très libéralement interprété et très protecteur des investisseurs », même s'il « n'engage pas les parties à lutter contre les changements climatiques, ni à détourner les flux d'investissements favorables aux énergies fossiles » (132).

II. – L'ARBITRAGE COMMERCIAL

31. Il est généralement admis qu'un très grand nombre de contrats internationaux ont une dimension environnementale, « même les relations contractuelles les plus banales » (133) et, partant, le contentieux survenant à l'occasion de leur exécution « se traduit par une variété de questions en matière de protection de l'environnement auxquelles sont confrontés les arbitres » (134).

32. Mieux, on envisage désormais que l'arbitrage commercial international, y compris sous les auspices de la Chambre de commerce internationale, puisse servir de forum pour la résolution de contentieux opposant des personnes physiques non contractantes, éventuellement en grand nombre, voire des

(131) CETA, article 24.3. Dans le même sens, « il ne convient pas de stimuler le commerce ou l'investissement par l'affaiblissement ou la réduction des niveaux de protection prévus par leur droit de l'environnement » (*id.*, art. 24.5).

(132) S. Grosbon, art. cit.

(133) V. par ex., O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pt 3.

(134) E. Jolivet, art. cit.

groupements les représentant, à des entreprises prétendument à l'origine de dommages climatiques et environnementaux (135), notamment lorsqu'elles invoquent des atteintes à leurs droits subjectifs (136).

Si l'aptitude de l'arbitrage commercial à trancher des litiges liés à l'environnement et aux changements climatiques suscite moins d'hésitations ou en tous cas soulève moins de questions institutionnelles que celle de l'arbitrage d'investissement (A), l'application du droit européen de l'environnement n'y paraît en aucun cas douteuse et ne se heurte à aucune difficulté de ce type (B).

A) L'aptitude de l'arbitrage commercial à trancher des litiges liés à l'environnement et aux changements climatiques

33. Tout comme dans l'arbitrage d'investissement, il ne fait aucun doute que les tribunaux relevant de l'arbitrage commercial « *prennent en considération les normes environnementales créées par les Etats* » même s'il est pertinent de s'interroger sur la question de « *savoir si l'arbitre, juge privé, juge d'un seul litige, est un gardien légitime et surtout efficace de l'environnement* » (137). A cet égard, un auteur soutient, non sans raison, que l'arbitrage commercial international ne présente en matière environnementale « *aucune spécificité par rapport aux autres procédures arbitrales* », ces litiges restant normalement « *soumis à un droit national dont l'arbitre tient compte au titre de la volonté des parties et au titre de l'ordre public* », tout en reconnaissant que l'absence d'une jurisprudence arbitrale ne lui permet pas de contribuer au développement du droit de l'environnement (138). Plus modestement, on observera que l'absence de transparence dans l'arbitrage commercial international (139) ne permet pas

(135) ICC, « Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR », rapport préc., paragraphe 3.6.

(136) O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pts 6-7.

(137) E. Loquin, préc., p. 300.

(138) O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pt 8.

(139) V. toutefois, les progrès accomplis en ce sens par diverses institutions, en particulier la Cour permanente d'arbitrage dans son règlement susmentionné et la Chambre de commerce internationale (ICC, « Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR », rapport préc., paragraphes 6.72 à 6.77).

réellement de confirmer ce respect du droit de l'environnement par les arbitres.

34. Dans son arrêt *Achmea* évoqué ci-dessus, la Cour de justice a tenté de distinguer l'arbitrage commercial de l'arbitrage d'investissement au motif qu'une procédure d'arbitrage commercial « trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause » (ce qui est exact) alors que les Etats membres consentent dans un TBI à soustraire un différend avec un investisseur à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voies de recours juridictionnel (ce qui l'est tout autant) (140). Elle a ainsi rappelé sa jurisprudence *Eco Swiss* selon laquelle, dans l'arbitrage commercial, les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale « justifient que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions des Etats membres revête un caractère limité, pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre de ce contrôle et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour » (141). Dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance d'une violation de règles d'ordre public du droit européen (142).

35. L'analogie est possible avec le droit de l'environnement et du climat, dont la Cour conviendrait certainement qu'il relève en grande partie de l'ordre public. Cependant, cette évidence conduit à préciser que l'ordre public ici en cause n'est pas celui compris au sens du droit interne, mais bien plutôt son acception limitée au sens du droit international privé. La Cour a ainsi précisé, toujours dans l'arrêt *Eco Swiss*, que la règle européenne était d'ordre public au sens de la convention de New York du 10 juin 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences

(140) CJUE (grde chbre), 6 mars 2018, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, aff. C-284/16, préc., pts. 54 et 55.

(141) CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, EU:C:1999:269, pts 35, 36 et 40 ; v. ég., CJUE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, EU:C:2006:675, pts 34 à 39.

(142) En l'espèce l'interdiction des ententes anti-concurrentielles : v. CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, EU:C:1999:269, pts 37 à 39.

arbitrales étrangères (143), ce qui revenait à admettre cette acception limitée. Au demeurant, même s'il est de ce fait impossible d'énoncer en termes généraux que l'intégralité des dispositions de droit européen de l'environnement et du climat devrait être ainsi qualifiée, cette démarche ne pouvant que relever d'une analyse au cas par cas, bon nombre d'entre elles présentent à n'en pas douter un tel caractère.

36. La question de l'arbitrabilité d'un litige (144) intéressant l'environnement, et par extension le changement climatique, n'est pas plus discutée que dans d'autres domaines mettant l'intérêt général ou l'ordre public en cause, que ce soit *ratione personae* ou *ratione materiae* (145). Tout comme dans d'autres domaines impératifs du droit européen, il est possible de considérer (146) que « *l'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport litigieux* » (147). Au demeurant, il est tout aussi peu douteux qu'« *un arbitre ne pourrait donner effet à un contrat heurtant les règles de protection de l'environnement* » plus que ne le ferait le juge étatique, tous deux étant également tenus d'assurer le respect de l'ordre public (148), ou tout au moins, en matière internationale, l'ensemble des règles et des valeurs essentiels dont le juge ne peut souffrir la violation. Or, certaines règles d'ordre public communautaire ont été qualifiées d'ordre public international (149), et tout porte à croire qu'il doive en aller de même en matière environnementale (150). A défaut de le respecter, la sentence arbitrale encourrait les foudres du juge du contrôle, et de celui du futur lieu de son *exequatur* (151). Même statuant en amiable

(143) CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, préc., pt 38. La Cour souligne que la convention est « *ratifiée par tous les Etats membres* ».

(144) C'est-à-dire sa « *faculté [...] d'être résolu par la voie de l'arbitrage* » (J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, 25).

(145) V. Thieffry, art. cit.

(146) En ce sens, v. Th. Clay, art. cit., pt 17.

(147) Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal*, *Rev. arb.*, 1993, 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 1993, 957, note L. Idot.

(148) Th. Clay, art. cit., pt 20. L'auteur fait un parallèle avec le contrat de corruption.

(149) Paris, 18 novembre 2004, *SA Thalès air défense/GIE Euromissile*, *JurisData* : 2004-264585 ; *JCP G*, 2005, II, 10038, note G. Chabot ; obs. Ch. Seragliani, *JCP G*, 2005, I, n° 8.

(150) V. Thieffry, art. cit., p. 29.

(151) Th. Clay, art. cit., pt 32 ; V. Thieffry, art. cit., pp. 27 et s.

composition, l'arbitre est tenu de respecter l'ordre public de direction aussi bien que le contrat. Ainsi, en l'absence de stipulation contractuelle pertinente, un tribunal arbitral a décidé que la remise en état d'une installation d'extraction pétrolière en fin d'exploitation était obligatoire et que le droit international coutumier faisait peser sur les opérateurs privés une obligation générale en ce sens (152). De manière plus prégnante encore pour la prise en compte des normes environnementales, on a relevé le parallèle qui pourrait être fait entre certaines atteintes à l'environnement particulièrement inacceptables et des domaines dans lesquels le juge étatique chargé du contrôle paraît s'acheminer vers un contrôle plein du respect de l'ordre public (153).

B) L'application automatique du droit européen de l'environnement dans l'arbitrage commercial

37. Si la confidentialité encore prévalente dans l'arbitrage commercial ne permet pas de faire une description systématique de sa pratique, un certain nombre d'études publiées ainsi que l'expérience permettent de témoigner de la richesse et de la diversité de celle-ci. Déjà en 2004, un observateur particulièrement autorisé de la pratique des tribunaux arbitraux constitués selon les dispositions du règlement d'arbitrage de la CCI signalait que huit sentences rendues entre 1999 et 2001 sous les auspices de cette institution « *abordent souvent des aspects environnementaux* » (154). Le même auteur en releva plus tard vingt-deux autres, rendues entre 2001 et 2007 et opposant majoritairement des parties occidentales (155). Cet auteur relève que « *les tribunaux arbitraux attachent un soin particulier à déterminer si les demandes relatives à l'environnement sont fondées,*

(152) Th. Clay, art. cit., pt 27, faisant état d'une sentence inédite qui aurait ainsi appliqué le principe de précaution et transformerait l'arbitre en « *gardien de l'environnement par le jeu du principe de précaution* », ce qui peut paraître douteux eu égard à la teneur de celui-ci et à sa pertinence limitée en l'occurrence.

(153) O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pt 11 et la note 24.

(154) E. Jolivet, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage CCI », préc. V. ég., Th. Clay, art. cit., pt 23. L'auteur cite en exemple l'affaire de la décharge de Montchanin dans laquelle le tribunal arbitral a fait évaluer le montant des dommages par un expert et l'a imputé sur la valeur de la société cédée « *comme n'importe quel juge étatique* ».

(155) E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

certaines parties semblant invoquer de prétendues atteintes à l'environnement dans l'optique de leurrer les arbitres et d'obtenir un dédommagement pour un dommage non subi » (156).

38. En réalité, pour les besoins du raisonnement arbitral, la norme de droit européen de l'environnement ne se distingue pas des autres règles du droit applicable. A nouveau en raison de l'intégration du droit européen dans l'ordre juridique national des États membres, dès lors que les arbitres choisissent d'appliquer le droit de l'un deux, ils y incluent l'ensemble des règles du droit européen de l'environnement pertinentes. Il en est ainsi soit indirectement, lorsqu'une directive de l'Union a été transposée dans le droit national applicable, auquel cas les parties n'en continuent pas moins assez souvent et pour diverses raisons de se référer à la directive, soit plus directement lorsque le législateur de l'Union s'est exprimé par la voie d'un règlement ne nécessitant pas une telle transposition.

39. A l'observation, il apparaît que les questions environnementales sont assez fréquemment pertinentes pour la solution de différends liés aux garanties de passif environnementales, mais le droit européen de l'environnement est couramment invoqué dans des litiges arbitraux de bien d'autres natures, et il est prévisible qu'il le sera également dans les litiges liés aux changements climatiques qui sont appelés à se développer.

1°) *Les garanties de passif environnemental*

40. Il a été relevé que les problèmes de droit de l'environnement sont le plus fréquemment abordés dans les affaires de cession et acquisition de sociétés (157), dans le cadre desquelles les clauses de garantie de passif ou de valeur de la société ont une importance primordiale. Les contractants prévoient « *des stipulations particulières en matière d'environnement au sein de ces clauses de garantie* » (158). De manière très similaire au contentieux judiciaire, la juridiction arbitrale a pour mission l'interprétation et l'application de la garantie, dans le plus pur esprit du droit des contrats applicable et en considération des principes

(156) E. Jolivet et L. Marquis, art. cit., p. 93.

(157) Emmanuel Jolivet et Laurence Marquis en relèvent un peu moins de la moitié parmi les vingt-deux qu'ils ont analysées.

(158) E. Jolivet, art. cit.

d'interprétation propres à celui-ci (159). L'objet du litige est d'attribuer à l'une des parties le coût résultant du non-respect des normes environnementales, et il est pertinent de relever que « *dans ces espèces, les arbitres n'interviennent pas en tant que gardien de l'environnement, ni même obligent les parties à respecter les normes environnementales* » (160).

41. Dans le cas le plus topique, le cessionnaire découvre la contamination du site, se voit imposer sa remise en état par les autorités et fait jouer une clause de garantie de passif ou de révision du prix couvrant les mesures imposées par les autorités en lien avec des polluants se trouvant sur le site au moment de la cession (161). Il peut s'agir de la découverte tardive de la nécessité de mettre l'installation aux normes, par exemple en la dotant d'une station de traitement des eaux (162), ou du défaut d'information du cessionnaire par le cédant quant aux problèmes attendus pour rendre les rejets, dans un cours d'eau, des eaux usées au cours d'un processus industriel (163).

42. Trois questions sont très vite apparues déterminantes de ces différends, et le vécu de cette pratique arbitrale un peu particulière permet de confirmer qu'elles le sont effectivement toujours aujourd'hui dans la plupart des cas. La première de ces questions est celle de l'existence d'une pollution sur le site où était exploitée l'activité en cause, et surtout d'une pollution tombant dans le champ d'application de l'accord des parties, lequel ne couvre généralement pas n'importe quelle pollution mais seulement celles d'une certaine nature, atteignant un certain seuil de gravité ou, de manière plus pertinente encore, donnant lieu à une obligation légale pour l'exploitant de prendre des mesures de gestion pouvant aller jusqu'à une certaine forme de

(159) V. par ex. : CCI, Sentence finale de 2001 dans l'affaire 10646, signalée par E. Jolivet, art. cit.

(160) E. Loquin, préc., p. 301.

(161) CCI, Sentence finale de 2003 dans l'affaire 11358, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit. En l'espèce, il s'agissait d'installations pétrochimiques en Belgique et le cessionnaire soutenait que le cédant aurait dû en informer les autorités au regard de la loi belge sur les déchets.

(162) CCI, Sentence finale de 2001 dans l'affaire 10563, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit. L'installation était apparemment située en Espagne, et relevait donc vraisemblablement de la législation nationale de transposition du droit européen.

(163) De production de cellulose, en l'espèce : CCI, Sentence finale de 2006 dans l'affaire 13357, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

remise en état du site (164). La deuxième question est celle de l'imputabilité de cette pollution à l'une des parties : le cédant si elle est antérieure à la cession, le cessionnaire dans le cas contraire, et les deux dans des proportions à déterminer si elle a débuté antérieurement à la cession et s'est poursuivie ensuite. Enfin, la troisième question est celle de la quantification de l'augmentation de passif, de la perte de valeur ou des mesures de gestion (études, ingénierie, mise en conformité de l'installation (165), remise en état et surveillance du site et des environs...) nécessaires, étant précisé que, si un plafond d'indemnisation est souvent stipulé entre les parties, ce n'est en l'occurrence pas toujours le cas (166).

43. Une des toutes premières sentences CCI signalées abordait déjà ces trois questions à propos d'une pollution des sols et nappes phréatiques, bien que le commentateur ne mentionne pas si elles ont été tranchées par référence aux seuls standards contractuels ou si le tribunal a dû tenir compte, pour appliquer l'accord des parties, de règles de droit l'environnement ou de décisions administratives les appliquant (167). Cependant, d'autres sentences alors signalées avaient bien pour objet la non-conformité des installations à la réglementation applicable (des déchets et/ou des installations classées) et des décisions

(164) Par exemple, en France, « conformément à la *Méthodologie nationale de gestion de sites et sols pollués* », instrument mis au point et actualisé périodiquement par les services centraux du ministère de l'environnement ayant la valeur d'une circulaire administrative et destinée à servir de référence méthodologique aux services de l'administration territoriale en charge des « *installations classées pour la protection de l'environnement* » au sens des articles L. 511-1 et s. du code de l'environnement, dont ressortissent en particulier celles relevant de la directive 2010/75 du 24 novembre 2010, relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution), *JOUE*, L 334 du 17 décembre 2010 et de la Directive 2012/18 du 4 juillet 2012, concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82, *JOUE*, L 197 du 24 juillet 2012, dite « Seveso », c'est-à-dire les installations couramment désignées « IPPC » et « Seveso ».

(165) Cette mise en conformité, parfois anticipée par les parties au moment de la cession mais s'avérant impossible en conformité avec la réglementation applicable, la question peut se poser de savoir si c'est le cédant ou le cessionnaire qui a assumé le risque dans la garantie : v. par ex., CCI, Sentence finale de 2001 dans l'affaire 10646, signalée par E. Jolivet, art. cit.

(166) Peut-être en raison de la conscience qu'ont les parties de l'importance des enjeux, à la différence des autres garanties, un tel plafond n'est pas toujours prévu pour les passifs environnementaux : v. par ex. : CCI, Sentence partielle de 1999 dans l'affaire 9423, signalée par E. Jolivet, art. cit.

(167) CCI, Sentence finale de 1999 dans l'affaire 9070, signalée par E. Jolivet, art. cit.

administratives ordonnant leur remise en état (168). Étaient en cause, selon les cas, des pollutions de l'eau et des sols et des déchets dangereux (169), ou encore la présence d'amiante et de plomb (170), mais plus rarement la pollution atmosphérique et pratiquement jamais la pollution sonore (171). C'est d'ailleurs aujourd'hui en pratique généralement le cas, au moins lorsque la garantie de passif environnementale a reçu un certain niveau d'attention au cours de la négociation de l'accord de cession, et donc pour les sites sur lesquels ont été exercées des activités polluantes (172).

44. La question voisine de la détermination du prix de cession des actions de la société exploitante d'une installation polluante en fonction des résultats de l'exercice en cours ou à venir se pose également. Une sentence a ainsi considéré que les coûts de travaux imposés par la législation environnementale italienne devaient être comptabilisés en charges plutôt que dans une provision pour risques nonobstant le caractère licite de l'activité dangereuse exercée (173).

45. On signale encore le cas du cédant d'un bloc de contrôle, resté actionnaire minoritaire, obtenant réparation du cessionnaire devenu majoritaire qui avait failli à l'obligation qu'il avait souscrite de procéder à des investissements sur cinq ans relatifs aux sols et sous-sols, aux rejets d'eaux usées, au contrôle de la qualité de l'eau et à des forages (174).

(168) CCI, Sentences finale de 1999 dans l'affaire 9363 et de 2000 dans l'affaire 9423 et de 2000 dans l'affaire 9715, signalées par E. Jolivet, art. cit.

(169) CCI, Sentences finale de 1999 dans l'affaire 9363, de 2000 dans l'affaire 9423 et de 2000 dans l'affaire 9715, signalées par E. Jolivet, art. cit.

(170) CCI, Sentence finale de 2000 dans l'affaire 9715, signalée par E. Jolivet, art. cit.

(171) E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(172) Pour un exemple classique de site contaminé relativement auquel le tribunal arbitral condamne le cédant à réparer le préjudice subi par le cessionnaire du fait de contaminations du sol et des eaux ainsi que du traitement irrégulier de déchets dangereux : CCI, Sentence finale de 2006 dans l'affaire 12125, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(173) CCI, Sentence finale de 2000 dans l'affaire 9063, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit. Le fait qu'il s'agisse d'une activité dangereuse permet de penser que la législation en cause transposait vraisemblablement une ou plusieurs normes de droit européen de l'environnement.

(174) CCI, Sentence finale de 2004 dans l'affaire 11385, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit. Le site était situé en Roumanie, dont la procédure d'adhésion à l'Union était alors en cours.

2°) *Autres situations juridiques impliquant le droit européen de l'environnement*

46. Parmi les autres sentences CCI relevées dans les études publiées, et qui « *abordent souvent des aspects environnementaux* », il en est mentionné qui sont relatives à la prospection et l'exploitation de ressources naturelles, minières, gazières ou pétrolières ainsi qu'en matière de transport, stockage et utilisation de ces matières premières (175), à l'ingénierie civile et mécanique et à la pétrochimie (176). Il a pu être considéré que le « *rôle central des interventions étatiques* » pouvant aller jusqu'à l'adoption ou la modification sans préavis de normes environnementales concourant à « *une insécurité juridique préjudiciable au développement du commerce international* », l'équilibre contractuel initialement envisagé par les parties « *s'en trouvant affecté, voire bouleversé* » (177).

47. Les hypothèses les plus diverses sont rencontrées, à l'instar de l'arbitrage commercial international en général. Un fournisseur d'électricité peut solliciter l'augmentation du prix contractuel au motif du renchérissement de la production par l'effet de décisions administratives prises dans un but de protection de l'environnement (178). Une joint-venture de production ne peut être mise en œuvre si les autorisations administratives de prélèvement d'eau prévues ne sont pas accordées conformément à la réglementation applicable, ce qui pose la question de la responsabilité contractuelle des participants l'un à l'égard de l'autre (179). Un prestataire de services d'ingénierie environnementale chargé d'assister une entreprise métallurgique en lui fournissant des prestations visant à élaborer des mesures de protection de l'environnement et à améliorer son efficacité énergétique peut rechercher l'indemnisation d'une rupture abusive de son contrat (180).

(175) E. Jolivet, art. cit. ; E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(176) E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(177) E. Jolivet, art. cit.

(178) En vain si ces décisions ne satisfont pas les conditions prévues au contrat pour la révision du prix en cas de modification du cadre légal applicable, d'une part, et s'il a manqué à son obligation de minimiser les incidences d'une telle modification, d'autre part : CCI, Sentence finale de 2007 dans l'affaire 13621, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(179) CCI, Sentence finale de 1999 dans l'affaire 9377, signalée par E. Jolivet, art. cit.

(180) CCI, Sentence finale de 2007 dans l'affaire 14297, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

48. Les questions environnementales se posent souvent à l'occasion de grands projets de construction et d'infrastructures. Parfois, ces projets ont un lien direct avec une activité de services liés à l'environnement ou à l'énergie, renouvelable ou non : barrages hydrauliques, parcs solaires ou éoliens... L'arbitre peut avoir à décider qui, du maître de l'ouvrage, de l'entreprise principale ou de son sous-traitant doit supporter les incidences financières d'une modification du projet rendue nécessaire par la législation environnementale (181), d'un « *plan de gestion environnementale* » devant être élaboré par l'entrepreneur principal construisant un barrage ou par son sous-traitant édifiant des bâtiments annexes (182), ou encore de la nécessité de rendre les turbines et pompes hydrauliques conformes aux normes locales en matière de bruit pour un cabinet d'ingénierie intervenant dans la réalisation d'une centrale électrique (183). Une sentence a aussi condamné une entreprise chargée de la décontamination d'un site pollué pour ne pas avoir fait en sorte qu'y cessent des émissions de gaz de décharge (184).

49. Mais il n'en est pas toujours ainsi puisque virtuellement tout grand projet comportant une intervention dans le milieu naturel peut présenter des incidences pour l'environnement. C'est d'ailleurs ce qui les rend passibles d'un des plus notoires dispositifs du droit européen de l'environnement, l'obligation de procéder à une évaluation préalable, encore dénommée étude d'impact. Un tribunal arbitral peut avoir à connaître d'un manquement à cette obligation engageant la responsabilité contractuelle d'une partie (185).

50. Il est assez rare que l'application du droit européen de l'environnement lui-même soit signalée. Outre la publicité très restreinte faite aux sentences arbitrales commerciales, cette

(181) En l'espèce, dans le cadre de la construction d'un terminal de pétrole brut en Lituanie : CCI, Sentence finale de 2003 dans l'affaire 11082, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(182) CCI, Sentence finale de 2001 dans l'affaire 10244, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(183) CCI, Sentence finale de 2003 dans l'affaire 10805, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(184) CCI, Sentence finale de 2004 dans l'affaire 12727, E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(185) CCI, Sentence finale de 2001 dans l'affaire 10874, signalée par E. Jolivet, art. cit. Le droit argentin s'appliquait à ladite obligation dans cette affaire, mais si le projet avait été localisé sur le territoire d'un Etat membre, l'évaluation aurait dû être faite en conformité avec les règles environnementales de celui-ci, qui eussent elles-mêmes dû respecter le droit européen.

situation peut s'expliquer par le fait qu'il s'exprime le plus souvent par la voie de directives transposées dans le droit interne des Etats membres et que les parties invoquent le plus souvent ce dernier. Il arrive pourtant qu'il soit invoqué et débattu. Une sentence signalée déboute l'acheteur de produits chimiques impropres à l'usage auquel il les destinait au motif que, s'il a fait état de diverses directives communautaires, l'une notamment relative aux déchets dangereux, c'est sans démontrer leur pertinence par rapport aux moyens soulevés (186). L'expérience montre même que, dès lors qu'une question décisive met en jeu une norme de droit européen, par exemple pour déterminer les impacts d'une activité ou les paramètres réglementaires applicables aux milieux environnementaux, parties et tribunaux ne manquent fort logiquement pas de se référer au texte européen, aux travaux pertinents des institutions de l'Union ni, encore moins, à la jurisprudence de la Cour de justice.

51. Il est à juste titre relevé que le rôle du tribunal arbitral n'est pas de protéger l'environnement, mais seulement de déterminer la partie au litige qui doit supporter le coût des obligations qui leur sont imposées (187). N'est-ce pas d'ailleurs inhérent au procès privé, et faut-il y voir un inconvénient ? Pour certains, les arbitres devraient s'impliquer « *dans la création d'un droit transnational protecteur de l'environnement, qui supplée à l'insuffisance des droits étatiques et qui est le réceptacle des valeurs essentielles reconnues par la communauté des nations* » (188), voire pourraient se transformer en « gardien de l'environnement » lorsque seraient réunies certaines circonstances telles qu'un mandat d'amiable compositeur ou une situation relevant du principe de précaution (189). Mais il est justement noté que cette perspective ne paraît pas à ce jour s'être traduite dans les faits (190).

52. Juge privé, l'arbitre tire son autorité de l'autonomie de la volonté, pas d'un quelconque mandat d'intérêt général. S'il doit veiller au respect de l'ordre public directeur, il n'a pas pour mission de se substituer aux autorités administratives pour faire

(186) Sentence finale de 2002 dans l'affaire 11648, signalée par E. Jolivet et L. Marquis, art. cit.

(187) E. Loquin, préc., p. 301.

(188) E. Loquin, préc., pp. 302 et 303.

(189) Th. Clay, art. cit., pts 20-22.

(190) O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », préc., pt 10.

progresser la cause environnementale. On est ici tenté de faire un parallèle entre certains cas de pollution et de corruption : si l'arbitre ne doit certes pas y prêter la main, s'il peut le cas échéant avoir des obligations d'investigation, voire éventuellement de révélation, il n'a certes pas d'autorité normative.

3°) *Les différends climatiques : prospective*

53. Les différends liés aux changements climatiques dont ont eu à connaître des tribunaux arbitraux sont par la force des choses encore rares et il serait vain de s'engager dans une extrapolation des contentieux judiciaires et administratifs certes de plus en plus nombreux. Pourtant, il est facile d'imaginer qu'ils puissent se développer assez fortement. Le rapport sur l'arbitrage des litiges liés aux changements climatiques de la Chambre de commerce internationale (191) s'y est d'ailleurs essayé.

54. En bref, ce rapport évoque trois catégories possibles de litiges. Les premiers surviennent en relation avec des contrats ou des investissements ayant pour objet la limitation des émissions ou l'adaptation aux changements climatiques, telles des activités participant de la transition énergétique ou des autres transitions similaires devenues nécessaires dans des secteurs tels que l'industrie, les transports, la construction ou l'agriculture ; on pense alors non seulement à des opérations sur droits d'émission de gaz à effet de serre ou à des financements verts, mais encore à toutes celles portant sur des installations énergétiques, que ce soit au stade de la conception, de la construction, de l'exploitation (par exemple de parcs solaires ou éoliens), la réhabilitation (d'installations hydroélectriques) ou la fin de vie (des centrales nucléaires) ou sur toutes autres infrastructures, notamment industrielles ou agricoles. Les deuxièmes concernent potentiellement tous types d'activités commerciales et industrielles non spécifiquement liés à ces limitation, adaptation ou transitions, mais impactées par les phénomènes climatiques, c'est-à-dire potentiellement sans limite ; des questions d'adaptation du contrat, de force majeure ou, plus simplement, d'inexécution contractuelle peuvent ici survenir à tout propos. Les troisièmes seraient potentiellement plus stimulants, car novateurs, pour la pratique arbitrale puisqu'ils n'interviendraient pas dans un contexte contractuel mais par la voie de compromis conclus après

(191) ICC, « Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR », rapport préc., section II.

la survenance de litiges ; on pense ici aux réclamations formées par des catégories de personnes affectées par les activités liées aux transitions liées aux changements climatiques (projets liés aux énergies renouvelables ou à la reforestation, par exemple) à l'égard d'entreprises leur proposant un tel mode alternatif de règlement, ou même à des offres unilatérales d'arbitrage comparables à celles trouvées dans les TBI mais qui seraient émises par des entreprises, par exemple dans leurs chartes éthiques, codes de conduite ou autres actions relevant de la responsabilité sociale et environnementale. Bien entendu, tous ces sujets relèvent, entre autres, du droit européen, du droit européen de l'environnement et, désormais, du droit européen du climat...

55. Ces quelques éléments de prospective sont à tout le moins significatifs de la marge d'évolution encore grande de l'arbitrage en matière environnementale, et du potentiel d'application du droit européen de l'environnement et du climat par les juridictions arbitrales.