



HAL
open science

Les protections des investissements internationaux et le dumping social : quels arbitrages ?

Rafael Encinas de Muñagorri

► To cite this version:

Rafael Encinas de Muñagorri. Les protections des investissements internationaux et le dumping social : quels arbitrages ?. Droit sans frontières. Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin, LexisNexis, pp.437-451, 2018. hal-02303502

HAL Id: hal-02303502

<https://hal.science/hal-02303502>

Submitted on 15 Mar 2022

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

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

La protection des investissements internationaux et le dumping social : quels arbitrages ?

Rafael Encinas de Muñagorri, Professeur à l'Université de Nantes, Directeur de Droit et changement social, UMR CNRS 6297

Publié in Droit sans frontières. Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin, LexisNexis, 2018, pp. 437-451.

Le lien entre les investissements internationaux et le droit du travail est plus concret qu'il n'y paraît de prime abord. Un exemple suffira à l'illustrer : lors de leur choix d'un lieu d'implantation en Europe, en l'occurrence en France, les dirigeants de la société Disney cherchèrent à bénéficier d'une « zone 'internationale' dans laquelle le droit du travail français n'aurait pas été applicable »¹. Ce vœu ne fut pas exaucé ; même pour Disney la lampe d'Aladin ne fonctionne pas toujours. Et l'investissement se fit avec maintien du droit du travail au sein du pays hôte.

« Les conditions, les relations et le droit du travail en général sont à l'évidence au centre de toute décision d'investissement »². L'affirmation va dans le sens de la présente étude mais elle est sans doute excessive car il est bien d'autres facteurs qui président à la décision d'investir. L'exposé du droit des investissements internationaux, malgré son essor doctrinal, consacre d'ailleurs une place réduite au droit du travail, qui demeure quasi-inexistante dans des ouvrages pourtant de référence³. Lorsqu'il est envisagé, le travail⁴ est souvent appréhendé, à l'instar de l'environnement⁵, sous l'angle des exceptions à la protection de l'investissement, exceptions justifiées par les droits de l'homme, ou plus largement par des valeurs légitimes que l'État souhaite préserver dans le cadre d'un développement durable⁶.

1. Marie-Ange Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Dalloz, A droit ouvert, 2006, p. 76.

2. Dominique Carreau, « Investissement », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017, n° 407.

3. *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, dir. S. Robert-Cuendet, Bruylant, 2017 ; Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 2ème éd., Pedone, 2017.

4. Voir not. les travaux Sheldon Leader, « Human Rights, Risks and New Strategies for Global Investment », *Journal of International Economic Law*, 2006, p. 657 ; du même auteur, « The Place of Labour Rights in Foreign Direct Investment », in *Global Labor and Employment Law for the Practicing Lawyer*, A. Morris and S. Estreicher (ed.), Kluwer, 2010 ; ou encore l'ouvrage *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, A. Perulli et T. Treu, eds, Wolters Kluwer, 2018.

5. Pour ne citer qu'un seul : Eric Loquin, « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G. Martin*, Edition Frison-Roche, 2013, p. 299, qui présente la protection de l'environnement ou de l'investisseur sous forme d'un dilemme pour les arbitres. pp. 303 et s.

6. Les travaux croisant droit des investissements internationaux et droits de l'homme sont désormais assez abondants. Sébastien Manciaux, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme », in *Au cœur des combats juridiques*, dir. E. Dockès, Dalloz 2007, p. 355 ; *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, F. Francioni, Petersmann E.U., Dupuy P. M. (ed) Oxford University Press, 2009 ; *Foreign Investment and Human Development, - The Law*

Cela dit, la prise en compte du travail dans les investissements internationaux semble obéir à une autre logique que celle de l'environnement, en ce qu'elle est plus intimement liée à la compétitivité économique des États et à la rentabilité des investissements.

Le lien entre droit du travail et protection des investissements internationaux n'est pourtant pas évident à établir de manière univoque. La compréhension des enjeux est ici dominée par des oppositions plus ou moins frontales. Exposons-les au risque de schématiser. Pour les uns, il convient de séparer ce qui relève de l'économie et du social, du commerce et du travail, du droit des investissements internationaux et du droit du travail organisé au niveau national. Ce premier courant n'est guère favorable à établir un lien entre le commerce et le travail (*trade-labor link, investment-labor link*), et considère que les deux domaines doivent demeurer sur des plans conceptuels et normatifs distincts.

Il est parfois accompagné, aussi bien dans le monde des affaires que pour de nombreux responsables de pays en voie de développement, de l'idée selon laquelle le travail doit pouvoir demeurer un avantage comparatif au sein d'une concurrence économique mondialisée. Il ne saurait être le paravent d'un protectionnisme des pays occidentaux ; ce qui explique l'opposition constante à l'inscription d'une clause sociale dans le traité de l'Organisation mondiale du commerce⁷.

Le deuxième courant, à l'inverse, est animé du souci explicite d'établir un lien entre l'investissement et le travail, afin de permettre un développement économique socialement harmonieux, voire de rétablir une saine hiérarchie entre les valeurs économiques et sociales, ce qui a pu être proposé dans le cadre des investissements internationaux, au nom de l'humanisme, par la recherche d'un cercle vertueux⁸. La protection des investissements internationaux peut-elle entrer en synergie positive avec la promotion des droits des travailleurs ?

Envisager la question suppose de s'émanciper des idées reçues relatives au « dumping social », expression à connotation péjorative souvent associée à l'idée d'une spirale négative, d'une course vers le bas (*race to the bottom*), au moins-disant social. Certes, il est parfois écrit que les investissements ont « naturellement tendance à se diriger vers les pays à moindre coût (phénomène parfois qualifié de 'dumping social') »⁹. Toutefois, cela ne semble pas toujours exact et les études empiriques¹⁰ montrent qu'il n'existe pas de causalité claire entre le « dumping social » et les investissements internationaux, renvoyant ainsi dos à dos les tenants d'une idéologie du libre-échange

and Economics of International Investment Agreements, De Schutter O., Swinnen J. Wouters K. ed., Routledge 2013.

7. Cf not. Elissa Alben, « GATT and the Fair Wage : A Historical Perspective on the Labor-Trade Link, *Columbia Law Review*, vol 101, n° 6, 2001, p. 1410.

8. Jordi Agusti-Panareda, Puig. S., "Labor Protection and Investment Regulation :Promoting a Virtuous Circle", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 51, 2015, pp. 105-117.

9. Dominique Carreau, *op. cit.*, n°407.

10 . Jens Alber et Guy Standing, « Social dumping, catch-up, or convergence ? Europe in a comparative global context », *Journal of European Social Policy*, 2000, 10 (2), p. 99.

pour lesquels le commerce et l'investissement bénéficient mécaniquement aux travailleurs et ceux accusant cette même libéralisation de tous les maux du droit du travail et de la conditions des travailleurs. Les investissements internationaux peuvent conduire à une amélioration *tout comme* à une détérioration des droits du travail. Les meilleurs spécialistes des relations entre le droit du travail et le commerce international ont d'ailleurs pu mettre en garde contre une approche en terme de « dumping social » : il est illusoire de chercher un système normatif reposant sur une comparaison des coûts du travail¹¹.

Cela dit, le problème reste entier et la présente étude vise à éclaircir les dynamiques juridiques à l'oeuvre entre droit des investissements internationaux et phénomènes de « dumping social ». Enlevons les guillemets et apportons, après d'autres, deux précisions importantes : les États sont tout autant que les entreprises à l'origine du dumping social¹² ; il est possible de mener une analyse juridique du dumping social sans se prononcer sur sa légalité. Conscient de la diversité des définitions du dumping social, y compris des efforts louables pour le rendre « illégal » ou « illégitime », nous retiendrons dans le présent texte une définition large correspondant à l'ensemble « des stratégies concurrentielles fondées sur la variable sociale »¹³. Quelles sont ces stratégies de la part des États et des investisseurs ? Comment s'expriment-elles dans le droit des investissements internationaux ? Ces interrogations seront envisagées sous l'angle des accords bilatéraux d'investissements, puis des sentences arbitrales rendues dans le cadre des investissements, ce qui permettra d'esquisser l'existence de nouvelles articulations entre droit du travail et investissements internationaux.

I. L'émergence des clauses relatives au travail dans les traités bilatéraux d'investissement

C'est dans le domaine des accords du commerce international que les clauses relatives au travail ont retenu jusqu'à présent le plus d'attention¹⁴. Le constat a

11. Bob Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford, 2005, p. 13-15.

12. Alexandre Defossez, *Le dumping social en droit de l'Union européenne*, Larcier, 2014, p. 28. « Les acteurs du dumping social sont *traditionnellement* les États qui chercheraient à attirer les investisseurs en menant des politiques de réduction des droits sociaux. Les stratégies entrepreneuriales doivent également retenir l'attention. Les entreprises peuvent en effet chercher à tirer le meilleur profit des écarts de niveau de développement social qui préexistent entre certains États ». C'est nous qui soulignons.

13. *Op. cit.*, p. 20. Dans le cadre de sa thèse, l'auteur retient une définition plus précise : « forme de concurrence déloyale consistant dans l'exploitation, par un opérateur économique, d'une divergence entre une ou plusieurs règles de droit social des États membres de l'Union afin d'en tirer un avantage économique. L'existence d'une telle divergence peut être le résultat d'une politique délibérée d'un État membre destinée à asseoir, ou renforcer, sa position concurrentielle au sein du marché intérieur » p. 30.

14. B. Hepple, *op. cit.* pp. 69-151 ; En langue française, cf. not. L. Dubin, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, PUAM, 2003 ; de manière plus spécifique du même auteur, « Accords commerciaux préférentiels », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017, spéc. n° 95-100 ; Sylvain Zini, *Exporter le New Deal. Les normes sociales dans le politique commerciale des États-Unis*, Presses universitaires du Québec, 2017 ; ou encore G. Bargain, « La dimension sociale des accords de libre-échange de l'Union européenne » in *l'Union européenne et le libre-échange*, dir. A. Hervé, Pedone, 2018.

également été fait d'un essor des clauses relatives au travail dans les traités spécifiques aux investissements internationaux¹⁵, en particulier dans les accords bilatéraux d'investissement qui retiendront notre attention dans le cadre de la présente étude¹⁶. Ces clauses reposent sur le souhait explicite d'établir un lien entre les politiques d'investissement et le développement durable. L'Organisation internationale du travail est attentive à cette évolution, et un rapport¹⁷ a pu relever que 40 % des accords bilatéraux d'investissement (12 sur 31), conclus en 2014, faisaient référence à la protection des droits du travail. La prise en compte d'une période de référence plus longue indique une augmentation du nombre de ces clauses, que ce soit dans des accords entre les pays du nord et du sud, ou entre les pays du sud entre eux. De nos jours, plus de cent traités bilatéraux d'investissement contiennent des clauses relatives au travail¹⁸.

Les États-Unis ont été à l'origine de ce type de clause selon un processus en deux temps souvent utilisé en droit bilatéral des investissements¹⁹. Un État établit d'abord un modèle d'accord bilatéral d'investissement, une convention type qui a vocation à servir de modèle lors de la signature d'un accord avec un autre État. La première mention relative au travail apparaît dans le modèle des États-Unis de 1990, mais seulement au titre du préambule : « Reconnaissant que le développement des liens économiques et d'affaires peut contribuer au bien-être (well-being) des travailleurs pour les parties et promouvoir le respect des droits du travail internationalement reconnus »²⁰. A partir de 1994, le respect des droits du travail est affirmé comme un des buts des accords bilatéraux d'investissement²¹. A ce stade, la référence au droit du travail demeure un simple principe d'interprétation.

Ce n'est que dix ans plus tard, en 2004, que sera incluse dans le nouveau modèle d'accord des États-Unis, une mention du travail dans le texte lui-même, et non seulement dans le préambule. Intitulé « *Investment and Labor* », cet article 13 comprend deux paragraphes : le premier, connu en doctrine sous l'appellation de clause de non dérogation, vise à ce que les États ne dérogent pas à l'application des droits du travail internationalement reconnus afin d'attirer ou de maintenir chez eux les investisseurs

15. Cf en particulier, Jeffrey S. Vogt, « Trade and Investment Arrangements and Labor Rights », in L. Blecher, N.K. Stafford, and G. Bellamy eds., in *Corporate responsibility for human rights impact : new expectations and paradigms*, Washington, American Bar Association, 2014, p. 120.

16. Vid Prislán, et Ruben Zandvliet, « Labour provisions in international investment agreements: Prospects for sustainable development », in *Yearbook of International Investment Law and Policy* 2012/2013 (New York, Oxford University Press), p. 357 ; des mêmes auteurs, à partir de cette recherche initiale, « Mainstreaming sustainable development into international investment agreements : What role for labor provisions ? » in *International Investment Law and Development*, S.W. Schill C. J. Tams, R. Hofmann, ed., Edward Elgar, 2015, p. 390.

17. *Assessment of labour provisions in trade and investment arrangements*, Genève, ILO, 2016, pp. 26-29.

18. Pour avoir accès aux différents accords par pays et mots clefs, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> . Site consulté le 1^{er} mars 2018.

19. Cf not. Jeffrey S. Vogt, *op. cit.*, p. 164 et s.

20. Traductions par nos soins. Une telle mention figure dans des accords signés avec la Pologne 1990, le Kazakhstan 1992, ou encore l'Argentine, l'Equateur, la Jamaïque.

21. Il figurera dans une série d'accords signés des pays aussi distincts que l'Albanie, la Bolivie, le Mozambique.

internationaux ; les États de ces derniers ne devant pas non plus les inciter à le faire. Le deuxième paragraphe précise ce qu'il convient d'entendre par 'droits du travail' (*labor laws*) en renvoyant (à l'époque sans les nommer) aux quatre principes fondamentaux des droits au travail de l'OIT de 1998, auxquels il est ajouté des conditions acceptables de travail, le respect d'un salaire minimum et des heures de travail, la sécurité et la santé dans l'emploi²². La disposition fera l'objet, sous la perspective des droits, de deux objections majeures par plusieurs membres du sous-comité aux investissements du département d'État américain, comprenant des universitaires, des représentants syndicaux et de la société civile²³. D'abord, l'article 13.1 n'est pas formulé comme une obligation positive, mais seulement comme le fait de s'efforcer, de faire son possible (*strive to do so*), au mieux donc une obligation de moyen. Ensuite, la disposition ne requiert pas d'un pays qu'il ait un droit du travail, ni que le droit du travail soit fortifié mais seulement que la perspective d'un investissement ne soit pas une incitation pour renoncer à l'application des droits fondamentaux au travail. De plus, même à supposer cette obligation méconnue, elle n'est pas soumise au domaine de résolution des conflits entre États, pour ne connaître que des mécanismes de consultations visant à résoudre le problème.

Adoptée en 2012 par l'administration sous le mandat du président Obama, la dernière version en date du modèle d'accord bilatéral d'investissement²⁴ se montre plus précise : elle fait explicitement référence aux principes fondamentaux de l'OIT, formule avec plus de netteté l'obligation pour les États (spontanément ou sur incitation de l'investisseur) de ne pas abaisser les normes du droit du travail, délimite le domaine du droit du travail concerné en incluant l'objectif d'éliminer la discrimination dans l'emploi. De plus, elle mentionne aussi des procédures de consultation et une participation appropriée du public. Cela dit, elle ne modifie pas la situation sur les deux points essentiels : elle ne contraint pas un État à respecter des normes du travail internationalement reconnues, mais seulement à ce qu'il ne procède pas à des dérogations ou à une violation des normes existantes ; elle renvoie en cas de différend à des consultations, sans prévoir un cadre de résolution des conflits par une instance juridictionnelle ou arbitrale.

Une analyse plus générale des clauses relatives au travail dans les conventions bilatérales d'investissement²⁵ fait ressortir trois d'objectifs principaux : le respect des droits fondamentaux, l'absence de dérogation à des fins concurrentielles, le maintien de la faculté d'améliorer la condition des travailleurs. Ces objectifs sont liés au thème du dumping social. Cela dit, les trois objectifs évoqués se retrouvent dans des

22. 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, art. 13 (e). L'accord signé en 2005 avec l'Uruguay ou encore celui de 2008 avec Rwanda sont considérés comme typique de ce type de clause, cf. art. 13.

23. ACIEP Subcommittee, J. S. Vogt, *op. cit.*, p. 166.

24. 2012, U.S. Model Bilateral Investment Treaty, art. 13. <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Site consulté le 1^{er} mars 2018.

25. Voir en particulier, Vid Prislán, et Ruben Zandvliet, "Labour provisions in international investment agreements: Prospects for sustainable development", in *Yearbook of International Investment Law and Policy 2012/2013* (New York, Oxford University Press), p. 357.

proportions variables, et selon différentes articulations, dans les accords bilatéraux d'investissement. Reproduisons *in extenso*, en guise d'illustration, une clause figurant à l'article 6 de l'accord conclu en 2005 entre la Belgique et le Luxembourg d'une part, et la République démocratique du Congo de l'autre²⁶.

"ARTICLE 6 Travail

1. Reconnaisant que chaque Partie contractante a le droit de fixer ses propres normes de protection du travail et d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois ad hoc, chacune des Parties contractantes veillera à ce que sa législation fixe des normes de travail conformes aux droits universellement reconnus des travailleurs énoncés au paragraphe 6 de l'Article 1 et n'aura de cesse d'améliorer lesdites normes.

2. Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'assouplir la législation nationale du travail aux fins d'encourager les investissements. A cet égard, chacune des Parties contractantes veillera à ce qu'il ne soit pas accordé d'exemption ni dérogé d'aucune autre façon à ladite législation, pas plus qu'il ne soit offert de possibilité d'exemption ou autre dérogation aux fins d'encourager la constitution, l'entretien ou l'expansion d'un investissement sur son territoire.

3. Les Parties contractantes réaffirment leurs obligations en tant que membres de l'Organisation internationale du Travail ainsi que leurs engagements en vertu de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail et de son suivi. Les Parties contractantes veilleront à ce que lesdits principes et droits universellement reconnus des travailleurs énoncés au paragraphe 6 de l'Article 1 soient reconnus et protégés dans leur législation nationale.

4. Les parties reconnaissent que la coopération mutuelle leur offre des possibilités accrues d'amélioration des normes de protection du travail. A la demande de l'une des parties, l'autre partie acceptera que les représentants de leurs gouvernements se réunissent à des fins de consultations sur toute matière tombant dans le domaine d'application du présent article."

Le premier objectif – a priori le moins économique - repose sur l'idée que les investissements internationaux doivent s'accompagner du respect d'un socle de droits fondamentaux au travail, tel que celui formulé par l'Organisation internationale du travail en 1998. Dans l'exemple mentionné, il figure aux articles 6.1 et 6.3. Nous ne sommes plus à l'époque coloniale, et si mondialisation il y a, les investissements internationaux ne sauraient ouvertement prospérer dans un contexte de travail forcé, de travail des enfants, de négation de la liberté de s'associer en syndicat, ou encore de discriminations contraires aux droits fondamentaux. Les clauses relatives aux droits fondamentaux au travail visent à le rappeler aux États comme aux investisseurs. Rares sont cependant les dispositions des traités bilatéraux d'investissement qui vont au-delà et requièrent concrètement l'obligation pour les États, seuls ou avec les investisseurs, de respecter les droits fondamentaux des travailleurs²⁷.

26. La disposition a été choisie à titre d'exemple dans le recensement des clauses établi par des universitaires à travers le monde. *UNCTAD's IIA University Mapping Project, 2016*. Nous tenons à remercier notre collègue Sébastien Manciaux, contributeur à cette initiative, d'avoir attiré notre attention sur ce document disponible en ligne.

27. Jeffrey S. Vogt, *op. cit.*, p. 163.

Appréhendé le plus souvent sous l'angle des droits de l'homme au travail, ces clauses concernent aussi le thème du dumping social. Comme il a pu être montré²⁸, la non application par l'État hôte des droits des travailleurs est une forme de dumping social. Elle permet d'attirer les investisseurs avec le parfum de respectabilité d'un affichage de droit formel, sans pour autant les exposer à des contrôles et/ou des sanctions susceptibles de révéler des violations désobligeantes des droits fondamentaux.

La deuxième objectif - déjà évoqué et qui figure dans l'illustration reproduite à l'article 6.2 - vise à éviter que l'investissement international ne soit à l'origine d'un dumping social conduisant un État à diminuer les protections juridiques dont bénéficient les travailleurs. À première vue, c'est donc l'État hôte, maître de la législation nationale du travail, qui est concerné ; toutefois la disposition concerne aussi l'État de l'investisseur qui ne doit pas exercer de pression ou de négociation afin de permettre une diminution, sous forme de dérogations ou d'exemptions, du droit du travail applicable dans l'État hôte de l'investissement.

Dans une perspective de saine concurrence, il est ici question d'éviter de modifier à la baisse des garanties, pour attirer des investissements ou de les maintenir sur un territoire donné. Les clauses dites de non dérogation au droit du travail trouvent ici leur signification.

Le troisième objectif est le plus ambitieux et vise à faire concilier la protection des investissements internationaux avec le développement du droit du travail. L'accord reproduit contient des dispositions précises sur ce point : après rappel de la souveraineté normative des États en matière de législation du travail, il est fait mention de l'objectif « d'améliorer sans cesse » lesdites normes (art. 6.1), ou encore d'une coopération mutuelle offrant des possibilités d'amélioration (art. 6.4). Ces dispositions ne figurent pas dans tous les accords, loin s'en faut. L'objectif de progrès social est sans doute le moins évident à atteindre en pratique car il n'est pas premier chez les investisseurs qui souhaitent surtout se prémunir contre des évolutions susceptibles d'altérer la sécurité – c'est-à-dire la rentabilité – de leurs investissements.

Il en résulte parfois le souhait de figer les conditions sociales originelles, du moins d'éviter qu'elles n'évoluent au point de compromettre la sécurité des investissements. Tel est l'objectif des « clauses de stabilité » qui sont au cœur des tensions entre des investisseurs soucieux de sécurité et des États hôtes souhaitant maintenir une marge de manœuvre sur le plan législatif, y compris dans une perspective de progrès

28. Alexandre Defossez, *op. cit.*, p. 26. À partir d'un raisonnement fondé sur l'investissement, V. Prislán et R. Zandvliet, *op. cit.*, p. 366. distingue plusieurs moyens dont les États disposent, 1) moyens généraux que ce soit par la baisse des protections dans la loi nationale ou par la diminution de la capacité étatique/publique à en obtenir application 2) moyens spécifique à l'investissement, par des incitations mettant en place des zones spécifiques pour l'exportation, ou l'inclusion de clause de stabilisation dans les contrats.

permettant d'améliorer le droit du travail et le sort des travailleurs²⁹. Même en l'absence de telles clauses, le dumping social peut prendre la forme d'une frilosité à légiférer (*regulatory chill*), limitant ainsi la capacité des États à faire évoluer leur droit du travail.

C'est dans ce contexte que certains gouvernements tels l'Afrique du Sud ont pu dénoncer des accords. D'autres tels que la Bolivie, l'Équateur ou l'Inde ont exprimé une réticence à s'engager dans des accords bilatéraux d'investissement susceptibles de limiter leur marge de manœuvre sur le plan social³⁰. Ces positions semblent aussi tenir en partie à l'action (effective ou potentielle) des investisseurs visant à porter un conflit dans une juridiction arbitrale. Le fait est que des investisseurs forment des actions devant les arbitres afin de mettre en défaut les États pour leur comportement en matière sociale, ce qui invite à porter attention au sort donné à ces arguments par les sentences arbitrales.

II. Les décisions arbitrales relatives aux demandes des investisseurs visant à mettre en défaut le comportement des États en matière sociale

Le domaine de la protection des investissements connaît une spécificité du point de vue des parties. Structurellement, c'est en effet l'investisseur (personne privée) qui saisit la justice arbitrale, afin d'obtenir une sentence à l'encontre de l'État hôte au sein duquel l'investissement a été réalisé. Fondés sur des traités d'investissements, et parfois sur des accords spécifiques conclus directement par les investisseurs avec les États, lors de la réalisation de l'opération envisagée, les demandes ne portent pas, à titre principal, sur des questions relatives au droit du travail. Cela dit, les investisseurs saisissent parfois la justice arbitrale sur des faits qui concernent cet aspect, pour reprocher à des États de ne pas avoir protégé leurs investissements. Les limitations procédurales expliquent que les clauses spécifiques dont nous avons mentionné l'émergence dans les traités bilatéraux d'investissement, ne soient guère invoquées lors de la demande, ce qui n'enlève rien à la possibilité pour les États de les invoquer en défense. Aussi, c'est au titre des fondements classiques de la protection de l'investissement (traitement équitable, obligation de loyauté et d'équité) que l'argumentation sera le plus souvent conduite. Les décisions semblent peu nombreuses et le contentieux récent. Sans prétendre systématiser une quelconque jurisprudence - notion au demeurant discutable en matière arbitrale - trois types de situation semblent se présenter selon que l'investisseur reproche à l'État de ne pas appliquer des normes sociales à ses concurrents, de lui imposer des normes sociales inéquitable, ou encore de ne pas faire respecter la paix sociale.

29. John Gérard Ruggie in *Multinationals and the constitutionalization of the world power system*, Jean-Philippe Robé, Antoine Lyon-Caen, Stéphane Vernac ed., Routledge, 2016, Forword, xiii. Et dans le cadre de ses fonctions aux Nations-Unies, *Stabilization Clauses and Human Rights*, United Nations, 27 mai 2009. Dans la perspective du droit du travail, cf. Vania Brino, « Stabilization Clauses in State-Investor Agreements : A Brief Overview » in *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, A. Perulli et T. Treu, eds, Wolters Kluwer, 2018, p. 141.

30. *Assessment of labour provisions in trade and investment arrangements*, Genève, ILO, 2016, p. 27.

Une première situation est celle où un investisseur s'estime victime d'un traitement déloyal lorsque l'État hôte maintient ou adopte des conditions sociales faussant le jeu de la libre concurrence. Une illustration peut être donnée dans le conflit ayant opposé la société américaine UPS, spécialisée dans la livraison de colis et de courriers, et le gouvernement du Canada. Se plaçant dans le cadre du traité NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), la société UPS estimait que l'État canadien n'avait pas respecté ses obligations de loyauté (*fairness*) visant à promouvoir et protéger les investissements. Autant dire que la société UPS agissait ici devant la juridiction arbitrale en tant qu'investisseur, ce qui n'était pas évident au regard des faits à l'origine de la demande et donna lieu à une première décision du tribunal arbitral sur sa compétence³¹. Ce tribunal se reconnut compétent et, dans sa même composition, eut à statuer quelques années plus tard sur le fond³². En substance, la société UPS reprochait à l'État canadien de n'avoir pas protégé son investissement par un traitement déloyal au regard de *Canada Post Corporation*, institution du Gouvernement du Canada assurant des services dans ce même secteur. L'action visait donc un objectif de libre concurrence. Parmi les arguments avancés pour démontrer que le Canada n'avait pas traité de manière loyale et équitable l'investisseur (UPS), cette société invoqua notamment que les droits à la négociation collective des employés de *Canada Post* connaissaient des restrictions quant à la détermination du droit du travail et des pensions de retraite. L'existence de ces restrictions n'existant pas pour les travailleurs de la société UPS, il y avait là un traitement déloyal et inéquitable à l'égard de l'investisseur. Dans une réponse tenant en deux lignes, le tribunal arbitral ne considéra pas l'argument fondé³³.

L'affaire peut être anecdotique sur le plan juridique, mais elle suscita des craintes et le syndicat de travailleurs concerné (*The Canadian Union of Postal Workers*) ne manqua pas d'adresser ses arguments sous forme d'un *amicus curiae* au tribunal arbitral³⁴. Nul besoin d'insister, dans un pays comme la France, sur la sensibilité des travailleurs d'un service public face à un concurrent du secteur privé. Dans le cadre de la présente contribution, il convient surtout de relever que l'investisseur invoque ici (à tort ou à raison, peu importe) une carence du droit du travail de l'État hôte pour considérer que la protection de son investissement ne donne pas lieu à un traitement juste et équitable. En extrapolant, on pourrait imaginer qu'un investisseur agisse, pour faire jouer la libre concurrence, mais au nom de la protection de son investissement, contre un État hôte en lui reprochant de ne pas faire respecter les droits fondamentaux du travail à l'égard de ses concurrents implantés nationalement. De telles actions réalisent bien une articulation entre stratégies concurrentielles et variables sociales, mais c'est ici dans un sens opposé à celui du dumping social : elles

31. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL, 22 novembre 2002.

32. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Award on Awards on the Merits, UNCITRAL 24 mai 2007.

33. *Op. cit.*, ¶187.

34. *Op. Cit.*, ¶13.

conduisent implicitement à requérir une mise à niveau par le haut des standards de droit du travail afin de permettre un traitement loyal et équitable. Cela dit, l'argument est moins guidé par un mobile altruiste de progrès social que par le souhait d'éliminer un avantage comparatif jouant à son détriment dans la conquête d'un marché. Du reste, la demande de l'investisseur ne conduit pas forcément à favoriser l'activité économique et l'emploi d'un secteur national. C'est là toute l'ambiguïté de ce type de demande, et plus largement de raisonnement, qui a conduit à l'échec de l'insertion des clauses sociales dans les traités commerciaux et d'investissement.

Dans une deuxième situation, l'investisseur reproche à l'État de lui imposer des conditions sociales qu'il estime contraires à la protection de son investissement. La décision arbitrale rendue le 28 avril 2011 entre l'homme d'affaire russe Sergei Paushok et le gouvernement de Mongolie peut être ici mentionnée. En l'espèce, le conflit avait pour cadre un traité bilatéral d'investissement conclu entre la Russie et la Mongolie. Propriétaire de la société -'Golden East-Mongolia', GEM- l'homme d'affaire avait investi en Mongolie afin d'exploiter plusieurs sites, employant 1470 travailleurs, dont environ 700 de nationalité mongole³⁵. En 2006, le gouvernement de Mongolie adopta deux lois, dont une « *Foreign Workers Fee* » relative au travail, ou plus exactement à une nouvelle taxation portant sur la présence de travailleurs étrangers dans le secteur minier. Afin de protéger l'emploi national, une précédente loi nationale prévoyait qu'au-delà de 10 % de la main-d'oeuvre étrangère, les sociétés devaient s'acquitter d'une taxe mensuelle équivalente à deux fois le salaire de base en Mongolie. Or, la législation de 2006 venait porter cette taxe à dix fois le salaire de base, en cas de dépassement du quota dans le secteur minier. Pour la société GEM, cela conduisait à devoir payer une taxe à hauteur de cinq cent mille dollars.

Une partie du litige porté devant le tribunal arbitral visait à faire déclarer cette mesure législative contraire à la protection des investissements prévus par le traité bilatéral conclu entre la Russie et la Mongolie. Dans son argumentation, le demandeur relevait que le déficit de travailleurs qualifiés de nationalité mongole justifiait de recourir à des travailleurs d'autres pays (en l'occurrence surtout des russes), et que la loi applicable au seul secteur minier visait à assurer des rentrées fiscales plus qu'à protéger l'emploi national, d'où son caractère excessif. L'investisseur invoquait une violation des articles 2 et 3 du traité bilatéral d'investissement pour plusieurs motifs : traitement déloyal et inéquitable, mesures discriminatoires déraisonnables et injustifiées, violation du traitement non moins favorable. Prenant en compte les arguments en défense, et au terme d'une analyse détaillée prenant appui notamment sur des comparaisons dans le secteur minier et sur les pratiques de société GEM, le tribunal ne retint pas la violation par la Mongolie des articles invoqués³⁶.

35. *Sergei Paushok v. The Government of Mongolia*, UNCIT, Award on Jurisdiction and Liability, 28 avril 2011, ¶197.

36. *Op. cit.*, ¶¶359-372.

Dans sa motivation, le tribunal arbitral affirme avec fermeté que la pleine et entière protection juridique des investissements par le traité bilatéral ne fait pas obstacle à l'adoption d'une législation sociale, et en l'absence d'un accord de stabilité conclu entre le gouvernement de Mongolie et l'investisseur, ce dernier ne peut s'y soustraire³⁷. La souveraineté des États en matière de législation sociale doit prévaloir, y compris lorsque cela vient porter atteinte aux intérêts des investisseurs. Le fait pour un État de modifier sa législation pour augmenter le salaire minimum, au risque de susciter des réactions de la part d'investisseurs, n'est plus un cas d'école. Dans un arbitrage non rendu public, elle a pu se présenter dans le litige opposant la compagnie minière *Centerra* et le gouvernement de la République kirghize³⁸, à propos d'une clause introduite dans un contrat de concession. Dans un autre conflit, la société française Véolia a saisi un tribunal arbitral reprochant, entre autres, au gouvernement égyptien et à la ville d'Alexandrie d'avoir procédé à une augmentation du salaire minimum des travailleurs susceptibles d'avoir un impact sur son investissement dans le domaine du traitement des déchets³⁹.

Sur le plan juridique, il convient de bien distinguer l'existence d'un traité bilatéral d'investissement conclu entre deux États et un accord conclu entre l'investisseur et l'État hôte incluant une clause de stabilisation. Autant il est improbable que le premier ait pour objet explicite de limiter la capacité normative des États à adopter des législations sociales – et le rappel de la souveraineté des États est fréquent-, autant le deuxième peut prévoir plus précisément les engagements d'un État pour prémunir l'investisseur contre des changements susceptibles d'altérer sa situation. Que ces clauses de stabilisation entendent figer le droit de l'État pour la durée de l'investissement, en limiter l'application aux seules évolutions à venir, ou permettre une évolution mais avec une compensation équitable, elles pourraient avoir une incidence sur la régulation du droit du travail, y compris dans le domaine des relations collectives de travail⁴⁰.

Dans une troisième situation, les investisseurs reprochent à l'État de n'être pas intervenu pour imposer la paix sociale à même de garantir la protection et la sécurité de l'investissement. On mentionnera notamment une sentence⁴¹ dans une affaire relative à la privatisation, par l'intermédiaire d'un groupement public (*SOE*) d'une société roumaine (*CSR*) par un investisseur américain (*Noble*). Créée en 1771 et nationalisée en 1948 à l'époque communiste, la société *CSR* avait une longue tradition de métier dans le domaine de l'acier. Au cours de la période transitoire, la Roumanie négocia une convention collective avec le syndicat local, conférant certains

37. ¶361 in fine.

38. En l'espèce la loi augmentait le salaire des ouvriers travaillant en altitude, cf. V. Prislán et R. Zadtliév, *op. cit.*, 2012/2013, p. 396.

39. *Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt*, ICSID No ARB/12/15 décision non encore arbitrée. Luke Eric Peterson, French company, Veolia, launches claim against Egypt over terminated waste contract, and labor wage stabilization promises, *Investment Arbitration Reporter*, vol. 5, n° 12, July 1, 2013.

40. En ce sens, Jeaffrey S. Vogt, *op. cit.*, 2014, p. 174.

41. *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID, No. ARB/01/11, 12 octobre 2005.

droits aux travailleurs⁴². Non payés depuis plusieurs mois, les travailleurs se mirent en grève, provoquèrent des émeutes et des dégradations. Considérant que l'État hôte n'avait pas réalisé la pleine protection de la sécurité de l'investissement prévue par l'article 2 du traité bilatéral d'investissement (États-Unis/Roumanie), la société *Noble* porta l'affaire devant une juridiction arbitrale. Après avoir émis des doutes sur la portée spécifique de la disposition invoquée au-delà des obligations coutumières du droit international à l'égard des étrangers, le tribunal écarta la demande. Les arbitres précisèrent, à partir d'une comparaison avec une affaire similaire⁴³, quand bien même les faits seraient avérés en l'espèce, il n'y aurait eu ni défaut de l'État dans ses obligations, ni préjudice causé par ce défaut dans la protection de l'investissement⁴⁴.

Dans un deuxième cas, un investisseur prétendit que le rôle du syndic désigné dans la faillite avait incité les travailleurs à faire grève et à fomenter des émeutes illégales aux dépens de la raffinerie objet de l'investissement, ce qui conduisit à sa fermeture. L'investisseur estima que la police avait manqué à son obligation de protéger la raffinerie et l'équipe de direction de manière adéquate. Le gouvernement bulgare, répondit que contrairement aux allégations de l'investisseur, les travailleurs s'étaient mis en grève pour non-paiement des salaires, et que les manifestations n'étaient pas liées à la fermeture de la raffinerie. Le tribunal arbitral, devant la version contradictoire des faits, ne retint pas la demande, la preuve des faits n'étant pas apportée par le demandeur, et le syndic n'étant pas considéré comme un organe de l'État⁴⁵.

A la différence des deux premières, cette troisième situation ne porte pas sur le niveau des normes sociales que l'investisseur considérerait soit trop favorable (aux autres) soit trop contraignant (pour lui), mais sur son rôle dans la pacification des conflits sociaux. Le lien avec le thème du dumping social est moins évident, même s'il y a bien une pression faite par l'investisseur sur l'État pour qu'il étouffe les contestations sociales estimées illégales. L'argumentation des investisseurs reste cependant fragile. Et, pour reprendre et prolonger le raisonnement tenu par les arbitres dans la décision *Noble*, la protection des investissements prévue par les traités bilatéraux, même pleine et entière, n'a pas pour conséquence d'imposer aux États de garantir la paix sociale. D'autant plus, au vu des espèces mentionnées et aux dires des États, lorsque ces troubles sont liés au non-paiement des rémunérations par les investisseurs.

* * *

42. Ce point donnera lieu à un conflit jugé par le tribunal arbitral, La société *Noble*, ayant été tenue au courant de l'existence des négociations, ne trouvera pas satisfaction à sa demande, ¶¶ 184-193.

43. Cour internationale de justice, *Elettronica Sicula S.p.A. (États-Unis v. Italie)*, Recueil, 1989, p. 15. Affaire concernant, une mesure de réquisition prise par une autorité publique après fermeture de l'entreprise et licenciement des salariés, ¶ 83.

44. *Noble Ventures Inc. v. Romania*, op. cit., ¶¶ 160-166.

45. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID, No ARB/03/24, 27 août 2008, ¶¶ 248-255.

Dans l'ensemble des sentences citées, il est aussi remarquable d'observer - pour l'heure et à notre connaissance - que les décisions arbitrales n'ont jamais statué au profit des investisseurs et contre les États à partir de faits relevant du domaine social. Doit-on en déduire que les arguments des investisseurs portant sur le droit du travail seront toujours éconduits par les arbitres ? Nul ne peut l'affirmer. Des incertitudes portent aussi sur le contentieux lui-même : il est embryonnaire et rien n'indique qu'il va se développer. En revanche, le fait même que des demandes aient été portées par des investisseurs sous cet angle est significatif de l'existence d'un lien entre la protection des investissements internationaux et le droit du travail. Les États et les investisseurs ne sont pas seulement des opérateurs du commerce international ; ils le sont aussi du droit social de la mondialisation. L'analogie avec la *lex mercatoria* n'est cependant pas ici pertinente. Au sein de l'ordre juridique transnational, il n'existe pas de *lex laboraria* où les acteurs expliciteraient des règles à partir d'usages et de sources plus ou moins codifiés. C'est bien plutôt l'image d'un droit du travail au contact - englobé - pourrait-on dire - dans le droit des investissements internationaux qui s'impose. Tandis que les clauses relatives au travail bourgeonnent dans les accords bilatéraux d'investissement à la lumière des droits de l'homme, les conflits entre les États et les investisseurs se nouent plus insidieusement. Serait-on en présence d'une zone d'ombre, d'autant plus sombre qu'elle ne donne guère prise aux principaux intéressés, les travailleurs, pour se mobiliser juridiquement sur ce point ? Et s'il est des cas de dumping social où sont les leviers du lifting social ? Pour affronter de telles questions avec générosité, courage et intelligence, comme a pu le faire dans maints domaines le dédicataire de ces lignes, il conviendrait sans doute d'enquêter de manière critique et juridique sur la profonde ambiguïté de ce que l'on nomme « État » dans les relations économiques internationales.