



Assemblée générale

Distr. générale
27 juillet 2021
Français
Original : anglais

Soixante-seizième session

Point 75 b) de l'ordre du jour provisoire*

**Promotion et protection des droits humains : questions relatives
aux droits humains, y compris les divers moyens de mieux assurer
l'exercice effectif des droits humains et des libertés fondamentales**

Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre à l'Assemblée générale, en application des résolutions 17/4 et 44/15 du Conseil des droits de l'homme, le rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises.

* A/76/150.



Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises

Résumé

Dans le présent rapport, le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises examine les incidences pour les États du principe 9 des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dans le cadre de la négociation de nouveaux accords internationaux d'investissement ou de la réforme d'anciens accords. La plupart des accords internationaux d'investissement témoignent d'un déséquilibre entre les droits et les obligations des investisseurs, ce qui peut avoir l'effet involontaire de faciliter une conduite irresponsable de l'investisseur ou de compliquer la réglementation de cette conduite par les États. Le Groupe de travail recommande donc que les États s'assurent que tous les accords d'investissement existants et à venir soient compatibles avec leurs obligations internationales en matière de droits humains. Les États devraient également invoquer les accords internationaux d'investissement pour encourager une conduite responsable des affaires de la part des investisseurs, et les amener à répondre de leurs actes en cas d'abus des droits humains internationalement reconnus.

I. Introduction

A. Contexte

1. Dans le présent rapport, le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises examine les incidences pour les États du principe 9 des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme en ce qui concerne les accords internationaux d'investissement. Selon ce principe, les États « devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement ». Dans le commentaire du principe 9, il est indiqué que « les termes des accords d'investissement internationaux peuvent empêcher les États de mettre pleinement en œuvre une nouvelle législation en matière de droits de l'homme ou les exposer au risque d'un arbitrage international contraignant s'ils le font ».

2. Le principe 9 a des implications directes pour les États qui souhaitent négocier de nouveaux accords internationaux d'investissement ou réformer des accords existants. Il a également des implications indirectes pour les investisseurs étrangers qui font valoir la protection que leur confère ces accords, pour les arbitres appelés à trancher les différends entre investisseurs et États et pour les communautés affectées par des projets liés à des investissements. C'est pour cette raison que le rapport est axé sur les trois piliers des Principes directeurs : le devoir de protection des droits de la personne incombant à l'État, la responsabilité qu'ont les entreprises de respecter les droits de l'homme et l'accès aux recours.

3. L'investissement est souvent considéré comme nécessaire au développement et à la réalisation des droits humains. Il ne suffit toutefois pas d'attirer l'investissement pour susciter un développement inclusif et durable, ou pour réaliser les droits humains et ne laisser personne de côté. Un cadre stratégique doit être élaboré qui non seulement promeut une conduite responsable des affaires, mais oriente aussi les efforts de promotion de l'investissement vers la réalisation d'un développement inclusif et durable. Les États ont fait des accords internationaux d'investissement l'une de leurs stratégies pour attirer l'investissement étranger, bien qu'aucun élément factuel ne permette d'établir une corrélation positive directe entre ces accords et le flux d'investissement¹. Indépendamment des débats autour de ce lien, les accords internationaux d'investissement – s'ils ne sont pas conçus correctement – peuvent limiter substantiellement la capacité des États à contrôler les investisseurs et leur investissement. Ceux-ci peuvent également exacerber le déséquilibre existant entre les droits et les obligations des investisseurs et compromettre la capacité des communautés affectées à amener les investisseurs à répondre de leurs actes en cas d'abus des droits humains et de pollution de l'environnement.

4. Il semble également que d'importants investissements étrangers dans différentes régions du monde n'aient pas réellement fait évoluer la situation quant à la résolution des inégalités économiques généralisées² ou à l'amélioration de la bonne gouvernance

¹ Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen et Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2017), p. 155 à 166.

² « Il est urgent que les décideurs reconnaissent que le modèle actuel de gouvernance de l'investissement étranger a échoué, de manière répétée, à faciliter un partage équitable des bénéfices de l'activité économique, tant au sein des sociétés qu'entre elles. Le modèle actuel se concentre exclusivement sur l'optimisation de la rentabilité des entreprises, à tout prix ». Voir Daria Davitti et autres, « COVID-19 and the precarity of international investment law », 6 mai

en général³. En outre, la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) a fait naître de nouvelles craintes de voir les mesures sanitaires ou autres prises par les États mises en péril par les accords internationaux d'investissement. Des voix se sont également élevées pour un moratoire sur le mécanisme de règlement des litiges entre investisseurs et États⁴, de peur que les investisseurs puissent contester des mesures liées à la pandémie⁵. Même si les États parviennent à contrer des attaques contre ces mesures⁶, le fait même que des investisseurs engagent de tels contentieux soulève avec raison des questions de politique publique.

5. C'est dans ce contexte que le Groupe de travail détaille les implications du principe 9 des Principes directeurs à l'intention des États, des investisseurs, des arbitres en matière d'investissement et d'autres intervenants concernés. Étant donné que le principe fait part de la partie intitulée « Assurer la cohérence des politiques » du premier pilier des Principes directeurs, le présent rapport devrait être situé dans le contexte plus large de la cohérence des politiques requise à différents niveaux pour promouvoir le respect des entreprises pour les droits humains et la responsabilité des entreprises (voir A/74/198). En outre, si un investisseur étranger est une entreprise publique (voir A/HRC/32/45) ou investit dans une région touchée par un conflit (voir A/75/212), celui-ci devrait suivre les orientations spécifiques du Groupe de travail à cet égard. Enfin, la prise en compte des questions de genre devrait trouver sa place dans toutes les décisions liées à l'investissement (voir A/HRC/41/43).

B. Objectifs

6. Avec le présent rapport, le Groupe de travail vise à réaliser trois objectifs : Premièrement, il fournit des orientations aux États sur les raisons et les moyens de maintenir l'espace politique national lors de la négociation de nouveaux accords internationaux d'investissement ou de la réforme d'accords existants, afin de s'acquitter des obligations en matière de droits de la personne que leur impose le droit international ou le droit constitutionnel. Les États devraient ainsi être en mesure d'agir conformément au principe 9 des Principes directeurs, les modalités des accords internationaux d'investissement ayant une incidence sur la capacité des États à réglementer la conduite des investisseurs étrangers.

7. Deuxièmement, le Groupe de travail analyse les implications, pour les investisseurs étrangers, de l'obligation qui incombe aux États, découlant à la fois du principe 9 des Principes directeurs et du droit international des droits de l'homme.

2020 ; disponible à la page : <https://medium.com/iel-collective/covid-19-and-the-precarity-of-international-investment-law-c9fc254b3878>.

³ Mavluda Sattorova, *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance?* (Oxford, Royaume-Uni, Hart Publishing, 2018). En outre, au cours de l'une des consultations régionales, il a été observé qu'en raison d'accords internationaux d'investissement, certains gouvernements pouvaient être moins motivés à réformer les institutions nationales de gouvernance.

⁴ Columbia Center on Sustainable Investment, « Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response », 6 mai 2020 ; disponible à la page : <https://ccsi.columbia.edu/content/call-isds-moratorium-during-covid-19-crisis-and-response>. Voir aussi Institut international du développement durable, « Accord pour la suspension coordonnée du règlement des différends investisseurs-États en ce qui concerne les mesures et les différends liés à la COVID-19 », 18 juin 2020 ; disponible à la page : <https://www.iisd.org/system/files/2021-02/suspension-isds-covid-19-fr.pdf>.

⁵ Daniel Uribe et Danish, « Investment policy options for facing COVID-19 related ISDS claims », note de synthèse sur la politique d'investissement de South Centre n° 22 (juin 2021).

⁶ Prabhash Ranjan et Pushkar Anand, « Covid-19, India, and investor-State dispute settlement (ISDS): will India be able to defend its public health measures? », *Asia Pacific Law Review*, vol. 28, n° 1 (2020), p. 225.

Bien que la responsabilité qui incombe aux entreprises commerciales de respecter les droits de la personne aux termes du deuxième pilier des Principes directeurs ne soit pas légalement contraignante, elle peut acquérir un caractère contraignant en vertu d'accords internationaux d'investissement ou d'autres évolutions de la réglementation aux niveaux national, régional et international.

8. Troisièmement, le Groupe de travail décrit le potentiel « porteur » des accords internationaux d'investissement en matière de fourniture d'accès aux recours aux personnes et communautés affectées par des projets liés à un investissement. Il soulignera aussi qu'au minimum, les accords ne devraient pas présenter de potentiel « incapacitant » en matière d'accès aux recours des titulaires de droits affectés.

C. Méthodologie

9. Le rapport est l'aboutissement d'un projet sur les accords internationaux d'investissement et les droits de la personne lancé par le Groupe de travail en 2016⁷. En plus de l'examen de la documentation pertinente, le rapport se fonde sur les éléments fournis par diverses parties prenantes en réponse à un appel à contributions, ainsi que sur différentes séances de travail organisées en marge du Forum sur les entreprises et les droits de l'homme qui se tient chaque année à Genève. En raison de la pandémie de COVID-19, le Groupe de travail, en collaboration avec des institutions partenaires, a organisé plusieurs consultations virtuelles avec diverses parties prenantes. En plus de consultations régionales pour l'Afrique, les Amériques, l'Asie et le Pacifique, l'Europe occidentale, ainsi que l'Europe orientale et l'Asie, deux consultations ont été organisées exclusivement pour les États et le secteur privé⁸. Les riches enseignements tirés de ces consultations ont alimenté le présent rapport.

10. En outre, le rapport s'appuie sur les travaux effectués dans ce domaine par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), South Centre et d'autres centres de recherche et organisations de la société civile. Les recommandations qui figurent dans le rapport sont également informées par des accords bilatéraux d'investissement types et une sélection d'accords internationaux d'investissement progressistes qui comprennent des dispositions relatives aux droits de l'homme sous une forme ou une autre.

D. Portée et limites

11. Le rapport se concentre sur les accords internationaux d'investissement, qui devraient être compatibles avec l'obligation de respect, de protection et d'exécution des droits de l'homme qui incombe aux États en vertu du droit international. Dans le présent rapport, l'expression « accords internationaux d'investissement » comprend ces accords, mais aussi d'autres traités comportant des dispositions relatives à l'investissement, négociés dans un cadre bilatéral, régional ou international. L'expression « droits de l'homme » est interprétée conformément au principe 12 des Principes directeurs : « tous les droits de l'homme internationalement reconnus – à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail ». Il est essentiel de signaler qu'il peut être nécessaire pour

⁷ Voir www.ohchr.org/FR/Issues/Business/Pages/IAs.aspx.

⁸ Ibid.

les entreprises d'envisager « d'autres normes », comme le souligne le commentaire qui suit l'énoncé de ce principe⁹.

12. Le principe 9 porte également sur les traités et contrats d'investissement. Le présent rapport ne se concentre toutefois pas sur la préservation de l'espace politique dans ces contextes. Si le rapport ne se focalise pas directement sur les accords commerciaux, les États peuvent toutefois s'en inspirer lors de la négociation d'accords commerciaux compatibles avec les droits de la personne. D'autre part, les « principes relatifs à l'élaboration de contrats responsables » proposent déjà des orientations spécifiques à l'endroit des négociateurs de contrats d'investissement (voir [A/HRC/17/31/Add.3](#)), car ces contrats sont étroitement liés aux revendications dans le cadre d'accords internationaux d'investissement.

13. Comme les accords internationaux d'investissement ne constituent qu'une partie de cadres de la politique d'investissement¹⁰, le rapport devrait être considéré dans le contexte du besoin de réformes élargies et fondamentales de ces cadres. Outre la négociation de nouveaux accords compatibles avec les droits de la personne et la réforme d'accords anciens, les États devraient élaborer des cadres de politique d'investissement accordant une plus grande attention aux aspects « à quel usage » et « pour quels bénéficiaires » de l'investissement étranger¹¹. Ils devraient aussi chercher à réformer d'autres initiatives qui ont une influence sur leurs cadres stratégiques. Par exemple, l'indice de la facilité de faire des affaires de la Banque mondiale, qui classe les États en fonction de la mesure dans laquelle « l'environnement réglementaire est plus propice à la création et au fonctionnement d'une entreprise locale¹² », ne considère pas que les conditions d'exploitation concourent au respect des droits de la personne correspondant aux classements. En conséquence, une telle notation peut pousser des États à assouplir le droit du travail et les normes environnementales ou à offrir des allègements fiscaux excessivement généreux.

II. Préoccupations soulevées par les accords internationaux d'investissement

14. Au 30 juin 2021, l'univers des accords internationaux d'investissement comprenait 2 852 traités bilatéraux d'investissement et 420 traités comprenant des dispositions relatives à l'investissement, dont respectivement 2 298 et 324 étaient en vigueur¹³. La plupart de ces accords ont été conclus entre 1990 et 2009¹⁴.

15. Les accords internationaux d'investissement, en particulier les accords de première génération conclus avant 2010 souffrent de trois tares : déséquilibre, incohérence et irresponsabilité. À titre d'illustration, deux exemples devraient suffire

⁹ Le Groupe de travail, par exemple, insiste sur le fait que l'adoption d'une perspective de genre est toujours appropriée « pour tous les États et toutes les entreprises en toutes circonstances » (voir [A/HRC/41/43](#), par. 31).

¹⁰ London School of Economics and Political Science, Centre for the Study of Human Rights, « Guide to implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in investment policymaking » (Londres, 2016).

¹¹ Surya Deva, « Managing States' 'fatal attraction' to international investment agreements », 13 août 2018 ; disponible à la page : <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/75/managing-states-fatal-attraction-to-international-investment-agreements>.

¹² Voir www.doingbusiness.org/fr/rankings. La méthodologie applicable à cet indice est en cours de révision (voir <https://consultations.worldbank.org/consultation/seeking-feedback-doing-business-methodology-review-external-panel>).

¹³ Voir <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

¹⁴ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery* (New York, 2021), p. 122.

à démontrer le déséquilibre inhérent à ces accords. Premièrement, la plupart des accords confèrent aux investisseurs des droits juridiquement exécutoires, mais pratiquement aucune obligation ni responsabilité en matière de droits de la personne et d'environnement. Deuxièmement, bien qu'ils soient des tierces parties aux accords, les investisseurs peuvent s'appuyer sur ceux-ci pour entamer des procédures arbitrales contre des États au motif de manquements allégués aux normes de protection de l'investissement, y compris en ayant recours à un « financement par des tiers¹⁵ ». Les États ou les autres parties telles que personnes physiques et communautés affectées par les projets liés à des investissements ne bénéficient pas d'une telle faculté.

16. L'incohérence est une autre caractéristique qui imprègne l'architecture des accords internationaux d'investissement. Les investisseurs et partisans de ces accords justifient la nécessité d'une procédure de règlement des différends entre investisseurs et États par leur méfiance à l'égard du système juridique des États hôtes. Dans le même temps, lorsque des communautés affectées engagent des poursuites pour atteintes aux droits humains contre des entreprises ayant investi, ces investisseurs plaident pour que les affaires soient jugées par le même système judiciaires qu'ils qualifient de non fiable et d'inadapté. Qui plus est, alors que le mécanisme de règlement des différends permet aux sociétés mères des investisseurs, en qualité d'actionnaires, de réclamer des dommages et intérêts aux États au titre d'une « perte par ricochet », les sociétés mères font valoir le principe de séparation de la personnalité juridique lorsqu'elles sont poursuivies au titre de la conduite de leurs filiales¹⁶. L'incohérence se retrouve dans les sentences arbitrales prononcées par un groupe d'arbitres spécialement affectés au différend et désignés par les parties, qui ne sont liés par aucun système de règles fondées sur des précédents¹⁷.

17. Ces déséquilibres et incohérences profondément enracinés dans les accords internationaux d'investissement contribuent à l'irresponsabilité des investisseurs. L'asymétrie de la protection offerte par les accords et le manque de transparence générale des procédures entre investisseurs et États encouragent les investisseurs à se concentrer sur la protection de leur investissement et à attacher une importance insuffisante aux responsabilités en matière de droits humains qui leur incombent en vertu de la législation locale et des normes internationales. Dans certains cas, les investisseurs font valoir la protection d'accords internationaux d'investissement pour déjouer les tentatives des communautés affectées pour les amener à répondre de leurs atteintes aux droits humains. En outre, compte tenu de l'absence, dans les accords, d'obligations explicites des investisseurs en matière de droits humains, les arbitres tendent à les traiter comme un régime autonome et indépendant qui prévaut sur d'autres régimes réglementaires.

18. Trois grands groupes de préoccupations liées aux accords internationaux d'investissement sont décrits ci-dessous : contraintes réglementaires, droits des investisseurs sans obligations et accès privilégié aux recours pour les investisseurs. Ces points peuvent être liés, respectivement, aux piliers de « protection », « respect » et « recours » des Principes directeurs.

¹⁵ Brooke Guven et Lise Johnson, « The policy implications of third-party funding in investor-State dispute settlement », Columbia Center on Sustainable Investment Document de travail 2019 (mai 2019).

¹⁶ David Gaukrodger, « Investment treaties as corporate law: shareholder claims and issues of consistency », Documents de travail de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur l'investissement international, n° 2013/03 (OECD Publishing, 2013).

¹⁷ Lise Johnson et Lisa Sachs, « Inconsistency's many forms in investor-State dispute settlement and implications for reform », Note d'information du Columbia Center on Sustainable Investment (novembre 2018).

19. Étant donné que, ces dernières années, le nombre d'accords internationaux d'investissement nouvellement conclus a été inférieur à celui des accords résiliés¹⁸, et que la plupart des procédures arbitrales instituées renvoient à des accords conclus avant les années 1990¹⁹, il est essentiel de résoudre également les trois caractéristiques (déséquilibre, incohérence et irresponsabilité) des anciens accords. De plus, il faudrait trouver des moyens de neutraliser les « clauses de survie » des anciens accords.

A. Contraintes réglementaires

20. Tous les États disposent du droit souverain de réglementer l'investissement et la conduite des investisseurs. L'affirmation de ce droit dissimule toutefois deux aspects critiques. Premièrement, il se peut que les États ne soient pas en mesure d'exercer ce droit en pratique, car leur pouvoir d'action peut être limité par des accords internationaux d'investissement ou des procédures arbitrales instituées contre eux²⁰. Certains tribunaux ont par exemple interprété la clause de « traitement juste et équitable » de ces accords de manière très large²¹, ce qui peut saper la capacité des États à poursuivre des objectifs de politique publique légitimes. De plus, en cas de conflit, cette clause peut empêcher ou saper les plans relatifs à une justice transitionnelle, notamment des mesures visant à résoudre les causes sous-jacentes du conflit²².

21. En ce qui concerne l'effet des procédures arbitrales sur le droit des États à réglementer, on peut citer les entreprises de combustibles fossiles faisant valoir le Traité sur la Charte de l'énergie pour contester des mesures gouvernementales visant à atténuer le changement climatique²³. Par le passé, des acteurs de l'industrie du tabac ont aussi entamé des procédures arbitrales contre des États qui avaient pris des mesures légitimes pour protéger le droit à la santé²⁴. Même si les États concernés étaient finalement parvenus à justifier leurs mesures, la procédure les a exposés à des dépenses inutiles en temps et en ressources pour défendre des actions qui, d'emblée, n'auraient pas dû être instituées. De telles actions ont également tendance à susciter la frilosité réglementaire non seulement des États impliqués dans ces actions, mais aussi des États témoins²⁵.

¹⁸ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2021*, p. 122 et 123.

¹⁹ Ibid., p. 130.

²⁰ Jesse Coleman, Kaitlin Y. Cordes et Lise Johnson, « Human rights law and the investment treaty regime », in *Research Handbook on Human Rights and Business*, Surya Deva and David Birchall, dir. (Cheltenham, Royaume-Uni, Edward Elgar Publishing, 2020), p. 290, aux pages 297 et 298.

²¹ Gus Van Harten, « Leaders in the expansive, restrictive interpretation of investment treaties: a descriptive study of ISDS awards to 2010 », *European Journal of International Law*, vol. 29, n° 2 (2018), p. 507, à la page 518.

²² Tara Van Ho, « Is it already too late for Colombia's land restitution process? The impact of international investment law on transitional justice initiatives », *International Human Rights Law Review*, vol. 5, n° 1 (2016), p. 60 à 85.

²³ *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV c/ Royaume des Pays-Bas*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/21/4. Voir aussi Nathalie Bernasconi-Osterwalder, « How the Energy Charter Treaty could have costly consequences for Governments and climate action », 19 juin 2018 ; disponible à la page : www.iisd.org/articles/how-energy-charter-treaty-could-have-costly-consequences-governments-and-climate-action.

²⁴ *Philip Morris Asia Limited c/ Commonwealth d'Australie*, Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2012-12 ; et *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c/ République orientale de l'Uruguay*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/10/7.

²⁵ Jane Kelsey, « Regulatory chill: learnings from New Zealand's plain packaging tobacco law », *QUT Law Review*, vol. 17, n° 2 (2017), p. 21 à 45.

22. Deuxièmement, les États ont en fait un devoir de réglementation de la conduite des investisseurs de manière à ce que les investissements n'entraînent pas d'atteintes aux droits humains ou de pollution de l'environnement. Contrairement au droit discrétionnaire des États de réglementer l'investissement et les investisseurs, le devoir d'action pour la protection des droits humains constitue une obligation absolue²⁶. Les États peuvent s'acquitter de ce devoir, par exemple, en stipulant les obligations des investisseurs en matière de droits humains et en imposant leur application de manière effective.

23. Certains États ont commencé à résilier d'anciens accords internationaux d'investissement afin de se libérer de leurs contraintes réglementaires. Le Pakistan²⁷ a récemment rejoint d'autres États, dont l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie et l'Afrique du Sud en mettant fin unilatéralement à leurs accords internationaux d'investissement déséquilibrés²⁸. Par ailleurs, en mai 2020, 23 États membres de l'Union européenne ont signé une convention mettant fin aux accords conclus entre eux. Cette résiliation a été déclenchée par une décision de la Cour de justice de l'Union européenne, en mars 2018, dans l'affaire *République de Slovaquie c/ Achmea BV* (affaire C-284/16), dans laquelle la Cour a fait valoir que les clauses de règlement des différends entre investisseurs et États liés à des accords internationaux d'investissement internes à l'Union européenne avaient un effet défavorable sur l'autonomie de l'Union européenne et étaient de ce fait incompatibles avec le droit de l'Union européenne.

B. Droits des investisseurs sans obligations

24. La plupart des accords internationaux d'investissement ne contiennent pas de dispositions imposant aux investisseurs des responsabilités ou des obligations en matière de droits de la personne²⁹. Parmi les accords de nouvelle génération, postérieurs à 2010, tous n'incluent pas de dispositions précises en la matière ni n'accordent la même importance aux obligations des investisseurs qu'à leurs droits. L'accord régional de partenariat économique global de 2020 entre l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, l'Australie, la Chine, le Japon, la Nouvelle-Zélande et la République de Corée constitue un exemple du premier type d'accord. L'Accord global sur les investissements Union européenne - Chine de 2021 illustre quant à lui le second scénario : s'il contient plusieurs dispositions relatives au développement durable, à la responsabilité sociale des entreprises et aux normes du travail, toutes ces dispositions ont été exclues du champ d'application du mécanisme de règlement des différends entre États mis en place pour résoudre les différends liés à l'investissement³⁰.

²⁶ Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2, et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 2 ; voir aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, commentaire général n° 24 (2017).

²⁷ Mushtaq Ghumman, « Most of BITs to be scrapped », 25 mars 2021 ; disponible à la page : www.brecorder.com/news/40077403.

²⁸ Institut international du développement durable, « L'extinction des traités bilatéraux d'investissement » (Winnipeg, Canada, 2020), p. 7 et 8 ; disponible à la page : www.iisd.org/system/files/publications/terminating-treaty-best-practices-fr.pdf.

²⁹ Une recherche dans la base de données d'accords internationaux d'investissement de la CNUCED, effectuée le 12 juillet 2021, a révélé que sur 2 575 accords, 40 comportaient des dispositions relatives à la responsabilité sociale des entreprises dans le texte principal, 112 des normes de travail, 120 des dispositions relatives à l'interdiction d'abaisser les normes et 317 des dispositions relatives à la santé et à l'environnement (voir <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>).

³⁰ Voir <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>.

25. Cette vacuité généralisée des accords internationaux d'investissement, ou même l'insertion symbolique de dispositions relatives aux droits humains dans ces accords, exacerbe l'asymétrie existante entre les droits et les obligations des investisseurs. Elle encourage également les arbitres à ignorer les responsabilités des investisseurs en matière de droits humains, qui sont bien établies dans d'autres branches du droit international mais absentes du texte des accords en question.

C. Accès privilégié aux recours pour les investisseurs

26. Bien que les enjeux liés aux projets d'investissement étrangers et aux litiges qui s'y rapportent soient importants pour les communautés locales, ceux-ci « sont invisibles dans le système actuel d'accords internationaux d'investissement »³¹. Les accords internationaux d'investissement contribuent à cette injustice. Les États qui ont conclu de tels accords confèrent aux investisseurs, qui sont des tiers au regard de ces accords entre États, un privilège de contournement de tous les mécanismes de recours normaux en faveur d'un recours accéléré contre les États par un arbitrage contraignant. En outre, les investisseurs peuvent également faire valoir les accords pour se protéger contre les accusations d'atteintes aux droits humains³². D'autre part, les communautés affectées, qui constituent un autre groupe de tierces parties à ces accords, restent exclues des accords comme du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États ou, au mieux, à la périphérie de ceux-ci lorsqu'elles sont autorisées à présenter des mémoires d'amicus curiae.

27. Un tel modèle d'accès privilégié aux recours, qui pourrait avoir été justifié à l'égard des États en développement comme un moyen d'attirer l'investissement et de réaliser le développement économique, est tout simplement injuste et indéfendable³³. Si un mécanisme spécialisé de règlement des différends est créé, il ne doit pas être unidirectionnel. Il devrait plutôt permettre aussi aux États et aux communautés affectées de résoudre leurs plaintes liées à l'investissement sur une base égalitaire. En d'autres termes, un mécanisme de règlement des différends qui fonctionnerait dans le cadre d'accords internationaux d'investissement devrait renforcer la règle de droit nationale pour toutes les parties affectées, et non pour quelques privilégiés³⁴.

III. État des lieux concernant les droits humains et les accords internationaux d'investissement

28. Ce Chapitre III contient une revue des efforts engagés sur différents forums et dans des cadres divers pour réformer les accords internationaux d'investissement et les rendre compatibles avec le droit international sur les droits humains, le droit du travail et l'environnement.

³¹ Nicolás Perrone, « The 'invisible' local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime », *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113 (2019), p. 16 à 21.

³² Columbia Center on Sustainable Investment et Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Document final de la table ronde « Impacts du régime d'investissement sur l'accès à la justice » (septembre 2018), p. 11 et 12 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI_UNWGBHR_InternationalInvestmentRegime.pdf.

³³ Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2015).

³⁴ Sergio Puig et Gregory Shaffer, « Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law », *American Journal of International Law*, vol. 112, n° 3 (2018), p. 361.

A. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

29. Dans le *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012*, la CNUCED remarquait qu'une « nouvelle génération » de politiques d'investissement, visant à intégrer systématiquement le développement durable, avait commencé à émerger³⁵. Dans le même temps, elle soulignait les défis de l'élaboration de politiques d'investissement international, dont le potentiel des accords internationaux d'investissement à imposer des contraintes indues en matière de politiques de développement économique national, la nécessité de parvenir à un équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs et de veiller à une cohérence effective de ces politiques avec les autres politiques publiques³⁶. Le rapport contient également la proposition d'onze principes fondamentaux de l'élaboration de politiques d'investissement intégrant le développement durable³⁷ et a servi de plateforme de lancement du Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable³⁸. Ces propositions pourraient être considérées comme jetant la fondation des recommandations de la CNUCED en matière de réforme des accords internationaux d'investissement pour les années à venir.

30. S'appuyant sur des travaux antérieurs, la CNUCED a énoncé un « plan d'action » en 2015, couvrant des aspects de fond, de procédure et systémiques de la réforme des accords internationaux d'investissement³⁹. Ce plan propose des options concrètes pour réaliser les cinq objectifs de la réforme : protéger le droit à réglementer, réformer le règlement des différends en matière d'investissement, promouvoir et faciliter l'investissement, garantir un investissement responsable et renforcer la cohérence systémique. Il présente aussi huit outils de réforme, à savoir l'ajout de nouvelles stipulations dans les accords internationaux d'investissement à l'élimination ou l'omission de certaines stipulations existantes, la mise en place de dispositifs visant à limiter la portée des accords, l'assujettissement de la protection à la condition du comportement des investisseurs, le renforcement des aspects de durabilité des accords et le recours à d'autres corpus juridiques pour améliorer la cohérence⁴⁰. De plus, la CNUCED a mis l'accent sur la possibilité de faire coexister des clauses de protection solides et une certaine souplesse d'exécution pour les parties contractantes, de manière à « parvenir à un accord équilibré qui réponde aux besoins de différentes parties prenantes à l'investissement »⁴¹.

31. En 2018, la CNUCED a élaboré une feuille de route en trois phases pour la réforme des accords internationaux d'investissement conception d'accords axés sur le développement durable ((phase 1), modernisation du fonds d'accords existant (phase 2) et promotion de la cohérence entre les accords et les autres sites de décision politique en matière d'investissement (phase 3)⁴². Comme les accords d'ancienne génération prévoient une protection large et vague pour les investisseurs et « briment » les États en fournissant une base pour entamer des procédures arbitrales,

³⁵ CNUCED, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies* (New York, 2012), p. 102.

³⁶ *Ibid.*, p. 103 et p. 104.

³⁷ Les principes fondamentaux comprennent l'investissement pour un développement durable, la cohérence des politiques, l'équilibre des droits et des obligations, le droit de réglementer et la gouvernance et la responsabilité des entreprises.

³⁸ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012*, p. 107 à 110 et 143 à 159.

³⁹ CNUCED, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance* (New York, 2015), p. 120 à 171.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 132 à 135.

⁴¹ CNUCED, *Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable* (New York, 2015), p. 89.

⁴² CNUCED, *Ensemble de réformes en faveur du régime international d'investissement de la CNUCED* (New York, 2018) p. 9.

la CNUCED propose dix options pour les réformer⁴³. Il s'agit notamment de fournir une interprétation commune des dispositions des traités, de modifier ces dispositions, de remplacer des traités obsolètes, de se reporter aux normes internationales, d'abandonner d'anciens traités non ratifiés et de mettre fin à d'anciens traités existants.

32. En 2020, la CNUCED lançait l'Accélérateur de la réforme des Accords internationaux d'investissement, afin d'aider les États à moderniser les accords d'ancienne génération, car la réforme « du fonds existant de 2 500 traités d'ancienne génération en vigueur à ce jour n'est pas encore déployé sur une grande échelle »⁴⁴. L'Accélérateur de la réforme se concentre sur les huit aspects des accords qui ont le plus besoin d'être réformés : définition de l'investissement, définition de l'investisseur, traitement national, traitement de la nation la plus favorisée, traitement juste et équitable, protection et sécurité intégrales, expropriation indirecte et exceptions d'ordre public⁴⁵.

B. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

33. Le Groupe de travail III de la CNUDCI travaille à une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États depuis 2017 (voir [A/72/17](#), par. 264). La CNUDCI était cependant déjà aux prises avec cette problématique avant 2017. Elle a notamment rédigé le Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, en 2014, afin de répondre aux préoccupations suscitées par le manque de transparence du processus de règlement des différends entre investisseurs et États, en prenant en compte des considérations d'intérêt public. Malgré le large mandat qui était le sien, le Groupe de travail III s'est essentiellement concentré sur diverses réformes de procédure ou institutionnelles concernant : a) tribunaux et mécanismes multilatéraux ad hoc et permanents ; b) méthodes de nomination des arbitres et des juges et principes éthiques régissant leur conduite ; c) participation des parties aux traités et mécanismes de contrôle en matière d'interprétation des traités ; d) prévention et atténuation des litiges ; e) gestion des coûts ; et f) financement par des tiers⁴⁶. La CNUDCI et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements élaborent également un code de conduite des décideurs juridiques, afin de renforcer leur indépendance et leur impartialité, notamment par la divulgation des conflits d'intérêts⁴⁷.

34. En mars 2019, plusieurs experts des droits de l'homme des Nations Unies ont adressé une lettre à la CNUDCI soulignant la nécessité d'apporter « des modifications structurelles systémiques à l'architecture » du règlement des différends entre investisseurs et États⁴⁸. Le Groupe de travail III soutient cependant que « les préoccupations existantes au sujet des normes de fond dans les accords d'investissement » ne relevaient pas de son mandat, bien qu'il doive rester suffisamment pour s'adapter à des faits nouveaux dans le domaine des accords internationaux d'investissement (voir [A/CN.9/WG.III/WP.166](#), par. 7). Cette position

⁴³ Ibid., p. 72 à 92.

⁴⁴ CNUCED, « International investment agreements: Reform Accelerator » (New York, 2020), p. 2.

⁴⁵ Ibid., p. 9 à 28.

⁴⁶ Voir [A/CN.9/WG.III/WP.166](#), par. 5 et par. 6 ; voir aussi https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state.

⁴⁷ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, « Projet de Code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends internationaux d'investissement », version 2.

⁴⁸ Voir www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL_ARM_07.03.19_1.2019.pdf.

a suscité des inquiétudes quant au travail de réforme de la CNUDCI axé essentiellement sur des aspects de procédure ou à l'adoption d'un principe de négociation fondé sur un « engagement unique » pour l'approbation des réformes⁴⁹. Il a également été avancé que, dans le projet de plan de travail du Groupe de travail III, « certaines problématiques transversales ne se voient pas accorder de temps du tout, notamment en ce qui concerne le travail sur les dommages et intérêts et les efforts pour en résoudre les impacts négatifs [du règlement des différends entre investisseurs et États] potentiels sur les droits et intérêts des personnes ou entités non-parties aux accords »⁵⁰. Le fait pour le processus de réforme multilatérale du règlement des différends entre investisseurs et États de ne pas accorder une position centrale aux droits humains constituerait une occasion manquée.

C. Plans d'action nationaux sur les entreprises et les droits humains

35. Les plans d'action nationaux sur les entreprises et les droits humains « sont des documents politiques dans lesquels les États décrivent les stratégies et instruments de mise en conformité avec leur devoir de prévention et de résolution des atteintes aux droits de la personne liés aux entreprises, comme énoncé dans le droit international des droits de l'homme et repris dans les premier et troisième piliers des Principes directeurs »⁵¹. Le Groupe de travail « encourage vivement tous les États à élaborer, promulguer et mettre à jour » un plan d'action national « dans le cadre de la responsabilité qui leur incombe de diffuser et de mettre en œuvre » les Principes directeurs⁵². En conséquence, ces plans d'action nationaux devraient fournir des indications sur la manière dont les États envisagent de mettre en œuvre le principe 9.

36. Au 30 juin 2021, 25 États avaient adopté un plan d'action national indépendant sur les entreprises et les droits humains. Si l'on excepte les plans d'action nationaux de quatre États (Chili, États-Unis d'Amérique, Pérou et Slovénie), les plans restants comprennent des dispositions précises sur l'intersection des accords internationaux d'investissement et des droits humains⁵³. La nature de ces dispositions varie d'aspirations générales à l'insistance sur l'importance de la réalisation d'une cohérence des politiques ou de la protection de l'espace réglementaire, de la conduite d'une évaluation de l'impact des accords internationaux d'investissement au regard des droits humains et de la consultation des communautés affectées et des organisations de la société civile. Quelques États s'engagent également à mettre leurs accords existants et futurs en conformité avec le droit international des droits de l'homme.

37. Dans le plan d'action national du Danemark, par exemple, il est précisé que les principes et normes sur la conduite responsable des entreprises tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sont « reflétés dans les négociations des accords de libre-échange incluant le domaine de

⁴⁹ Daniel Uribe et Danish, « UNCITRAL Working Group III: moving forward towards consensus or loosing balance? », South Centre, Note de synthèse sur les investissements n° 23 (juillet 2021).

⁵⁰ Lisa Sachs et autres, « The UNCITRAL Working Group III work plan: locking in a broken system? », 4 mai 2021 ; disponible à la page : <https://ccsi.columbia.edu/news/uncitral-working-group-iii-work-plan-locking-broken-system>.

⁵¹ Daniel Augenstein et autres, « The UNGPs in the European Union: the open coordination of business and human rights? », *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n° 1 (2018), p. 1 et p. 2.

⁵² Voir www.ohchr.org/FR/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx.

⁵³ Surya Deva, « International investment agreements and human rights: assessing the role of the UN's business and human rights regulatory initiatives », in *Handbook of International Investment Law and Policy*, Julien Chaisse, Leïla Choukroune et Sufian Jusoh, dir. (Singapour, Springer, 2021), p. 11 à 16.

l'investissement »⁵⁴. De même, l'Italie estime prioritaire de promouvoir la mise en œuvre de normes internationales existantes « en ce qui concerne la négociation de traités et accords internationaux »⁵⁵. Certains autres plans d'action nationaux comprennent un tel engagement dans des termes plus concrets. Le plan d'action national suédois indique par exemple que le pays veillera activement à ce que l'Union européenne inclue des références aux Principes directeurs « dans les chapitres sur la soutenabilité de ses accords commerciaux, accords d'investissement, partenariats et accords de coopération bilatéraux et régionaux »⁵⁶. La Norvège aussi cherche « à garantir que des dispositions sur le respect des droits humains, dont les droits fondamentaux des travailleurs, mais aussi sur l'environnement, soient inclus dans les accords bilatéraux de libre-échange et d'investissement »⁵⁷. Dans son plan d'action national, la France s'engage de manière similaire à promouvoir les Principes directeurs dans ses relations commerciales avec d'autres États et confirme son engagement à la hiérarchie de normes lors de la signature d'accords commerciaux et d'investissement »⁵⁸. Le gouvernement du Japon, dans son plan d'action national, s'engage à poursuivre ses efforts pour conclure des accords d'investissement « qui bénéficient non seulement à l'industrie, mais aussi à un large éventail de personnes, dont les travailleurs »⁵⁹.

38. L'importance de parvenir à une cohérence des politiques ou de protéger l'espace réglementaire se retrouve dans certains plans d'action nationaux. La Suisse, par exemple, « s'engage en faveur de l'introduction de dispositions de cohérence dans le cadre des négociations sur des accords de protection des investissements »⁶⁰. Il indique également que la « Confédération veille à ce que la marge d'action de la politique intérieure permette à la Suisse et aux partenaires contractuels de s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme »⁶¹. Le Danemark, dans son plan d'action national, reconnaît de même la pratique existante de ménagement d'une marge de manœuvre « permettant d'adopter et d'appliquer les mesures nécessaires pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique »⁶².

39. Le gouvernement thaïlandais s'engage à prendre en considération « les impacts sur les droits humains avant la signature d'accords et de traités internationaux relatifs

⁵⁴ Danemark, « Danish national action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights » (mars 2014), p. 31 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark_NationalPlanBHR.pdf.

⁵⁵ Italie, « Italian national action plan on business and human rights 2016–2021 » (décembre 2016), p. 25 ; disponible à la page : http://cidu.esteri.it/resource/2016/12/49117_f_NAPBHRENGFINALEDEC152017.pdf.

⁵⁶ Suède, « Action plan for business and human rights » (août 2015), p. 29 ; disponible à la page : www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf.

⁵⁷ Norvège, « Business and human rights: national action plan for the implementation of the UN Guiding Principles » (octobre 2015), p. 26 et 27 ; disponible à la page : www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business_hr_b.pdf.

⁵⁸ France, « Plan national d'action pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises » (avril 2017), p. 21 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_France_FR.pdf.

⁵⁹ Japon, « National action plan on business and human rights: 2020-2025 » (octobre 2025), p. 21 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Japan-NAP.pdf.

⁶⁰ Suisse, « Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : Plan d'action national de la Suisse 2020-2023 » (janvier 2020), p. 19 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Beilage01PrincipesdirecteursdeONUrelatifsauxentreprisesdroitshomme_Suisse.pdf.

⁶¹ Ibid., p. 18.

⁶² Danemark, « Danish national action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », p. 31.

au commerce ou à l'investissement »⁶³. Dans la même veine, l'Allemagne remarque dans son plan d'action national que « des évaluations d'impact complètes doivent être effectuées avant le début des négociations, de manière à garantir que les constatations des évaluations peuvent influencer sur les négociations »⁶⁴. D'un autre côté, les Pays-Bas⁶⁵ et la Belgique⁶⁶ reconnaissent l'importance de consultations avec des organisations de la société civile avant la conclusion d'accords internationaux d'investissement. L'Irlande va plus loin dans son plan d'action national et encourage « les sociétés qui opèrent à l'étranger à adopter des bonnes pratiques en matière de consultation avec des défenseurs des droits humains et la société civile des communautés locales, en particulier en ce qui concerne la situation environnementale et les conditions de travail »⁶⁷.

40. On note aussi quelques plans d'action nationaux dans lesquels les États s'engagent à examiner leurs accords internationaux d'investissement existants et futurs pour les mettre en conformité avec le droit international des droits de l'homme. Le Kenya, dans son plan d'action national, s'engage à revoir les accords actuels de promotion des échanges et de l'investissement et les mettre en conformité avec la Constitution et les normes internationales en matière de droits humains »⁶⁸. La France s'engage aussi à vérifier « la compatibilité de tout accord de commerce ou d'investissements avec le droit international des droits de l'homme »⁶⁹.

D Accords internationaux d'investissement de nouvelle génération et accords bilatéraux d'investissement types

41. Une nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement plus équilibrés a commencé à émerger ces dernières années⁷⁰. Certains de ces accords comprennent des dispositions relatives aux droits humains, à la responsabilité sociale des entreprises ou au développement durable dans le texte principal, mais plutôt à caractère d'exhortation que légalement contraignantes⁷¹. Par exemple, « l'importance

⁶³ Thaïlande, « First national action plan on business and human rights (2019–2022) » (octobre 2019) ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAPThailandEN.pdf.

⁶⁴ Allemagne, « National action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2016-2020 » (décembre 2016), p. 13 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_Germany.pdf.

⁶⁵ Pays-Bas, « National action plan on business and human rights » (décembre 2013), p. 20 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Netherlands_NAP.pdf.

⁶⁶ Belgique, « Plan d'action national : entreprises et droits de l'homme » (23 juin 2017), proposition d'action 17 ; disponible à la page : www.sdgs.be/sites/default/files/publication/attachments/20170720_plan_bs_hr_fr.pdf.

⁶⁷ Irlande, « National plan on business and human rights 2017-2020 » (novembre 2017), p. 21 ; disponible à la page : www.dfa.ie/media/dfa/alldfawebsitemedia/National-Plan-on-Business-and-Human-Rights-2017-2020.pdf.

⁶⁸ Kenya, « National action plan on business and human rights » (juin 2019), p. 21 ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/2019_FINAL_BHR_NAP.PDF.

⁶⁹ France, « Plan national d'action pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises », p. 22.

⁷⁰ Par exemple, tous les accords internationaux d'investissement « conclus en 2020 contiennent des dispositions orientées vers la réforme visant à protéger l'espace réglementaire et à promouvoir l'investissement durable » ; CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2021*, p. 131. Voir aussi Kathryn Gordon et autres, « Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey », Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2014/01 (2014), p. 10 à 14.

⁷¹ Barnali Choudhury, « Investor obligations for human rights », *ICSID Review*, vol. 35, n° 1-2 (2020), p. 82, aux pages 88 à 92 ; et Isabella Seif, « Business and human rights in international

de l'encouragement donné par chaque partie aux entreprises qui opèrent dans sa zone à incorporer volontairement dans leurs politiques internes les normes, orientations et principes internationalement reconnus de responsabilité sociale des entreprises qui ont été avalisés ou sont soutenus par cette partie » est réaffirmée à l'article 16 du traité d'investissement bilatéral entre le Chili et la Région administrative spéciale de Hong Kong. On retrouve des variantes d'une telle clause dans d'autres accords récents, comme le traité d'investissement bilatéral entre la Colombie et la France, le traité d'investissement bilatéral entre le Brésil et le Mexique, l'accord d'association entre l'Union européenne et la Géorgie et le traité d'investissement bilatéral entre le Canada et la Mongolie. Les manquements à ces clauses sont toutefois souvent exclus du domaine de compétence de l'arbitrage contraignant.

42. Certains accords internationaux d'investissement récents s'attachent également à préserver l'espace réglementaire pour les États. Par exemple, l'article 4 2) du traité bilatéral d'investissement entre le Bangladesh et la Turquie prévoit que chaque partie contractante dispose « du droit exercer toutes les mesures judiciaires en cas de perte, de destruction ou de dommages à la santé publique, la vie ou l'environnement, en lien avec les investissements des investisseurs de l'autre partie contractante ». De même, l'article 18 1) du traité bilatéral d'investissement Burkina Faso - Canada prévoit qu'une partie peut adopter ou appliquer toute mesure nécessaire « pour la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou la préservation des végétaux ». Bien que le récent traité bilatéral d'investissement Brésil-Inde ne soit pas encore en vigueur, ses articles 22 et 23 contiennent de larges fondations de politique publique permettant de faire valoir un droit à réglementer l'investissement et les investisseurs. L'Article 14 du Code panafricain d'investissements énumère également des exceptions générales destinées à permettre aux États d'adopter des mesures réglementaires non discriminatoires. Il convient toutefois de noter que ces clauses sur le droit de réglementer ne seront efficaces que si les accords internationaux d'investissement limitent également les normes généreuses en matière de protection des investisseurs.

43. Afin de faire obstacle au nivellement par le bas, les États contractants parties à certains accords internationaux d'investissement conviennent de ne pas assouplir leurs normes pour attirer des investissements. L'accord bilatéral d'investissement type de la Colombie et le traité bilatéral d'investissement Maroc-Nigeria en sont de bons exemples. Certains accords visent aussi à renforcer le besoin pour les investisseurs de respecter les lois des États hôtes en matière de droits du travail, de santé et d'environnement. De plus, certains accords récents comprennent des recommandations aux investisseurs d'adopter des normes internationales de responsabilité sociale des entreprises. L'article 12 du traité bilatéral d'investissement Bélarus-Inde, par exemple, dispose que « les investisseurs et leurs entreprises qui opèrent sur le territoire de chaque partie doivent s'efforcer d'incorporer volontairement à leurs pratiques et politiques internes des normes de responsabilité sociale des entreprises reconnues internationalement ».

44. Le traité bilatéral d'investissement Maroc-Nigeria, bien qu'il ne soit pas encore entré en vigueur, offre un aperçu de la manière dont les accords internationaux d'investissement pourraient parvenir à un meilleur équilibre entre droits et obligations des investisseurs. Dans son article 15, il reconnaît qu'« il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les normes nationales en matière de travail, de santé publique ou de sécurité ». Cet article dispose également que chaque partie « doit veiller à ce que ses lois et règlements prévoient des niveaux élevés de

investment law: empirical evidence », in *Handbook of International Investment Law and Policy*, Julien Chaisse, Leïla Choukroune et Sufian Jusoh, dir. (Singapour, Springer, 2021), p. 6 à 17 ; disponible à la page : https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_26-1.

protection des droits du travail et des droits humains, à la hauteur de sa situation économique et sociale ». Dans l'article 18, le traité impose aussi des obligations directes, de sorte que ceux-ci « doivent respecter les droits humains dans l'État hôte » et « agir conformément aux normes fondamentales en matière de travail ». Selon son article 20, les investisseurs « doivent être soumis à des actions en responsabilité civile dans le système judiciaire de leur État d'origine pour tous les actes ou décisions pris en lien avec l'investissement dès lors que ces actions ou décisions entraînent des dommages importants, des dommages corporels ou la perte de vie dans l'État hôte ».

45. En plus des accords internationaux d'investissement conclus, de récents accords bilatéraux d'investissement types contiennent également des indications d'un vent de changement en direction d'une approche plus globale de la réglementation des investissements. Depuis que le Conseil des droits de l'homme a avalisé les Principes directeurs en 2011, au moins 20 États ont adopté un accord bilatéral d'investissement type⁷². Dans un petit nombre de ces accords types, comme ceux du Canada (2021), des Pays-Bas (2019) et de la Norvège (2015), les Principes directeurs sont expressément visés comme point de référence pour une conduite responsable des affaires ou en matière de responsabilité sociale des entreprises. Il est utile de souligner que les dispositions progressistes en matière de droits humains contenues dans les accords bilatéraux d'investissement types ne peuvent pas toujours être traduites en dispositions effectives d'accord bilatéral d'investissement type négociés par des États, car de multiples variables entrent en jeu lors des négociations.

46. Bien que l'accord bilatéral d'investissement type de 2019 des Pays-Bas n'ait pas encore été appliqué à la conclusion d'un accord international d'investissement avec le pays, il contient des éléments utiles et progressistes. L'importance de l'encouragement donné par les parties contractantes aux investisseurs d'« incorporer à leurs politiques internes ces normes, directives et principes de responsabilité sociale des entreprises » est réaffirmée à l'article 7 2). À l'article 7 3), « l'importance pour les investisseurs de procéder à des diligences voulues afin d'identifier, de prévenir, d'atténuer et de rendre compte des risques environnementaux et sociaux et des impacts de l'investissement concerné » est soulignée. L'article 20 5) est également pertinent car il rappelle à l'autorité investie du pouvoir de nomination de « déployer tous ses efforts pour s'assurer que les membres du tribunal... possèdent l'expertise nécessaire en droit public international, qui comprend le droit de l'environnement et des droits de l'homme ». L'article 23 quant à lui dispose qu'un tribunal arbitral « lorsqu'il décide du montant d'un dédommagement, doit prendre en compte le non-respect par l'investisseur de ses engagements » aux termes des Principes directeurs et des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

47. Un bref examen de la nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement et d'accords bilatéraux d'investissement types révèle que bien qu'ils ne « paraissent peut-être pas encore aller en direction de l'inclusion d'obligations claires, précises et contraignantes pour les investisseurs en matière de droits humains »⁷³, des indications de rééquilibrage entre les droits et responsabilités des investisseurs sont visibles. Toutefois, comme il est recommandé ci-dessous, le besoin de réformes des accords internationaux d'investissement plus ambitieuses et plus globales est urgent.

⁷² Voir <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

⁷³ Markus Krajewski, « A Nightmare or a noble dream? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application », *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, n° 1 (2020), p. 105 et p. 128.

E. Sentences arbitrales présentant une composante de questions liées aux droits humains

48. Ces dernières années, les questions de droits de l'homme ont pris une importance croissante dans les sentences arbitrales en matière d'investissement. Dans une étude de 2014, l'OCDE a établi que 287 des 1 113 décisions étudiées faisait référence à au moins l'une des dimensions de la conduite responsable des affaires, telle que droits humains, environnement, corruption et travail⁷⁴. Certaines de ces décisions citaient également des instruments de droit international des droits de l'homme ou de droit international de l'environnement⁷⁵. Si les données suggèrent que le régime des accords internationaux d'investissement pourrait entrer en interaction avec d'autres régimes pertinents, cela ne signifie pas nécessairement que les considérations de droits humains se sont vu accorder un poids suffisant par les arbitres⁷⁶. Même dans la très débattue décision *Urbaser*, le tribunal arbitral a en définitive estimé que l'investisseur n'avait aucune obligation de fond de fournir de l'eau aux personnes riveraines de la concession.

49. Lorsqu'ils interprètent les accords internationaux d'investissement, les tribunaux arbitraux, en particulier s'ils comptent en leur sein des experts des droits humains, pouvaient articuler les obligations des investisseurs en matière de droits humains de trois manières : a) en utilisant l'angle de l'« autre législation applicable » de ces accords pour incorporer des obligations imposées par le droit international des droits de l'homme⁷⁷ ; b) en interprétant certaines stipulations des accords de manière à y lire une composante de droits humains ; et c) en s'appuyant sur les stipulations explicites relatives aux droits humains figurant dans les accords⁷⁸. Parmi ces angles, le troisième a le plus de chances d'être efficace à assurer la banalisation des droits humains dans les décisions arbitrales en matière d'investissement. Des stipulations explicites des accords internationaux d'investissement qui « donnent au tribunal mandat pour examiner les questions de droits humains dans le cadre de plaintes formulées aux termes du contrat » devraient permettre de résorber le « goulot d'étranglement » actuel lié à la réception d'arguments, de questions et de normes de droits humains dans les arbitrages sur l'investissement⁷⁹.

F. Rédiger un instrument international juridiquement contraignant

50. La relation entre les accords internationaux d'investissement et les droits humains a aussi constitué un point clé des négociations du projet d'« instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises » (voir résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme). Les trois versions publiées à ce jour comportaient des dispositions visant une forme

⁷⁴ Kathryn Gordon et autres, « Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey », p. 23.

⁷⁵ Ibid., p. 24 à 25.

⁷⁶ Peter Muchlinski, « The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration », in *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Surya Deva et David Bilchitz, dir. (Cheltenham, Royaume-Uni, Edward Elgar Publishing, 2017), p. 346, aux pages 352 à 361. Voir aussi Lorenzo Cotula et Mika Schröder, *Community Perspectives in Investor-State Arbitration* (Londres, Institut international pour l'environnement et le développement, 2017).

⁷⁷ Voir Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31 3) c).

⁷⁸ Markus Krajewski, « A Nightmare or a noble dream? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application », aux pages 121 et 122.

⁷⁹ Peter Muchlinski, « The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration », p. 361:

d'harmonisation des accords avec l'instrument envisagé. Par exemple, l'article 14 5) a) de la deuxième version révisée publiée en août 2020 dispose que les États « doivent veiller à ce que... tout accord existant, bilatéral ou multilatéral,... y compris les accords commerciaux et d'investissement, soit interprété et mis en œuvre de manière à ne pas saper ou limiter leur capacité à s'acquitter de leurs obligations en vertu de cet (instrument juridiquement contraignant) et de ses protocoles, ainsi que d'autres conventions et instruments pertinents en matière de droits humains ». Le point b) précise en outre que tout « nouvel accord commercial et d'investissement, bilatéral ou multilatéral, doit être compatible avec les obligations en matière de droits humains incombant aux États parties en vertu de cet (instrument juridiquement contraignant) et de ses protocoles, ainsi que d'autres conventions et instruments pertinents en matière de droits humains »⁸⁰.

51. Ce projet de disposition, qui « semble appliquer le principe de l'intégration systémique du droit international »⁸¹, concerne à la fois les accords internationaux d'investissement existants et nouveaux et alerte les États sur la nécessité de veiller à ce que ces accords soient compatibles avec leurs obligations internationales en matière de droits humains. Il manque toutefois de précision sur la manière dont les États pourraient réaliser cet objectif, peut-être pour donner aux États une certaine latitude sur ce point. Bien qu'il n'y ait aucune certitude à ce stade sur la manière dont le processus de négociation du projet d'instrument international juridiquement contraignant se déroulera, cet instrument pourrait encourager les États à négocier des accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits de l'homme de diverses manières⁸².

IV. Trajectoire de la réforme

52. Un examen des principales préoccupations soulevées par les accords internationaux d'investissement révèle que le droit international de l'investissement souffre de problèmes systémiques et structurels. Un programme de réforme ambitieux et transformateur est donc souhaitable⁸³. Le présent chapitre contient une présentation d'éléments clés de ce programme, ainsi que des recommandations de méthodes possibles pour parvenir à ces objectifs réglementaires. Les suggestions indiquées ci-dessous s'appliquent tant à la négociation de nouveaux accords qu'à la réforme d'accords existants.

⁸⁰ Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, « Instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises », 2^e version révisée (6 août 2020) ; disponible à la page : www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf.

⁸¹ Daniel Uribe, « Bolstering human rights within international economic agreements: reconciling two 'separate regimes'? », *OpinioJuris*, 10 septembre 2020 ; disponible à la page : <http://opiniojuris.org/2020/09/10/bhr-symposium-bolstering-human-rights-within-international-economic-agreements-reconciling-two-separate-regimes>.

⁸² Markus Krajewski, « Ensuring the primacy of human rights in trade and investment policies: model clauses for a UN treaty on transnational corporations, other businesses and human rights » (Coopération Internationale pour le Développement et la Solidarité, Bruxelles, 2017). Voir aussi Peter Muchlinski, « The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration ».

⁸³ Emma Aisbett et autres, *Rethinking International Investment Governance: Principles for the 21st Century* (Boston, United States of America, Boston College Law School, 2018).

A. Réorientation de l'objectif de l'investissement

53. La réalisation des droits humains devrait constituer un objectif fondamental dans la sollicitation d'investissements étrangers, plutôt qu'une simple exception dans les accords internationaux d'investissement pour justifier la réglementation de l'investissement et des investisseurs par l'État hôte. Les États devraient en outre veiller à ce que l'investissement contribue à un développement inclusif et durable et que les dispositions des accords soient conçues pour réaliser cet objectif. Par exemple, l'article 1 du Code panafricain d'investissements énonce clairement que l'objectif du code est « de promouvoir, de faciliter et de protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque État membre ». Dans la même veine, le paragraphe XI.1 du Guide pour les investissements internationaux de la Chambre de commerce internationale dispose que les investisseurs devraient « chercher à créer une valeur partagée par le développement d'opportunités commerciales contribuant au progrès économique, social et environnemental du pays hôte ».

54. Certaines constitutions exigent aussi expressément des États qu'ils négocient des accords internationaux ou attirent des investissements étrangers pour promouvoir un développement durable. L'article 43 3) de la Constitution éthiopienne en est un exemple. Il dispose que « les accords internationaux conclus ou les relations nouées par l'État doivent être à même de garantir le droit au développement durable de l'Éthiopie ». Il est prévu, à l'article 99 de la Constitution namibienne, lue parallèlement au chapitre 2 de la loi namibienne sur la promotion de l'investissement, que les investissements étrangers doivent favoriser le développement durable.

55. Pour attirer un investissement étranger facilitant le développement durable, il faudrait cependant une cohérence verticale et horizontale et l'élaboration d'une politique d'investissement à partir de la base, à laquelle participeraient de manière significative toutes les parties prenantes, y compris les organisations de la société civile, les organisations de femmes et les syndicats. Le modèle d'investissement actuel, qui part du sommet, ne prend pas particulièrement en considération les besoins et préférences des communautés marginalisées comme les peuples autochtones. De ce fait, les peuples autochtones souffrent de manière disproportionnée des effets des projets de développement liés à l'investissement étranger (voir [A/70/301](#) et [A/HRC/33/42](#)).

56. En conséquence, au lieu de traiter le fait d'attirer des investissements étrangers comme une fin en soi, les États devraient exploiter le potentiel de l'investissement étranger pour contribuer à la réalisation des objectifs de développement durable. Cela imposerait de concevoir des accords internationaux d'investissement qui aillent au-delà de l'absence d'atteintes aux droits humains⁸⁴. Ils devraient plutôt promouvoir les droits humains de tous, sans laisser personne de côté. L'investissement étranger devrait contribuer à combler les lacunes pour résoudre les inégalités économiques plutôt que de les creuser encore. Dans ce contexte, il est remarquable que l'article 24 e) du Code panafricain d'investissements stipule que les investisseurs devraient « veiller à un partage équitable des richesses issues des investissements ». Dans le même ordre d'idées, l'investissement étranger a le potentiel de contribuer à la réalisation d'une égalité des genres⁸⁵ substantielle ainsi que d'autres objectifs sociétaux communs tels que l'atténuation du changement climatique. Les accords

⁸⁴ Mavluda Sattorova, « The foreign investor as a good citizen: investor obligations to do good », in *Investors' International Law*, Jean Ho et Mavluda Sattorova, dir. (Oxford, Royaume-Uni, Hart Publishing), p. 45 à 69.

⁸⁵ CNUCED, *Multinational Enterprises and the International Transmission of Gender Policies and Practices* (New York, 2021).

existants contiennent cependant rarement des dispositions « visant à garantir l'égalité des genres »⁸⁶. Cela doit changer.

B. Protection d'un espace permettant l'exercice du devoir de réglementation

57. Le droit international des droits de l'homme impose aux États le devoir – il ne s'agit pas d'un simple droit – de réglementer les investisseurs et leur investissement de manière à ce que tous les droits humains internationalement reconnus soient protégés de manière adéquate. Les États doivent donc veiller à ce que les accords internationaux d'investissement ne sapent pas leur capacité à s'acquitter de ce devoir. Les accords ne devraient conférer que la protection minimale nécessaire pour dissuader les conduites opportunistes de la part des États hôtes et non contraindre ceux-ci à introduire des modifications légitimes du droit et de la politique⁸⁷.

58. En raison de la fragmentation du droit international, les obligations issues d'accords internationaux d'investissement peuvent entrer en collision ou en conflit avec les obligations des États énoncées dans le droit international des droits de l'homme ou dans le droit de l'environnement. Afin de minimiser les effets défavorables d'une telle collision ou d'un tel conflit, les États devraient négocier des accords sous l'égide du droit international des droits de l'homme. Ils devraient avoir conscience de leurs obligations à l'égard des personnes et de la planète et les « dispositions internationales relatives aux droits de la personne devraient, au minimum, être considérés comme la première parmi ses paires des différentes branches du droit international »⁸⁸. Les attentes légitimes des investisseurs devraient être équilibrées avec les droits humains des personnes et des communautés, et interprétées à la lumière de ceux-ci⁸⁹.

59. Le champ de ce qui est protégé en tant qu'investissement aux termes d'accords internationaux d'investissement devrait être défini avec exactitude⁹⁰. La norme de la « nation la plus favorisée » devrait être décrite précisément, tandis que la clause de « traitement juste et équitable » devrait être remplacée par une norme de protection de l'investisseur plus claire. De plus, les investissements qui enfreignent les lois nationales ou les normes internationales en matière de droits humains devraient être exclus de la protection offerte par ces accords. Les États peuvent incorporer explicitement la « doctrine mains propres » dans les accords : les investisseurs qui ne procèdent pas à des diligences voulues substantielles en lien avec les droits humains ou qui sont impliqués dans des atteintes aux droits humains peuvent se voir interdire tout recours par voie d'arbitrage contre les États visant à obtenir l'exécution de leurs droits aux termes des accords⁹¹. L'accord bilatéral d'investissement type colombien par exemple inclut la possibilité pour une partie contractante de refuser l'avantage

⁸⁶ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2021*, p. 132.

⁸⁷ Emma Aisbett et Jonathan Bonnitcha, « A Pareto-improving compensation rule for investment treaties », *Journal of International Economic Law*, vol. 24, n° 1 (2021), p. 181 à 202.

⁸⁸ Surya Deva, « Investors' international law: beyond the present », in *Investors' International Law*, Jean Ho et Mavluda Sattorova, dir. (Oxford, Royaume-Uni, Hart Publishing, 2021), p. 313, à la p. 321.

⁸⁹ Peter Muchlinski, « Corporate social responsibility », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir. (Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2008), p. 637, aux pages 640 et 641. Voir aussi Bruno Simma, « Foreign investment arbitration: a place for human rights? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, n° 3 (2011), p. 573 à 596.

⁹⁰ CNUCED, « International investment agreements: Reform Accelerator », p. 10 à 13.

⁹¹ Isabella Seif, « Business and human rights in international investment law: empirical evidence », p. 18 à 20.

d'un accord donné si l'investisseur « s'est rendu coupable d'atteintes graves aux droits de l'homme », « a causé des dommages graves à l'environnement sur le territoire de la partie hôte » ou « a causé des atteintes graves aux lois sur le travail de la partie hôte ». En outre, les accords peuvent prévoir que le montant des dommages et intérêts décernés par les tribunaux arbitraux sera diminué des pertes subies du fait des atteintes aux droits humains ou de la pollution de l'environnement causée par l'investisseur.

60. La définition de l'investisseur devrait être calibrée de manière appropriée afin d'éviter le risque de voir des bénéficiaires imprévus exploiter des accords internationaux d'investissement à leur avantage en recourant à la recherche systématique du traité le plus favorable. Le simple enregistrement d'une société fictive dans l'État d'origine ne devrait généralement pas suffire à un investisseur pour se prévaloir de cette nationalité et bénéficier de la protection correspondante aux termes d'un accord. Les investisseurs devraient plutôt disposer d'un « siège réel » dans l'État d'origine et démontrer un véritable lien et des activités substantielles pour se prévaloir du bénéfice d'un accord⁹².

61. L'inclusion explicite des exceptions de politique publique dans les accords internationaux d'investissement aidera également les États à prendre des mesures juridiques et politiques pour réglementer l'investissement afin de promouvoir les droits humains, protéger l'environnement ou réaliser les objectifs de développement durable. De plus, le seuil à partir duquel ces exceptions peuvent être invoquées ne devrait pas être déraisonnablement élevé⁹³ : il devrait suffire que certaines mesures soient jugées appropriées.

62. Le processus de négociation d'accords internationaux d'investissement a également un impact sur le maintien d'un espace réglementaire. Par exemple, si les « droits des citoyens à accéder à l'information et à participer aux décisions publiques » sont protégés dans la négociation des accords⁹⁴, il devrait être plus aisé de parvenir à l'équilibre désiré. De plus, les États aussi mener des évaluations d'impact a priori des accords internationaux d'investissement sur les droits humains et l'environnement, ainsi que sur l'espace réglementaire à leur disposition en vertu du droit national et international. Une telle évaluation devrait aussi être effectuée pendant la vie des accords et avant leur prolongation ou leur renouvellement. La conduite d'une évaluation d'impact, conforme aux Principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme (voir [A/HRC/19/59/Add.5](#)), devrait aider les États à ménager l'espace réglementaire requis pour s'acquitter de leurs devoirs en vertu du droit international des droits de l'homme.

C. Inclusion d'obligation des investisseurs en matière de droits humains

63. Les accords internationaux d'investissement devraient maintenir une parité entre les droits et les obligations des investisseurs étrangers. Puisque les accords confèrent aux investisseurs des droits juridiquement exécutoires, ils devraient aussi inclure des obligations juridiquement exécutoires en matière de droits de la personne

⁹² Anil Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* (Oxford, Royaume-Uni, Hart Publishing, 2020), p. 230 à 243. Voir aussi Chin Leng Lim, Jean Ho et Martins Paporinskis, *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2021), p. 323 à 327.

⁹³ CNUCED, « International investment agreements: Reform Accelerator », p. 26.

⁹⁴ Lorenzo Cotula, « Rethinking investment treaties to advance human rights », Note d'information de l'Institut international pour l'environnement et le développement (septembre 2016).

et d'environnement⁹⁵. L'idée d'inclure dans les accords des obligations liées aux droits de la personne pour les investisseurs pourrait être étayée dans un contexte historique, au niveau normatif ainsi que sur la base d'une pratique émergente.

64. Quand les Nations Unies ont entamé le processus d'élaboration du Code de conduite des sociétés transnationales, au milieu des années 1970, celui-ci comprenait tant les droits que les responsabilités des investisseurs étrangers. L'impasse au sujet du code – ainsi que l'élaboration par l'OCDE et l'Organisation internationale du travail de responsabilités non impératives pour les multinationales, ainsi que la forte augmentation du nombre d'accords internationaux d'investissement conclus entre 1990 et 2020 – ont entraîné un « découplage » des droits et des responsabilités des investisseurs⁹⁶.

65. Sur le plan normatif, on peut faire valoir que le droit international des droits de l'homme s'applique aux investisseurs au moins par implication⁹⁷, car il serait anormal que soutenir que les acteurs qui ne sont pas des États puissent faire ce que les États ne peuvent pas. De plus, les responsabilités des investisseurs en matière de droits de la personne aux termes d'accords internationaux d'investissement devraient aller de pair avec leurs droits. Si donc les accords confèrent aux investisseurs des droits juridiquement exécutoires, ils devraient aussi leur imposer des obligations juridiquement exécutoires en matière de droits de la personne – et pas de simples responsabilités non impératives dénuées de moyens d'exécution.

66. Sur le plan des faits aussi, l'idée d'entreprises tenues à des obligations contraignantes en matière de droits de la personne gagne du terrain dans différents cadres. L'émergence de lois sur l'obligation de diligences voulues en matière de droits humains, dans plusieurs États d'Europe ainsi qu'au niveau de l'Union européenne le prouve. De plus, les tribunaux ont, ces dernières années, jugé que les sociétés mères peuvent être tenues à un devoir de diligence direct dans certaines circonstances, en cas d'atteintes liées à leurs filiales⁹⁸. Certaines entreprises et certains investisseurs ont également apporté un soutien public aux appels de la société civile à rendre contraignantes les obligations des entreprises en matière de droits humains afin de créer des conditions de concurrence équitables à l'échelle mondiale.

⁹⁵ Barnali Choudhury, « Investor obligations for human rights » ; Nathalie Bernasconi-Osterwalder et autres, « Harnessing investment for sustainable development: inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements », document de référence pour la réunion d'experts coorganisée par l'Institut international du développement durable et la Friedrich-Ebert-Stiftung (2018) ; et J. Anthony VanDuzer et autres, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators* (Londres, Secrétariat du Commonwealth, 2013).

⁹⁶ Surya Deva, « International investment agreements and human rights: assessing the role of the UN's business and human rights regulatory initiatives », p. 5 à 8. Voir aussi Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules* (Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2021).

⁹⁷ Dans l'affaire *Urbaser*, le tribunal arbitral a décidé que « on ne peut plus admettre que des sociétés opérant au plan international sont à l'abri de devenir des sujets de droit international ». *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c/ République d'Argentine*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n°ARB/07/26, par. 1195.

⁹⁸ Voir, par exemple, *Chandler c/ Cape* [2012] EWCA Civ 525 ; *Choc c/ Hudbay Minerals Inc.* 2013 ONSC 1414 ; *Vedanta Resources PLC c/ Lungowe* [2019] UKSC 20 ; *Quatre agriculteurs nigériens et Milieudéfensie c/ Shell* ECLI:NL:GHDHA:2021:132, ECLI:NL:GHDHA:2021:133 et ECLI:NL:GHDHA:2021:134 ; et *Okpabi c/ Royal Dutch Shell Plc* [2021] UKSC 3.

D. Fourniture de moyens d'accès aux recours pour les communautés affectées

67. La simple inclusion d'obligations des investisseurs en matière de droits humains dans les accords internationaux d'investissement ne suffira pas : la création d'un mécanisme efficace d'exécution de ces obligations devrait également être effectuée. En outre, les communautés devraient pouvoir demander réparation contre les investisseurs directement, car se fier aux États pour protéger leurs droits peut ne pas toujours réussir en raison de la corruption ou de la mainmise de l'État sur les entreprises.

68. C'est dans ce contexte que l'approche « toutes les voies de recours » décrite par le Groupe de travail dans son rapport de 2017 présente une pertinence directe en réponse à l'asymétrie des accords internationaux d'investissement en matière d'accès aux recours (voir A/72/172, par. 55, 56 et 75 à 78). Par exemple, des entreprises faisant partie d'une multinationale deviennent « connectées » lorsqu'elles cherchent à se placer sous la protection d'accords internationaux d'investissement, mais prétendent être « distinctes » lorsqu'elles sont poursuivies pour atteintes aux droits humains par des communautés affectées⁹⁹. De même, alors que les investisseurs exigent un « traitement juste et équitable » pour eux-mêmes, ils n'hésitent pas à faire valoir les accords pour faire échouer les efforts légitimes de titulaires de droits pour obtenir justice par d'autres mécanismes judiciaires ou non.

69. Les États pourraient résoudre cette asymétrie en prévoyant des accès aux recours pour les communautés affectées dans les accords internationaux d'investissement¹⁰⁰. Par exemple, les États pourraient négocier des accords permettant expressément aux communautés affectées par des projets liés à l'investissement – qui, à l'instar des investisseurs, sont des tierces parties aux accords – de poursuivre des actions en arbitrage international contre des investisseurs pour atteintes aux droits humains. Comme indiqué plus bas, si le règlement des différends par l'État n'est peut-être pas un mécanisme idéal pour traiter les atteintes aux droits humains liées aux investisseurs, une telle réforme provisoire est nécessaire car le mécanisme actuel de dépôt de demandes reconventionnelles par les États ou de présentation aux tribunaux arbitraux de mémoires d'*amicus curiae* par les communautés s'est avéré incapable de garantir la justice aux titulaires de droits affectés.

70. Une autre possibilité, pour les parties contractantes à un accord international d'investissement, pourrait consister à incorporer une clause « donnant compétence devant leurs tribunaux aux plaignants des autres parties dont il est allégué qu'elles ont subi des dommages causés par une filiale détenue ou contrôlée par une entreprise relevant de leur compétence »¹⁰¹. Cette possibilité est envisagée par l'article 17 de l'Acte additionnel de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest sur l'investissement ainsi que par l'accord bilatéral d'investissement type des Pays-Bas. Pour rendre ces dispositions opérationnelles, les États concernés peuvent devoir mettre en place une législation d'application et supprimer d'autres barrières à l'accès aux recours dans un contexte transnational. Aux termes de l'article 29 de l'Acte

⁹⁹ Pablo Agustín Escobar Ullauri, « Reconciling the rights of multinational companies under IIAs with the tort liability caused by their subsidiaries », 19 décembre 2020.

¹⁰⁰ Penelope Simons et J. Anthony VanDuzer, « Using international investment agreements to address access to justice for victims of human rights violations associated with transnational resource extraction », in *Corporate Citizen: New Perspectives on the Globalized Rule of Law*, Oonagh Fitzgerald, dir. (Montréal, Canada, McGill-Queen's University Press, 2020), p. 279. Voir aussi Jose Daniel Amado, Jackson Shaw Kern et Martin Doe Rodriguez, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2017).

¹⁰¹ Pablo Agustín Escobar Ullauri, « Reconciling the rights of multinational companies under IIAs with the tort liability caused by their subsidiaries ».

additionnel sur l'investissement, les États d'origine doivent s'assurer que leurs systèmes et leurs règles juridiques permettent d'engager la responsabilité civile des investisseurs en cas de dommages résultant de leurs investissements sur le territoire des États hôtes.

71. Le raisonnement sous-jacent à cette disposition repose en partie sur la parité d'accès à un mécanisme de recours efficace. Si les cours des États hôtes ne sont pas assez bonne pour que les investisseurs y fassent valoir leurs droits juridiques, les communautés affectées ne devraient pas être contraintes d'y poursuivre leurs recours. Elles devraient plutôt avoir la faculté d'entamer des poursuites dans les États d'origine des investisseurs sans avoir à s'inquiéter de surmonter les obstacles constitués par la théorie du *forum non conveniens* et le principe de la personnalité juridique distincte.

E. Remplacement du règlement des différends entre investisseurs et États par un mécanisme plus juste pour tous

72. Si certains différends entre États et investisseurs au sujet de l'investissement sont inévitables, leur règlement ne se fait pas suivant un mécanisme équitable pour toutes les parties. Le « système de désignation d'arbitres crée des motivations perverses », et « il n'existe pas de mécanisme d'appel pour apporter de la cohérence et un moyen de contrôle des décisions malheureuses »¹⁰². La pratique de « porte tournante » soulève aussi des questions quant à l'intégrité et l'indépendance des arbitres¹⁰³. Les tribunaux arbitraux ne semblent pas accorder une attention suffisante à la conduite irresponsable d'investisseurs étrangers en violation flagrante de normes internationales¹⁰⁴. De plus, les mécanismes n'offrent aucun accès direct aux recours aux communautés affectées par des projets liés à l'investissement. L'arbitrage en matière d'investissement n'est en outre pas accessible financièrement à tous les États parties, avec un coût moyen supérieur à 10 millions de dollars¹⁰⁵.

73. Les États devraient donc remplacer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États par un autre système. Un processus de règlement des différends entre États ou la mise en place d'une cour internationale de l'investissement constituent deux options actuellement à l'étude¹⁰⁶. Il serait toutefois essentiel de veiller à ce que le nouveau mécanisme n'hérite pas des défauts de l'ancien système. Le nouveau mécanisme devrait satisfaire plusieurs principes fondamentaux : il doit être capable de traiter tous les différends liés à l'investissement, être doté de juges indépendants, être accessible aux communautés marginalisées ou vulnérables, contribuer à la cohérence des politiques en adoptant une approche d'ensemble des différends, rendre des décisions cohérentes et comporter un système d'appel intégré¹⁰⁷. Les critères d'efficacité décrits dans le principe 31 des Principes directeurs pourraient aussi fournir des orientations utiles pour l'élaboration d'un mécanisme de règlement des différends compatible avec les droits humains (voir [A/HRC/44/32](#)).

¹⁰² Sergio Puig et Gregory Shaffer, « Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law », p. 408.

¹⁰³ Malcolm Langford et autres, « The revolving door in international investment arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 20, n° 2 (2017), p. 301 à 332.

¹⁰⁴ Nicolás Perrone, « The 'invisible' local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime », p.19 à 21.

¹⁰⁵ Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen et Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, p. 87.

¹⁰⁶ CNUCED, *Ensemble de réformes en faveur du régime international d'investissement de la CNUCED*, p. 55 à 58.

¹⁰⁷ Surya Deva, « Investors' international law: beyond the present », p. 324 et p. 325.

V. Conclusions et recommandations

A. Conclusions

74. La plupart des accords internationaux d'investissement protègent les investisseurs et leurs droits à l'exclusion des droits des personnes et des communautés. Ils limitent aussi la capacité réglementaire des États à agir vigoureusement pour s'acquitter de leurs obligations internationales en matière de droits humains. De plus, ils offrent aux investisseurs un privilège spécial d'exécution de leurs droits par arbitrage international contraignant, mais ne prévoient pas de droit similaire pour les titulaires de droits affectés par des projets liés à l'investissement. En bref, les accords internationaux d'investissement, en particulier l'ancienne génération de traités, qui représentent la majorité des accords en vigueur, non seulement sont déséquilibrés et incohérents par essence, mais encouragent en outre l'irresponsabilité chez les investisseurs. Des réformes systémiques, globales et transformatrices de ces accords constituent une nécessité urgente pour s'assurer qu'elles contribuent à la réalisation d'un développement inclusif et durable.

75. Il y a bien sûr des limites à ce que les accords internationaux d'investissement pourraient faire pour encourager les investisseurs à respecter les droits humains et les amener à répondre de leurs actes s'ils ne sont pas encouragés. Les États n'ont toutefois pas encore pleinement exploité le potentiel de ces accords, même dans ces limites. Dans le présent rapport, le Groupe de travail analyse les implications du principe 9 des Principes directeurs et propose des recommandations pratiques pour exploiter la capacité des accords internationaux d'investissement à promouvoir une conduite responsable de la part des investisseurs étrangers.

B. Recommandations

76. Le Groupe de travail recommande que les États :

a) s'abstiennent de traiter les accords internationaux d'investissement comme s'ils constituaient une panacée pour attirer l'investissement étranger ou réaliser le développement économique ;

b) exploitent le potentiel des accords internationaux d'investissement afin de réaliser les objectifs de droits de l'homme et les objectifs de développement durable, ainsi que de promouvoir une conduite responsable des affaires ;

c) dénoncent ou réforment d'urgence tous les accords internationaux d'investissement en suivant les recommandations formulées par la CNUCED et dans le présent rapport ;

d) s'appuient sur le processus de réforme proposé par le Groupe de travail III de la CNUDCI pour introduire des modifications substantielles et systémiques dans les accords internationaux d'investissement, dans un cadre multilatéral ;

e) négocient à l'avenir exclusivement les accords internationaux d'investissement compatibles avec leurs obligations internationales au regard des droits humains ainsi qu'avec leurs besoins et priorités de développement au plan national ;

f) renforcent la capacité des agents chargés de la négociation des accords internationaux d'investissement et facilitent la formation par les pairs pour leur permettre d'adopter une approche plus globale de la décision politique en matière d'investissement ;

g) procèdent, conformément aux principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme, à des évaluations de l'impact, a priori et a posteriori, des accords internationaux d'investissement sur les droits humains et l'environnement, ainsi que sur l'espace réglementaire à leur disposition en vertu des lois nationales et internationales ;

h) définissent de manière étroite les notions d'« investissement » et « investisseurs » protégés dans le cadre d'accords internationaux d'investissement ;

i) offrent la protection conférée par les accords internationaux d'investissement aux seuls investisseurs qui respectent les lois applicables et ont une conduite des affaires responsable conformément aux Principes directeurs et aux autres normes nationales, régionales et internationales pertinentes ;

j) incluent explicitement dans les accords internationaux d'investissement des exceptions détaillées de politique publique justifiant des interventions réglementaires destinées à protéger les droits humains ou l'intérêt du public de manière plus générale ;

k) publient des avant-projets d'accords internationaux d'investissement et invitent toutes les parties prenantes, dont des organisations de la société civile de toutes les juridictions pertinentes, à formuler des commentaires avant la conclusion de ces accords ;

l) remplacent le règlement des différends entre investisseurs et États par un mécanisme de résolution des différends équitable, transparent, indépendant, prévisible et accessible à toutes les parties sur un pied d'égalité, et qui fonctionne de manière régulière ;

m) nomment des juges dotés d'une expertise et d'une expérience du droit international en lien avec les droits humains, les droits du travail et l'environnement et prennent en considération diverses dimensions de diversité lors de ces nominations ;

n) mettent en pratique leurs engagements en matière de réforme des accords internationaux d'investissement pris dans les plans d'action nationaux en matière commerciale et en matière de droits humains.

77. Le Groupe de travail recommande que les investisseurs :

a) adoptent un état d'esprit axé sur l'« investissement pour un développement durable » ;

b) prennent au sérieux leurs responsabilités en matière de droits humains tout au long du cycle d'investissement, indépendamment de la localisation ou du contexte de l'investissement ;

c) agissent de manière cohérente face à leur obligation de respecter les droits humains lorsqu'ils entament des poursuites arbitrales contre les États ou font valoir des accords internationaux d'investissement pour contester des actions instituées par des communautés affectées qui exercent des recours pour des atteintes présumées aux droits humains ;

d) fassent preuve de la diligence voulue en matière de droits humains et de prise en compte des questions de genre, en consultation avec toutes les parties prenantes, avant d'engager un investissement et pendant tout son cycle de vie ;

e) se conforment à toutes les lois et autres normes internationales pertinentes en matière de droits humains et d'environnement.

78. Le Groupe de travail recommande aux personnes chargées de trancher les différends liés à l'investissement :

a) d'interpréter les accords internationaux d'investissement de manière globale, en tenant compte, en particulier, des obligations des États en matière de droits humains, des responsabilités et obligations des investisseurs en matière de droits humains et des droits humains des personnes et communautés ;

b) d'inviter les communautés affectées et les organisations de la société civile à présenter des mémoires d'*amicus curiae*, ou d'accepter leur demande en ce sens, au sujet de tout impact défavorable présumé de projets liés à l'investissement sur les droits humains ou l'environnement, et d'assister aux procédures arbitrales ;

c) d'inviter des experts, si nécessaire, à fournir des orientations sur les dimensions de droits humains des différends relatifs à l'investissement ;

d) de déclarer tout conflit d'intérêts réel ou potentiel qui pourrait être considéré comme sapant leur indépendance et leur impartialité.

79. Le Groupe de travail recommande aux organisations de la société civile :

a) de s'engager activement auprès des États dans la négociation d'accords internationaux d'investissement compatibles avec leurs obligations en matière de droits humains ;

b) de poursuivre leur plaidoyer afin de veiller à ce que les investisseurs prennent au sérieux leurs responsabilités et obligations en matière de droits humains et qu'ils soient tenus responsables des préjudices éventuellement causés aux personnes ou à la planète.
