



Droits et Démocratie
Rights & Democracy

Centre international des droits de la personne et du développement démocratique
International Centre for Human Rights and Democratic Development

L'investissement international

et les droits humains :

Enjeux politiques et juridiques

Document de discussion

par Rémi Bachand et Stéphanie Rousseau

Pour la journée de réflexion

du Conseil d'administration de Droits et Démocratie

« L'investissement dans les pays en développement :

Relever le défi des droits humains »

11 juin 2003, Ottawa, Canada



Droits et Démocratie
Rights & Democracy

Centre international des droits de la personne et du développement démocratique
International Centre for Human Rights and Democratic Development

1001, boul. de Maisonneuve Est, Bureau 1100

Montréal (Québec) H2L 4P9, Canada

Tél. (514) 283-6073/ Téléc. (514) 283-3792

Courriel : ichrdd@ichrdd.ca

Site web : www.ichrdd.ca

Droits et Démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique) est une organisation indépendante canadienne investie d'un mandat international. Elle fait la promotion et la défense des droits de la personne et du développement démocratique tels que définis dans la Charte internationale des droits de l'homme. En coopération avec la société civile et des gouvernements, au Canada et à l'étranger, Droits et Démocratie amorce et soutient des programmes qui visent à consolider les lois et les institutions démocratiques, principalement dans les pays en voie de développement.

© Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2003.

Le présent document de discussion n'engage que les opinions des auteurs et ne reflète pas nécessairement le point de vue de Droits et Démocratie. Toute citation du présent texte est permise à condition que l'origine en soit mentionnée et qu'un exemplaire de la publication où elle apparaît soit fourni à Droits et Démocratie.

Résumé

Malgré les nombreux cas de comportements répréhensibles de la part des grandes entreprises rapportés dans les pays en voie de développement, les énormes souffrances humaines causées par la volatilité des mouvements de capitaux et les nombreux différends commerciaux comportant un aspect relatif aux droits humains, il n'existe pas encore d'analyse systématique de la situation de l'investissement dans les pays en voie de développement selon une perspective tenant compte des droits humains. Au moment où les règles en matière d'investissement font l'objet de discussions et de négociations dans le cadre de divers forums un peu partout dans le monde – comme à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en relation avec la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) ou avec le Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD) –, il est devenu important pour la communauté des droits humains de se pencher sur les défis à venir dans la sphère en constante évolution du droit international. Dans le cadre d'une économie de plus en plus mondialisée, il importe également, pour les représentants gouvernementaux et les acteurs du secteur privé, de connaître leurs obligations en matière de droits humains.

Alors que l'investissement international a principalement lieu entre pays développés, son impact sur les pays en voie de développement ne peut être passé sous silence ; en termes quantitatifs seulement, il est en moyenne quatre fois plus élevé que les montants accordés à l'aide internationale. De plus, une portion importante de l'investissement étranger direct ne constitue pas de nouveaux investissements – s'il présente un important potentiel en matière de création d'emploi, il reflète plutôt les privatisations et les fusions-acquisitions, qui étaient prédominantes dans les années 1980 et 1990, période de hiatus dans le paradigme économique néolibéral. L'investissement de portefeuille, dont la volatilité est notoire, présente une série de difficultés pour les gouvernements qui recherchent des conditions budgétaires stables pour être mieux en mesure de respecter leurs obligations en matière de droits humains.

En vertu des traités internationaux de défense des droits humains qu'ils ont ratifiés, les États ont l'obligation de respecter et de protéger les droits humains ainsi que d'en favoriser la réalisation. Dans certains cas, ces obligations ont un caractère immédiat (par exemple, la discrimination n'est jamais justifiable, et la liberté d'association doit en tout temps être respectée), et dans d'autres, elles visent à assurer progressivement le plein exercice des droits. C'est le cas de l'obligation des États de s'assurer que leurs citoyens bénéficient d'un niveau de vie suffisant et aient droit à la jouissance du meilleur état de santé possible, et de veiller au respect de droits tels que la nourriture, l'éducation et le logement. En dépit du prestige moral élevé dont jouissent les normes internationales en matière de droits humains, les États ont pour la plupart été incapables d'assurer une protection juridique adéquate aux victimes de violations des droits économiques, sociaux et culturels, et nombre d'entre eux hésitent à admettre le caractère justiciable de cette catégorie de droits. C'est pour cette raison que l'élaboration du principal instrument de recours international, le Protocole facultatif au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, n'en est encore qu'au stade de l'ébauche.

En revanche, les investisseurs ont à leur disposition de nombreux moyens de protection, les plus importants étant contenus dans les traités commerciaux bilatéraux et régionaux ; mentionnons en particulier le mécanisme de règlement des différends investisseur-État, qui garantit aux investisseurs des droits de propriété exécutoires, assortis de compensations financières en cas de pertes. Les accords d'investissement tels que le chapitre 11 de l'ALÉNA comportent aussi des clauses empêchant les États d'imposer des obligations de résultats ou des transferts technologiques dans le cadre des contrats d'investissement. Les accords (l'AGCS et les MIC) qui régissent l'investissement à l'OMC sont également brièvement expliqués. Les auteurs affirment que ces restrictions peuvent empêcher ou dissuader les gouvernements de respecter leurs obligations en matière de droits humains.

Enfin, les auteurs discutent des démarches juridiques possibles et de ce qui pourrait se produire si le droit d'un investisseur se butait à l'obligation d'un État d'assurer le respect de certains droits humains. On aborde le rôle du droit coutumier ainsi que la possibilité d'invoquer les droits humains devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC. En bout de ligne, la relation entre le droit régissant les investissements internationaux et le droit régissant les droits humains mène inévitablement à la question épineuse de l'intention du législateur – ou, plus directement, de la volonté politique. Comment en sommes-nous arrivés à une étape de l'évolution du droit international où les droits des citoyens bénéficient de si maigres protections alors que les droits des investisseurs privés sont si bien protégés ?

*« En cas de conflit entre les obligations des
Membres des Nations Unies en vertu de la
présente Charte et leurs obligations en vertu de
tout autre accord international, les premières
prévaudront. »*

Article 103 de la Charte des Nations Unies

*« [...] 2. En cas d'incompatibilité entre le présent
accord et [d']autres accords [auxquels elles sont
parties], le présent accord, sauf disposition
contraire, prévaudra dans la mesure de
l'incompatibilité. »*

Article 103 de l'Accord de libre échange nord-américain

Introduction¹

Pendant toute la période de l'après-guerre, les droits humains et le droit commercial ont été compris comme deux « familles » distinctes à l'intérieur du droit international. Le fait qu'il n'y avait que peu ou pas de dialogue entre celles-ci n'était pas considéré comme un problème en soi. Depuis dix ans, par contre, un certain nombre de facteurs sont intervenus, qui ont suscité chez les experts et les organismes des droits humains des inquiétudes croissantes relativement aux ententes commerciales internationales, à leurs dispositions et à la menace qu'elles représentent pour les mécanismes de protection des droits humains. Parmi ces facteurs, mentionnons les violations dues à des activités commerciales non réglementées dans certaines parties du monde, les décisions des organes de règlement des différends ayant des effets négatifs sur les politiques liées à la protection des droits, les puissants instruments juridiques relatifs à la propriété intellectuelle qui compromettent l'accès du public aux médicaments, aux ressources et à la technologie, les mesures de libéralisation du commerce en agriculture qui détruisent le gagne-pain des fermiers pratiquant l'agriculture de petite échelle, la concentration accrue de la richesse découlant de la logique des avantages comparatifs, et la libéralisation continue des services qui, de l'avis de bien des gens, menace les politiques publiques (existantes ou potentielles) favorisant un accès universel et non discriminatoire à la santé, à l'éducation, à l'eau et à d'autres services sociaux.

¹ Rémi Bachand est juriste et chercheur associé au Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CEDIM) et au Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) de l'Université du Québec à Montréal. Stéphanie Rousseau est politologue et termine présentement un doctorat à l'Université McGill. Les auteurs remercient Diana Bronson, Christian Deblock, Lucie Lamarche et Luke Peterson pour leurs précieux commentaires sur la première version de ce texte. Prière d'envoyer vos commentaires à dbronson@ichrdd.ca

Il existe aujourd'hui une documentation abondante sur le sujet des échanges commerciaux et des droits humains, comme en témoignent divers ouvrages issus des cercles universitaires, des milieux populaires, des organisations non gouvernementales et des instances intergouvernementales². Voilà qui est très positif. Une intéressante littérature critique commence également à voir le jour sur la question des investissements et de leurs relations avec le développement durable, la démocratie et le développement, même s'il n'y a pas encore eu de tentative systématique d'analyser les investissements selon une perspective tenant compte des droits humains³. Ce débat a surtout pris son envol en 1999, dans la mouvance des négociations avortées entourant l'Accord multilatéral sur les investissements (AMI). Ainsi, c'est le débat déclenché par l'AMI qui a incité le bureau du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme à se pencher sur la question et à produire une série d'articles concernant les droits humains dans le commerce international. Toutefois, les organismes chargés de l'application des traités sur les droits humains n'ont pas encore analysé l'impact des investissements sur les droits humains, et les négociateurs n'ont pas encore examiné les effets, sur ces mêmes droits, des diverses dispositions des accords bilatéraux, régionaux ou internationaux en matière d'investissements.

² Voir à ce sujet les publications de Droits et Démocratie, à www.ichrdd.ca, notamment Robert Howse et Makau Matua, *Protection des droits humains et mondialisation de l'économie : un défi pour l'OMC* (Montréal, 2000), Diana Bronson et Lucie Lamarche, *Un cadre de référence des droits humains pour le commerce dans les Amériques* (Montréal, 2001) et Lauren Posner, *Récoltes inégales : le commerce international et le droit à l'alimentation vus par les agriculteurs*. À lire également : Caroline Dommen, « Raising Human Rights in the World Trade Organization: Actors, Processes and Possible Strategies », *Human Rights Quarterly*, 2001 ; *European Journal of International Law*, n° 13, 2002, sur le commerce et les droits humains ; Alison Brysk (dir.), *Globalization and Human Rights*, Berkley, University of California Press, 2002 ; Scott Sinclair, « GATS: How the World Trade Organization's New Services Negotiations Threaten Democracy » ainsi que d'autres publications connexes du Centre canadien de politiques alternatives. Le bureau du Haut Commissariat aux droits de l'homme a aussi publié trois documents d'importance sur le sujet : *Libéralisation du commerce des services et droits de l'homme* (E/CN.4/Sub.2/2002/9) ; *L'impact sur les droits de l'homme de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (E/CN.4/Sub.2/2001/13) ; *La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme* (qui porte plus particulièrement sur l'Accord sur l'agriculture) (E/CN.4/2002/54).

³ Voir en particulier les travaux du Third World Network (www.twinside.org), de l'Institut international du développement durable (www.iisd.org) et du Centre for International Environmental Law (www.ciel.org).

Les experts et défenseurs des droits humains ont bien des raisons de s'intéresser et de prendre part aux débats portant sur l'investissement. En 2001, le montant net d'investissement direct à l'étranger (IDE) dans les pays en voie de développement (PED) était de 205 milliards de dollars américains (sur 735 milliards de flux mondiaux d'IDE)⁴, chiffres qui font pâlir ceux de l'aide officielle au développement (53,7 milliards en 2002)⁵. Les règles régissant les investissements font présentement l'objet de discussions et/ou de négociations dans différents forums, notamment dans le cadre d'un grand nombre d'initiatives bilatérales telles que le Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD), la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). De plus, de nombreuses agences internationales d'importance comme la Banque mondiale, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), le Fonds monétaire international, les banques régionales de développement et les organismes nationaux de crédit à l'exportation s'intéressent aux règlements sur les investissements et ont entrepris une réflexion sur leur réforme éventuelle. On compte présentement dans le monde environ 2 000 traités bilatéraux d'investissement, qui, dans la plupart des cas, sont établis entre des pays développés et des PED et qui ont entraîné des changements dans les lois des pays hôtes⁶. Dans la plupart des cas, les droits humains n'ont pas été pris en compte lors des discussions sur les dimensions économiques et juridiques des ententes. De plus, l'IDE, qui implique la présence d'un investissement étranger sur le territoire de l'État-hôte (et l'utilisation de ses ressources, de sa main-d'œuvre et de ses lois), a un impact potentiel plus grand sur les droits humains que les règles gouvernant les exportations et les importations ou d'autres aspects du droit international sur le commerce.

La libéralisation tous azimuts des investissements répond au besoin des États, particulièrement ceux des pays en voie de développement (PED), d'attirer les investissements étrangers. La volonté de créer de nouvelles sources de revenus, notamment pour le remboursement de leur

⁴ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2000, Vue d'ensemble, Nations Unies, New York, Genève, 2000, p. 9 (dans sa version anglaise).

⁵ J. Randel, T. German and D. Ewing (dir.) *The Reality of Aid 2002*, Manila, IBON Foundation, 2002, p. 145.

⁶ Par exemple, en 2001, 208 changements ont été apportés par 71 pays aux lois sur l'IDE, et 194 de ces changements ont rendu ces lois plus favorables à l'IDE. CNUCED *supra* note 4, p.9.

dette, est une motivation importante dans ce processus. Les programmes d'ajustement structurel imposés à la plupart des PED au cours des vingt dernières années ont fait en sorte que ces États interviennent de moins en moins dans leur économie. Cela a pour conséquence de limiter leur investissement de fonds publics dans le développement et leur capacité à remplir leurs obligations en matière de droits humains. La baisse notoire du niveau d'aide publique au développement par les pays industrialisés au cours de cette même période a contribué à accentuer cette tendance.⁷ Or, le capital privé national fait cruellement défaut dans un grand nombre de ces pays et ceux-ci doivent donc surtout compter sur le capital privé étranger.

La question fondamentale qui sous-tend ce document, de même que le séminaire en vue duquel il a été rédigé, est la suivante : comment les États peuvent-ils concilier, d'une part, leur obligation de protéger, de respecter et de mettre en oeuvre leurs engagements internationaux en matière de droits humains avec, d'autre part, leur volonté de libéraliser l'investissement et de protéger les droits des investisseurs étrangers ? Que doit-on faire en cas de conflit ? Comment les conflits émergent-ils et comment pouvons-nous y remédier ? Clairement, les deux citations qui figurent au début de cet article, l'une tirée de *la Charte des Nations Unies* et l'autre de l'ALÉNA, qui affirment chacune leur propre primauté, sont symptomatiques d'un problème plus profond, celui de la coexistence de deux familles de droits en droit international qui se font concurrence. Loin de prétendre effectuer une analyse approfondie des nombreuses complexités de ce débat, ce document se veut plutôt un examen exploratoire de certaines des questions soulevées par le lien entre l'investissement international et les droits humains. Après un portrait synthétique de la situation mondiale actuelle en matière d'IDE, un rapide survol des principales obligations des

⁷ À titre d'exemple, en 1990 le Canada consacrait 0,44 % de son revenu national brut, les États-Unis 0,21 % et le Japon 0,31 % à l'aide officielle au développement. En 2000, ces mêmes pays y ont accordé respectivement 0,25 %, 0,10 % et 0,28 % de leur revenu national brut; PNUD, *Rapport sur le développement humain 2002*, New York, Nations Unies, 2002. Toutefois, il est à noter que le Canada a augmenté son budget d'aide au développement en 2002. Selon les premières estimations disponibles, les fonds destinés au programme canadien d'aide au développement ont augmenté, passant de 2,37 milliards de dollars en 2001 à 3,16 milliards de dollars en 2002 — une hausse de 31,6 % en valeur réelle. L'aide publique au développement du Canada représente maintenant 0,28 % du revenu national brut du pays. Communiqué de l'Agence canadienne pour le développement international, 23 avril 2003.

États dans le cadre des régimes de droits humains internationaux et des accords sur les investissements est présenté. Dans la dernière partie, quelques questions sont proposées pour stimuler la réflexion quant à la recherche d'une plus grande cohérence en droit international.

1- Investissements à l'étranger et droits humains.

Les investissements à l'étranger peuvent être regroupés en deux grandes catégories : les investissements directs et les investissements de portefeuille. Les premiers se caractérisent par un pourcentage de propriété acquise par l'investisseur, équivalent généralement à 10 % de la valeur de l'entreprise. Les investissements de portefeuille sont, *a contrario*, ceux dont les parts détenues par l'investisseur ne dépassent pas 10 % de la valeur totale de l'entreprise. Ces deux types d'investissements ont des effets distincts sur les droits humains, comme nous allons l'évoquer dans la section suivante.

1.1 Les investissements directs

Les tableaux 1 et 2 font ressortir les deux principaux mouvements en matière d'investissements directs à l'étranger, soit : les flux de capitaux Nord-Nord et les flux de capitaux Nord-Sud. En 2001, par exemple, les pays développés exportaient 93,5 % des capitaux investis sous forme d'investissements directs et recevaient 68,4 % de ceux-ci. En revanche, 5,9 % des investissements directs sont originaires des PED, qui reçoivent eux-mêmes 27,9 % de ceux-ci.

Tableau 1

**Flux d'investissements étrangers directs, 1996-2000 (moyenne),
régions et pays choisis, millions de dollars américains**

<i>Pays/régions</i>	sortants	sortants (% mondial)	entrants	entrants (% mondial)
Monde	794 918	100,0%	827 775	100,0%
Économies développées	719 187	90,5%	607 466	73,3%
Europe occidentale	531 414	66,9%	359 386	43,4%
Etats-Unis	130 149	16,4%	189 315	22,9%
Canada	26 725	3,4%	27 004	3,3%
Économies en développement	72 841	9,2%	198 870	24,0%
Afrique	2 306	0,3%	9 423	1,1%
Amérique latine et Caraïbes	20 495	2,6%	82 815	10,0%
Asie et Pacifique	50 040	6,3%	106 632	12,9%

Source : CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2002*, Nations Unies, New York, Genève, 2002.

Tableau 2

**Flux d'investissements étrangers directs, 2001, régions et pays choisis,
millions de dollars américains**

<i>Pays/régions</i>	sortants	sortants (% mondial)	entrants	entrants (% mondial)
Monde	620 713	100,0%	735 146	100,0%
Économies développées	580 624	93,5%	503 144	68,4%
Europe occidentale	380 434	61,3%	336 210	45,7%
Etats-Unis	113 977	18,4%	124 435	16,9%
Canada	35 472	5,7%	27 465	3,7%
Économies en développement	36 571	5,9%	204 801	27,9%
Afrique	-2 544	-0,4%	17 165	2,3%
Amérique latine et Caraïbes	7 217	1,2%	85 373	11,6%
Asie et Pacifique	31 897	5,1%	102 264	13,9%

Source : CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2002*, Nations Unies, New York, Genève, 2002.

Nous pouvons regrouper l'investissement étranger direct en trois catégories : les achats d'entreprises privatisées, les fusions-acquisitions et les investissements créateurs de nouvelles entreprises. Ces catégories ont un impact différent sur les droits humains et le développement.

Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que les privatisations ont été extrêmement importantes à la fin des années 80 et au début des années 90. Dans bien des cas, une fois la transaction complétée, les nouveaux propriétaires ont éliminé les emplois jugés improductifs. Nonobstant une hypothétique augmentation de la productivité de ces entreprises, force est d'admettre que dans bien des cas, ces privatisations ont été lourdes de conséquences pour la mise en œuvre des droits des travailleurs de même que sur la capacité des citoyens sans-emploi à subvenir à leurs besoins, entraînant d'autres violations des droits reconnus par le Pacte international relatif aux droits économique, sociaux et culturels (PIDESC). Le Prix Nobel d'économie Joseph Stiglitz montre bien les effets positifs et négatifs de la vague de privatisations imposée par le Fonds monétaire international (FMI) aux PED :

La privatisation fait souvent passer les entreprises d'État des pertes au profit par une réduction massive du personnel. [...]. Le chômage s'accompagne de coûts sociaux que les firmes ne prennent absolument pas en compte. Étant donné que la protection de l'emploi est minimale, les employeurs peuvent licencier les salariés à peu de frais ou sans frais du tout [...]. Si la privatisation a été tant critiquée, c'est parce que, à la différence de ce que l'on appelle les investissements « sur terrain nu » - ceux qui fondent de nouvelles firmes, non ceux qui financent la reprise de firmes existantes par des investissements privés, elle détruit souvent des emplois au lieu d'en créer de nouveaux⁸.

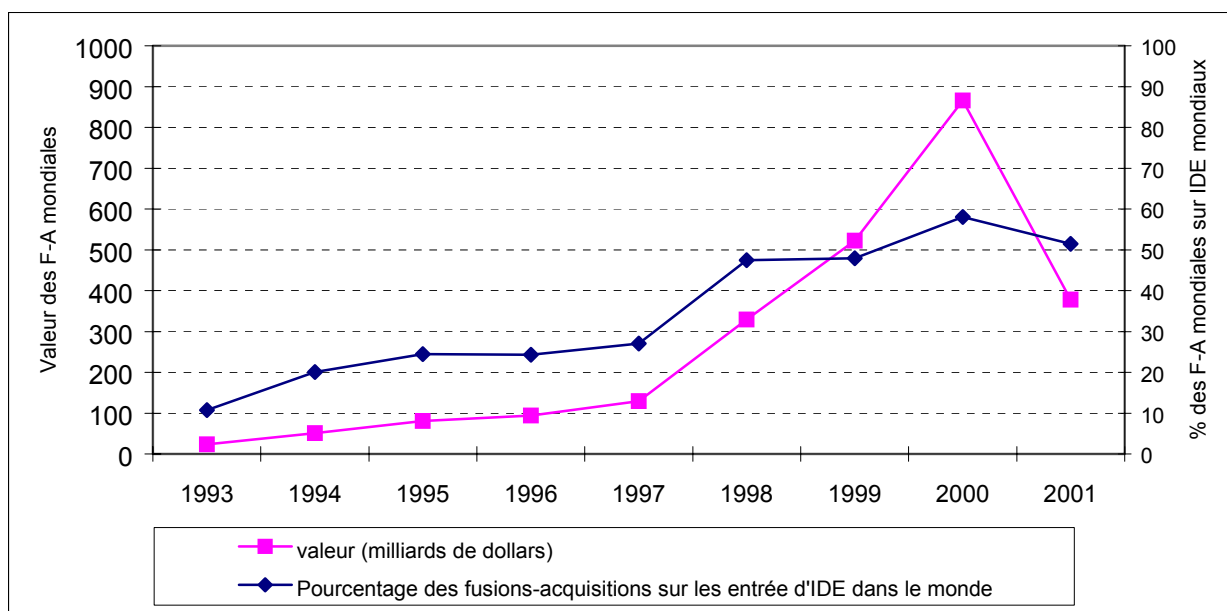
Par la suite, les fusions-acquisitions sont devenues le type d'investissement privilégié au cours des cinq dernières années. Le graphique 1 montre que les fusions-acquisitions représentaient près de 60 % des investissements directs à l'étranger en 2000 et plus de 50 % en 2001, et ce, en dépit du fait que la valeur des transactions ait chuté de plus de la moitié. Même si la majorité de ces

⁸ J. E. Stiglitz, *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002, p. 89.

opérations a lieu dans les pays développés, la tendance, toutes proportions gardées, semble être la même dans les PED.

Graphique 1

Valeur des fusions-acquisitions* et pourcentage de ceux-ci sur la valeur totale des entrées d'IDE mondiaux



Source : CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Nations Unies, New York, Genève, 1999, 2000, 2001, 2002.*Seules sont considérées les fusions-acquisitions de plus d'un milliard de dollars américains.

Les fusions-acquisitions ne sont pas nécessairement favorables à la création d'emplois. Comme le souligne la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), les fusions-acquisitions soulèvent plutôt l'inquiétude de plusieurs dans les pays d'accueil :

[...] les acquisitions étrangères ne renforcent pas la capacité de production, mais consistent simplement à transférer la propriété et le contrôle d'entreprises locales à des investisseurs

extérieurs. Ce transfert s'accompagne souvent de licenciements et de la fermeture de certaines unités de production ou fonctions (recherche-développement, par exemple)⁹.

Quant à l'investissement visant à créer une nouvelle entreprise, celui-ci possède le potentiel le plus immédiat de création d'emplois. Or, depuis une douzaine d'années, ce type d'investissement tend à perdre du terrain par rapport aux deux autres types d'investissements directs.

Par ailleurs, on ne peut passer sous silence les débats en cours concernant l'influence de ces investissements sur les droits humains. Certains notent que les investisseurs étrangers ne respectent pas nécessairement les droits des travailleurs, tels que définis par les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT). Par exemple, certains investisseurs étrangers profitent de régimes politiques qui répriment sévèrement les libertés syndicales et les autres libertés fondamentales. À cet égard, le cas de la Chine est particulièrement saisissant¹⁰. En effet, alors que les investissements étrangers dans le monde ont chuté de près de la moitié de leur valeur entre 2000 et 2001, la part d'investissements directs étrangers en Chine, de même que la somme totale des nouveaux investissements étrangers en Chine, se sont accrues¹¹. En dépit des violations quotidiennes des droits humains en Chine, il semble que celle-ci soit devenue une "valeur sûre" pour les investisseurs étrangers.

La situation qui prévaut dans plus de 3 000 zones franches et ce, dans 116 pays,¹² se doit également d'être soulignée, dans la mesure où nombre de violations des droits humains y sont commises par des entreprises étrangères, notamment des arrestations de dirigeants syndicaux,

⁹ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2000, Vue d'ensemble*, Nations-Unies, Genève, 2000, à la p.32.

¹⁰ Sur les violations des droits et libertés en Chine, voir notamment les publications du China Labour Bulletin, publié à Hong Kong: www.china-labour.org.hk

¹¹ En 2000, sur les 1491, 934 milliards de dollars américains d'investissements étrangers dans le monde, 40,772 milliards de dollars américains (2,7 %) ont été investis en Chine. En 2001, sur un total mondial de 735,146 milliards, 46,846 milliards de dollars américains d'investissements étrangers (6,4 %) se sont dirigés vers la Chine. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2002*, Nations Unies, New York, Genève, 2002.

¹² Bureau international du travail, *Emploi et politique sociale dans les zones franches d'exportation*, Genève, mars 2003, p.2

des mesures de contrôle de la fertilité et d'autres atteintes à l'intégrité corporelle des femmes ouvrières, des licenciements arbitraires, des salaires insuffisants et des conditions de travail insalubres etc.¹³

La complicité de certaines entreprises privées avec des gouvernements autoritaires, qui commettent des violations graves et massives, est un autre exemple des répercussions possibles de l'investissement direct étranger sur les droits humains. Ainsi, les investisseurs étrangers ont une part de responsabilité dans ces violations. Cette responsabilité peut être directe, lorsque l'entreprise participe à une violation commise par un État. À titre d'exemple, mentionnons le cas où l'entreprise contribuerait aux déplacements forcés de populations civiles. Une part de responsabilité pourrait également être attribuée à l'entreprise dans le cas où l'État commettrait des violations par l'instauration de mesures visant à "protéger" les activités de l'entreprise. La responsabilité peut également être indirecte, lorsque des violations des droits humains perpétrées par un État profite à une entreprise, sans que celle-ci soit activement impliquée dans ces violations¹⁴. Enfin, les entreprises privées sont souvent accusées de complicité « silencieuse » quand elles ne réagissent pas face à des violations graves et massives perpétrées par un État¹⁵. Il

¹³ Voir entre autres : Gloria Tello Sanchez, "Human and Labour Rights of Women Maquiladora Workers in Coahuila, Mexico", dans Droits et Démocratie et Alianza Cívica, "*Self-Made Citizens: Building Democracy Through Human Rights in Mexico*", Montréal et Mexico, janvier 2003; Human Rights Watch, *From the Household to the Factory: Sex Discrimination in the Guatemalan Labor Force*, février 2002; Human Rights Watch, *A Job or Your Rights: Continued Sex Discrimination in Mexico's Maquiladora Sector*, décembre 1998.

¹⁴ Voir entre autres : Human Rights Watch, *The Niger Delta: No Democratic Dividend*, Octobre 2002. Une source intéressante également : les rapports de l'organisation non-gouvernementale Project Underground disponibles sur son site internet : www.moles.org.

¹⁵ Andrew Clapham and Scott Jerbi, "Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses", based on a background paper for the Global Compact dialogue on *The role of the private sector in zones of conflict*, New York, 21-22 mars 2001 : <http://www.business-humanrights.org/Clapham-Jerbi-paper.htm>. Voir également les *Principes de droits de l'Homme et responsabilités des entreprises transnationales et autres entreprises privées* préparés par le Groupe de travail sur les méthodes de travail et activités des entreprises transnationales, soumis à la discussion en juillet 2002 à la 54^e session de la Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/2002/WG.2 /WP.1 et add. 1 et 2. De même, l'excellent travail du International Council on Human Rights Policy, *Au-delà du volontarisme. Les droits humains et les obligations émergentes des entreprises en droit international*: www.ichrp.org

est à noter que des situations de conflit comme celles dans la région des grands lacs d'Afrique centrale, sont particulièrement problématiques. En effet, dans cette région, des entreprises privées profitent de la confusion liée à l'occupation de plusieurs armées étrangères pour exploiter les ressources naturelles de façon illégale¹⁶.

En dernier lieu, il est nécessaire de rappeler que les investissements directs à l'étranger provenant des pays industrialisés sont habituellement effectués à partir de prêts bancaires contractés auprès des banques du pays d'accueil. Ainsi, une fois le remboursement de ce prêt complété, ce qui apparaissait comme une « exportation » devient en fait une importation de capital et de richesses pour les pays du Nord à cause du rapatriement des profits dans le pays d'origine de l'investisseur¹⁷. Les retombées des investissements directs n'ont donc pas toujours comme effet de fournir des capitaux au pays d'accueil. À l'inverse, ceux-ci peuvent mener à une fuite des richesses et des capitaux, capitaux pourtant tellement nécessaires à la mise en œuvre des droits humains tels que le droit à la santé et à l'éducation.

1.2 Les investissements de portefeuille

Les investissements de portefeuille se caractérisent par leur grande volatilité. Compte tenu que les détenteurs de ce capital financier n'ont pas à déplacer d'infrastructures productives à chaque vente de titres de propriété, il leur est beaucoup plus facile de s'engager ou de se désengager d'une entreprise. De fait, ces transactions se réalisent souvent sur une base quotidienne, selon les informations recueillies par les investisseurs à la recherche de profits rapides, plus particulièrement en se fiant à la spéculation sur l'appréciation de la valeur de la devise du pays d'accueil. Selon certains, malgré l'instabilité de ce type d'investissements, le capital financier

¹⁶ *Rapport au Secrétaire général du Panel d'Experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesses en République démocratique du Congo*, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 16 octobre 2002, S/2002/1146.

¹⁷ Voir à ce sujet : S. Latouche, *Critique de l'impérialisme*, Paris, Anthropos, 1979.

permettrait aux PED de combler le manque de capitaux nationaux et serait une des seules façons pour eux d'obtenir le financement nécessaire à leur développement¹⁸.

L'instabilité de ces investissements a toutefois un revers. La possibilité pour les investisseurs de retirer rapidement les capitaux des pays d'accueil peut créer des vagues de retraits massifs susceptibles de déstabiliser complètement les systèmes financiers de ceux-ci. À cet égard, l'exemple du Mexique, lors de la crise financière de 1994, est saisissant. Alors que la valeur de la bourse de Mexico était, en janvier 1994, de 3, 173 milliards de dollars américains, celle-ci ne valait plus que 187,3 millions de dollars américains en janvier 1995 suite à la fuite des capitaux¹⁹.

Dans bien des cas, ces retraits rapides de capitaux se produisent lorsque, à la suite d'une rumeur concernant la situation économique d'un pays, une masse critique d'investisseurs à court terme convertissent leurs investissements et « transfèrent » ceux-ci sous des cieux plus cléments ou du moins plus stables. Un retrait des capitaux d'une telle ampleur confirme trop souvent la rumeur, puisque cette vente massive de monnaie entraîne une dévaluation de celle-ci sur le marché. Le pays n'a alors d'autre choix que d'assister à la dévaluation de sa monnaie ou d'investir de précieux fonds publics pour soutenir celle-ci. C'est précisément ce qui est arrivé à la Thaïlande en 1997. La chute du baht thaïlandais a causé des pertes d'emplois massives dans ce pays ainsi que dans les pays voisins, particulièrement au sein des secteurs les moins bien rémunérés. De même, la crise a créé une forte inflation affectant notamment le prix des denrées ainsi qu'une réduction des dépenses publiques dans les domaines de la santé, de l'éducation et les autres. De plus, les violations des droits sociaux et économiques des populations affectées par la crise ont été accompagnées de violations graves des droits civils et politiques, comme en témoignent les atteintes à la liberté syndicale et les arrestations de dirigeants syndicaux, facilitées notamment

¹⁸ Voir à ce sujet : A. Gutiérrez Arriola, « La inversion extranjera : mito y realidad » (1998) 29 :114 *Problemas del Desarrollo* 127, p. 142 et ss.

¹⁹ G. Emiliano del Toro, « Foreign Direct Investment in Mexico and the 1994 Crisis : A Legal Perspective » (automne 1997) 20 *Hous. J. Int'l L.* 1, p. 26.

par l'adoption de mesures d'urgence et de modifications aux normes du travail par certains gouvernements²⁰.

2- Les obligations des États en matière de droits humains²¹

Afin de comprendre les obligations des États en vertu des traités internationaux de droits humains, nous ferons un survol rapide de leur contenu normatif, de la responsabilité des acteurs à cet égard et des mécanismes de sanction et de mise en œuvre de ces droits.

La *Charte des Nations Unies* impose aux États l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'être humain²². De plus, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* affirme dans son article 28 que « toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet »²³. Ces droits comportent *notamment* le droit au travail et à des conditions équitables et satisfaisantes de travail (art.23), le droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille (art.25), le droit à la vie, à la liberté, à l'égalité et à l'égalité devant la loi (art.1, 3, 7 et 8), à la liberté de pensée, de conscience et de religion, à la libre expression et à l'association (art.18, 19, 20). Les obligations des États, telles qu'exprimées dans la *Déclaration universelle*, ont par la suite été codifiées par le biais de deux traités majeurs en droit international public des droits humains, soit le *Pacte international*

²⁰ Voir entre autres : Amnesty International, *Republic of Korea (South Korea): Workers' Rights at a Time of Economic Crisis*, février 1999; Human Rights Watch, *Bearing the Brunt of the Asian Economic Crisis. The Impact on Labor Rights and Migrant Workers in Asia*, mars 1998; CNUCED, *Trade and Development Report 1998*, Nations Unies, New York, Genève, 1998, p. 73.

²¹ Pour avoir un aperçu des droits de la personne et des peuples, de leur mise en œuvre et de leur relation avec la conjoncture économique actuelle, voir : L. Lamarche, « Les droits de la personne à l'heure de la mondialisation » dans C. Deblock (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : Où s'en va la mondialisation ?*, Montréal, Fides, 2002, p. 181.

²² *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can, 1945, no.7.

²³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. rés. 217A (III), U.N. Doc A/810, 71 (1948), art. 28.

relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)²⁴, ratifié par 149 États²⁵, et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC)²⁶, ratifié par 146 États²⁷.

Des conventions régionales consacrent également des droits en fonction d'une adhésion à une organisation inter-étatique liée à une région du monde. De plus, des traités visent certains groupes (droits des femmes, droits des enfants) ou des sujets particuliers (tels que l'interdiction de la torture). Par ailleurs, l'Organisation internationale du travail est dépositaire de près de 190 traités portant sur différents sujets relatifs aux droits des travailleurs, dont plusieurs ont acquis un statut en droits humains. Notons que tous ces traités ont, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, force obligatoire pour les États qui les ont ratifiés. En plus des règles de droits humains codifiés dans des traités, qui constituent des droits positifs, il faut ajouter que certaines normes ont acquis le statut de *jus cogens* ou de normes impératives de droit international. Celles-ci ne peuvent donc être violées sous aucun prétexte et les dispositions de traités allant à leur encontre seront invalidées²⁸.

Une avancée récente, particulièrement pertinente pour notre sujet, doit être soulignée à cette étape-ci. Rappelons d'abord que l'article 17 de la *Déclaration universelle* déclare que : « Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété »²⁹. Ce droit à la propriété a été réitéré à plusieurs reprises, par exemple, à l'article 21 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* : « Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi

²⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. rés. 2200A (XXI), N.U. Doc A/6316 (1966), 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

²⁵ *Statut des ratifications des principaux traités internationaux sur les droits de l'homme*, Bureau du Haut Commissaire aux droits de l'homme, Nations Unies, 2 mai 2003.

²⁶ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, A.G. rés. 2200 (A) (XXI), N.U. Doc. A/6316 (1966), 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

²⁷ Statut des ratifications, supra note 25.

²⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354, (entrée en vigueur : 27 janvier 1980); voir aussi : R. Howse et M. Matua, *Protection des droits humains et mondialisation de l'économie : Un défi pour l'OMC*, Montréal, Droits et Démocratie, 2000, p. 10 et 11.

²⁹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, supra note 23, art. 17.

peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social »³⁰. Or, dans la décision concernant le cas *Awas Tingni v. Nicaragua*, la Cour inter-américaine a statué que l'article 21 de la *Convention* protège aussi les droits des membres des communautés autochtones à l'intérieur du cadre de la propriété communale, sans que la possession de titres de propriété formels octroyés par l'État soit un pré-requis³¹. La Communauté Awas Tingni avait entre autres porté plainte devant la Cour pour la coupe de bois illégale pratiquée par des compagnies étrangères sur son territoire ancestral.

L'article 28 de la *Déclaration universelle* (dont le contenu constitue également un des principes centraux de la *Déclaration sur le droit au développement*³²) revêt une importance particulière, puisqu'il appelle les États à créer et à garantir les conditions nationales et internationales permettant la réalisation des libertés et des droits fondamentaux. Les États ont en effet la responsabilité première de faire en sorte que soient respectés, protégés et que se réalisent les droits humains, ce qui ne soustrait pas pour autant les individus et les entreprises privées à l'obligation de respecter ces droits et de coopérer avec les États afin de les mettre en oeuvre³³. En 1993, plus de 170 États ont adopté la *Déclaration et le Programme d'Action de la Conférence de Vienne*³⁴, dans lesquels ils affirment l'indivisibilité, l'interdépendance et l'universalité des droits humains. Dans la même veine, la responsabilité première de s'assurer que l'ensemble des droits soit respecté, protégé, mis en œuvre et promu revient aux États. Les droits civils et politiques

³⁰ *Convention Américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 U.N.T.S. 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978), art. 21 (1).

³¹ *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 31 août 2001.

³² *Déclaration sur le droit au développement*, Rés. AG. 41/181 (1986).

³³ *Principes de droits de l'Homme et responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises*, supra note 15, para. 18, *Principes de Maastricht sur les droits économiques, sociaux et culturels*, adoptés en janvier 1998 par un groupe de plus de 30 experts en droits humains.

³⁴ *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Doc. N.U. A/CONF.157/23. Cette déclaration a une importance particulière dans la mesure où elle a été adoptée par consensus, c'est-à-dire que même les États-Unis, le seul pays à s'opposer à la *Déclaration sur le droit au développement*, l'ont soutenu. Voir à ce sujet A. Sengupta, « On the Theory and Practice of the Right to Development » (2002) 24 *Human Right Quarterly* 837.

créent une obligation immédiate alors que les droits économiques, sociaux et culturels mettent l'accent sur l'obligation de mise en œuvre progressive, à l'exception de l'interdiction de la discrimination (article 2), et de l'article 8 garantissant les libertés syndicales, qui nécessitent des obligations immédiates. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le PIDESC, les États se sont engagés à garantir l'exercice des droits sans discrimination et à prendre des mesures pour « assurer progressivement le plein exercice des droits », notamment par l'adoption de mesures législatives³⁵. Ainsi, les États doivent mettre en place des lois, des politiques et des mécanismes favorisant notamment une amélioration progressive de la jouissance du droit à la santé, à une alimentation saine et suffisante, à des conditions de travail justes et permettant un niveau de vie adéquat.

La mise en œuvre des droits humains est grandement compromise par les problèmes reliés à leur justiciabilité et à la faiblesse des mécanismes d'application et de sanction. Il faut d'abord rappeler qu'un nombre relativement restreint de traités permet des recours individuels³⁶. De plus, il faut noter les limites générales que constituent la règle de l'épuisement des recours judiciaires internes et le peu de volonté politique des États pour la mise en œuvre effective des décisions des organes compétents, qu'il s'agisse du Comité des droits de l'homme de l'ONU, de la Commission interaméricaine des droits de l'homme ou de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. À titre d'exemple, entre 1991 et 1999, le Comité des droits de l'homme rapportait qu'il constatait *la volonté* de l'État de mettre en œuvre les mesures réparatoires,

³⁵ PIDESC, *supra* note 26, art. 2.

³⁶ À l'ONU: le Protocole optionnel no 1 relatif au PIDCP, la *Convention contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, le Protocole optionnel relatif à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes; les mécanismes tripartites de l'Organisation internationale du travail permettent aux organisations syndicales qui y sont représentées de formuler des plaintes; dans le système interaméricain : *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels* (Protocole de San Salvador) pour le paragraphe (a) de l'article 8 (droits syndicaux) et l'article 13 (droit à l'éducation); dans le système africain, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (avec des restrictions).

compensatoires ou de redressement, dans seulement un cas de violations du PIDCP sur cinq, ce qui est encore loin de la mise en œuvre elle-même³⁷.

La situation des droits économiques, sociaux et culturels, en matière de justiciabilité, plus encore que celle des droits civils et politiques, est déplorable. Malgré l'observation générale no.9 du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels (ci-après le Comité) affirmant qu'un « État partie qui cherche à se justifier du fait qu'il n'offre aucun recours interne contre les violations des droits économiques, sociaux et culturels doit montrer soit que de tels recours ne constituent pas des 'moyens appropriés' au sens du paragraphe 1 de l'article 2 du PIDESC, ou qu'ils sont, compte tenu des autres moyens utilisés, superflus »³⁸, on continue d'assister à un manque chronique de protection de ces droits dans les systèmes juridiques nationaux. Au niveau international, il est difficile d'évaluer l'apport des rapports quinquennaux que doivent obligatoirement produire les États parties au PIDESC concernant la mise en œuvre des droits. De plus, les discussions relatives à l'adoption d'un Protocole facultatif au traité n'ont toujours pas mené plus loin qu'à la rédaction d'un texte préliminaire par le Comité, de même qu'à la formation, en 2003, d'un groupe de travail au sein de la Commission des droits de l'homme. Ce retard, qui s'explique notamment par l'opposition féroce des États-Unis (pourtant non-signataire du PIDESC), de l'Australie et maintenant du Canada, compromet considérablement les avancées de la jurisprudence en ce qui a trait au PIDESC et prive de recours effectif les millions de personnes souffrant de malnutrition, de famine, ou n'ayant pas accès aux soins de santé de base³⁹.

³⁷ Dans Andrew Byrnes, « An Effective Complaints Procedure in the Context of International Human Rights Law », in Anne F. Bayefsky (dir.), *The UN Human Rights System in the 21st Century*, La Haye, Londres, Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 153. Le pouvoir exécutoire des décisions de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme représente une exception appréciable.

³⁸ Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, *Application du Pacte au niveau national. Observation générale no.9*, Doc. N.U., E/C.12/1998/24

³⁹ Voir à cet égard Bruce Porter, *The Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights. A Review of the Position Taken by Canada in International and Domestic Fora* (document préliminaire non-publié, 2002).

En résumé, il est essentiel de retenir trois idées-clés. D'abord, il existe un corpus important de droits positifs en matière de droits humains, codifiés, notamment, par des traités internationaux. Ensuite, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, les États sont tenus au respect de bonne foi de ces engagements, compte tenu que la ratification de ces traités a valeur d'engagement pour les États. Enfin, malgré le contenu positif de ces droits et l'obligation des États de respecter les engagements découlant de ceux-ci, la mise en œuvre de ces obligations est pour le moins inconstante dûe aux lacunes des mécanismes d'application et de sanction et ce, tant au niveau national qu'international.

3- Le droit international de l'investissement et les droits humains

Il existe trois « niveaux » d'intégration des économies, soit le bilatéralisme, le régionalisme et le multilatéralisme. Des accords cherchant à protéger et à promouvoir les investissements étrangers existent déjà ou sont en cours de négociation à chacun de ses « niveaux ». L'impact de ces accords sur la mise en œuvre des traités internationaux en matière de droits humains demeure à ce jour insuffisamment étudié. C'est dans ce contexte que nous proposons ici quelques réflexions à ce sujet.

3.1 Les accords bilatéraux et régionaux (l'exemple de l'ALÉNA)

La CNUCED a répertorié, dans son dernier rapport annuel sur les investissements, 2 099 traités bilatéraux d'investissements (TBI) en vigueur à la fin de l'année 2001⁴⁰. Ces traités bilatéraux d'investissements ont été mis en place à partir des années 60, afin de créer un cadre légal international plus stable pour les investissements⁴¹. La plupart d'entre eux intègrent les mêmes

⁴⁰ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Nations Unies, New York, Genève, 2002, p. 8.

⁴¹ G. Sacerdoti, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection » (1997) 269 *RCADI*. Sur l'historique des traités bilatéraux d'investissements et des droits des investisseurs en général, voir : D.R. Adair, « Investor's Rights : The Evolutionary Process of Investment Treaties » (1999) 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 195. Pour une vision libérale des effets économiques de ceux-ci, voir les travaux incontournables de Kenneth J.

principes, à savoir le traitement national et celui de la nation la plus favorisée⁴², des règles favorisant les transferts de capitaux, l'interdiction d'obligations de résultats pour les investisseurs et la mise en place des mécanismes de règlements des différends permettant aux investisseurs de recourir au droit international.

Plusieurs accords de libre-échange impliquant divers pays contiennent de telles règles. L'exemple le plus connu est sûrement le chapitre sur l'investissement (le chapitre 11) inclus dans l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*⁴³. Les règles de ce chapitre sont semblables à celles des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États-Unis, le Canada et, de plus en plus, par les autres pays des Amériques. D'ailleurs, le chapitre 11 de l'ALÉNA a servi de modèle lors de la rédaction des règles sur les investissements de plusieurs accords de libre-échange, notamment celui existant entre le Canada et le Chili, et ceux conclus par le Mexique avec la Colombie et le Venezuela. Enfin, selon nos informations sur l'état des négociations en vue de la création d'une Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA), nous serions portés à croire que certains États cherchent à instaurer ce type de règles dans un accord créant cette zone⁴⁴. La similarité des règles de ces différents accords conclus dans un cadre bilatéral et

Vandevelde dont, par exemple : « Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties » (1998) 36 *Colom. J. Transnat'l L.* 501.

⁴² Le traitement national implique que chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. (Accord de libre-échange nord-américain, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 no. 2, art. 1102.1); La « nation la plus favorisée » signifie que chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. (Accord de libre-échange nord-américain, art. 1103.1).

⁴³ Accord de libre-échange nord-américain, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 no.2 (entrée en vigueur: 1er janvier 1994 [ci-après ALÉNA]).

⁴⁴ Soulignons qu'un débat existe dans les négociations sur la pertinence d'insérer dans un tel chapitre un mécanisme de règlement des différends investisseur-État. À ce sujet, mentionnons la position officielle du Canada qui est de ne pas chercher à recréer un tel mécanisme; MAECI, *Zone de libre-échange des Amériques; Position et proposition du Canada*, (en ligne) [http : //www.dfait-maeci.gc.ca](http://www.dfait-maeci.gc.ca).

régional nous permet de tirer des conclusions qui s'appliquent à leur ensemble en analysant simplement le chapitre 11 de l'ALÉNA.

Les TBI et l'ALÉNA définissent l'investissement de façon très large. La définition donnée par les TBI canadiens, par exemple, est la suivante :

Le terme « investissement » désigne les avoirs de toute nature détenus ou contrôlés, soit directement, soit indirectement, par l'entremise d'un investisseur d'un État tiers, par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, en conformité avec les lois de cette dernière, y compris : [...] ⁴⁵.

À cette définition s'ajoute une liste d'exemples d'investissements couverts par les TBI. L'ALÉNA a également une définition très large⁴⁶ mais exclusive. Ainsi, seuls les types d'investissements inscrits dans l'Accord sont couverts par celui-ci. Cette liste est toutefois très développée, de telle sorte que : « [p]resque toutes les entités imaginables sont couvertes »⁴⁷.

Ces accords engagent les États à offrir le traitement national et celui de la nation la plus favorisée aux investisseurs étrangers. Dans tous les cas, ce standard s'applique après l'établissement de l'investissement et plusieurs accords stipulent que les États doivent aussi l'accorder lors de l'établissement de l'investissement. L'obligation d'offrir le traitement national au moment de l'établissement de l'investisseur dans le pays d'accueil signifie, on le conçoit bien, un « régime de porte ouverte aux investisseurs étrangers, sauf à prévoir des exceptions et des mesures de sauvegarde »⁴⁸.

⁴⁵ Voir par exemple : *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproque des investissements*, 29 janvier 1996, R.T. Can. 1997 no 25 (entrée en vigueur : 6 juin 1997), art. 1 (g).

⁴⁶ ALÉNA, *supra* note 43, art. 1139.

⁴⁷ D.R. Adair, *supra* note 41, p. 203 [notre traduction].

⁴⁸ C. Leben, « L'évolution du droit international des investissements » dans Société française pour le droit international, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre ?*, Paris, A. Pédone, 1999, 7, p.12.

La majorité des accords bilatéraux ou régionaux ne permettent pas aux États d'imposer des obligations de résultats aux investisseurs étrangers. Par exemple, l'ALÉNA interdit aux États-parties d'imposer aux investisseurs étrangers de :

[...]

b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national;
c) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire;

[...]

f) transférer une technologie, un procédé de fabrication ou autre savoir faire exclusif à une personne située sur son territoire, sauf lorsque la prescription est imposée ou l'engagement exécuté par un tribunal judiciaire ou administratif ou par une autorité compétente en matière de concurrence, pour corriger une prétendue violation des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui n'est pas incompatible avec les autres dispositions du présent accord ⁴⁹.

Cette interdiction pour les États d'imposer une production qui répondrait à certains objectifs sociaux doit être analysée sous l'angle des droits humains. En empêchant les États de demander aux investisseurs d'atteindre un certain niveau de contenu national⁵⁰ ou d'acheter des produits et services nationaux, les États se voient dépourvus d'un outil important pour faire en sorte que les activités économiques du secteur privé aient un impact sur le développement social et, a fortiori, sur la réalisation progressive des droits humains. De la même façon, en empêchant un État d'exiger un transfert de technologie lors de l'établissement d'un investissement, on prive celui-ci du levier nécessaire pour forcer les entreprises à contribuer à la mise en œuvre de l'article 15 du PIDESC qui reconnaît dans son alinéa (b) que chacun a le droit « de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications »⁵¹.

⁴⁹ ALÉNA, *supra* note 43, art. 1106 (1).

⁵⁰ On entend par « contenu national » une obligation pour les entreprises de s'assurer qu'une partie de leur production se fera à l'aide de matières premières provenant du pays-hôte. Voir ALÉNA, *supra* note 43, art. 1106.

⁵¹ Voir aussi la *Déclaration et programme d'action de Vienne*, *supra* note 34, §11.

Ces accords forcent aussi les États à « permettre que soient effectués librement et sans retard tous les transferts se rapportant à un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie »⁵². À ce propos, nous avons vu précédemment l'impact énorme que peuvent avoir les investissements de portefeuille sur les droits humains. Une des façons de contrôler la volatilité des investissements et de stabiliser des capitaux sur un territoire national consiste à créer des règles de contrôle sur ce type d'opérations spéculatives. À propos de la crise asiatique, Stiglitz explique que si la Malaisie a pu se relever plus vite que ses voisins coréen et thaïlandais, et que l'Inde et la Chine ont été beaucoup moins touchés par celle-ci, c'est que ces pays possédaient des règles de contrôle sur les opérations de capital⁵³. Or, les pays ratifiant des accords tels que l'ALÉNA doivent maintenant négocier des exceptions spécifiques pour pouvoir mettre en œuvre de telles règles⁵⁴.

L'ALÉNA et plusieurs accords bilatéraux mettent aussi en place des règles sur l'expropriation, règles qui ont été utilisées à quelques reprises dans des poursuites d'investisseurs contre les États Parties à ces accords. Il faut rappeler qu'avant la codification du droit de l'investissement, la définition donnée par le droit coutumier au concept d'expropriation ne faisait pas l'unanimité. Pour certains auteurs, l'expropriation découle du concept anglo-saxon *taking of property* et comprenait deux éléments, à savoir un acte de l'État et un *transfert de propriété*⁵⁵. À l'inverse, d'autres considèrent que le droit coutumier a toujours inclus les expropriations indirectes ou « rampantes » (*creeping expropriations*), c'est-à-dire « les actions du gouvernement qui ont

⁵² Par exemple, ALÉNA, *supra* note 43, art. 1109 (1).

⁵³ J. E. Stiglitz, *La grande désillusion*, *supra* note 8, aux pp. 168 et ss. Voir aussi l'article de J. Bhagwati, économiste néo-libéral et libre-échangiste convaincu défendant l'idée que l'élimination des crises est impossible dans un système où règne le « mythe » de la libre-convertibilité; « The Capital Myth : The Difference between Trade in Widgets and Dollars » (1998) 77 :3 *Foreign Affairs* 7.

⁵⁴ Il faut évidemment mentionner que, comme dans tout traité de droit international, un État peut négocier des réserves ou des exceptions à l'Accord. Ainsi, dans son Accord avec le Canada, le Chili s'est gardé le droit d'imposer un délai avant que des investissements canadiens puissent être sortis du pays; *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Chili*, 5 décembre 1996, R.T. Can 1997 no 50, (entrée en vigueur : 2 juin 1997), annexe G-09.1.

⁵⁵ Voir J.P.Lavie, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, p. 161, qui explique cette conception.

l'effet d'une prise de propriété, en tout ou en large partie, catégoriquement ou par étape »⁵⁶, comme étant des expropriations au même titre que les transferts de propriété par l'État⁵⁷.

Dans l'ALÉNA, cet article se lit comme suit :

1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf :

a) pour une raison d'intérêt public;

b) sur une base non discriminatoire;

c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1) ; et

*d) moyennant le versement d'une indemnité [...]*⁵⁸.

L'ajout des termes « directement ou indirectement » et « équivalant » signifie une inclusion définitive de l'expropriation indirecte dans la définition d'expropriation. Ce concept étant relativement vague, plusieurs ont exprimé des craintes face à l'idée que cet article soit utilisé afin d'empêcher les États Parties de mettre en place des régulations en matière, par exemple, de droit du travail et de droit de l'environnement. Certaines décisions des panels arbitraux formés en vertu de l'ALÉNA ont eu à se pencher sur cette question. Nous retenons trois principales conclusions de leurs délibérations. Premièrement, il est clair que la définition d'expropriation n'inclue pas seulement le transfert de la propriété et que les expropriations rampantes en font également parties⁵⁹. Deuxièmement, il existe une zone grise concernant la distinction entre une

⁵⁶ *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, ¶ 712 (1987).

⁵⁷ À ce sujet, voir notamment : C.N. Brower et L.A. Steeven, « Who then should judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11 » (2001) 2 *Chi J. Int'l L.* 193 et M. Romero Jimenez, « Considerations of NAFTA Chapter 11 » (2001) 2 *Chi. J. Int'l L.* 243.

⁵⁸ ALÉNA, *supra* note 43, art. 1110 (1) [nos italiques].

⁵⁹ Voir notamment : *Metalclad v. United States of Mexico Final Award* (Cas CIRDI No ARB(AF)/97/1, (2000) (Arbitres: E. Lauterpcht, B.R. Civiletti, J.L. Siqueiros), par. 103 et *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (Cas CIRDI no ARB (AF)/97/2) (1999), (arbitres: B.R. Civiletti, C. Von Wobeser, J. Paulsson), au §90.

expropriation directe, d'une part, et une « mesure de régulation »⁶⁰ ou un acte de « l'autorité publique »,⁶¹ d'autre part. Enfin, un impact minimum est requis pour qu'une mesure soit assimilée à une expropriation⁶². Cette zone grise est extrêmement problématique du point de vue des droits humains, parce que celle-ci place les États dans une situation délicate lorsqu'il est temps de mettre en place les mesures nécessaires au respect de ces droits, mesures qui pourraient avoir un impact sur la jouissance de la propriété d'un investisseur étranger. Quoi qu'il en soit et même si certaines décisions ont permis d'éclaircir des ambiguïtés concernant la question des expropriations, plusieurs zones grises demeurent quant à l'interprétation à donner à ce genre de dispositions. D'une part, ces zones grises font en sorte qu'il est impossible de prévoir le jugement d'un panel qui aura à se pencher sur un différend en vertu du chapitre 11. Ainsi, les États, au moment d'adopter des législations visant à respecter, protéger, promouvoir ou mettre en œuvre des obligations en matière de droits humains, risquent d'être plus craintifs devant la possibilité d'une éventuelle poursuite d'un investisseur étranger.

D'autre part, ces zones grises deviennent des armes efficaces pour les investisseurs qui souhaiteraient faire pression sur les États, lorsque leurs intérêts sont en danger. Been et Beauvais⁶³ donnent quelques exemples où les menaces des entreprises d'avoir recours au mécanisme de règlement des différends du chapitre 11, dans le cas où les États instaureraient certaines mesures susceptibles d'entraver la jouissance de leur propriété, ont porté leurs fruits auprès des États membres de l'ALÉNA . Ils mentionnent notamment les menaces proférées par

⁶⁰ *S.D. Myers contre le Canada, décision partielle*, Ministère des affaires étrangères et du commerce international, http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-cna/myersvcanadapartialaward_final_13-11-00.pdf (13 novembre 2000) (date d'accès : 26 avril 2002) pour qui la distinction entre régulation et expropriation permet de « réduire le risque que le gouvernement se voit être le sujet de poursuites concernant l'administration des affaires publiques » §282 [notre traduction].

⁶¹ Voir la définition d'acte de puissance publique donnée dans *Pope & Talbot contre le Canada, Interim Award* (2001), en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf> (Date d'accès : 1^{er} octobre 2001) (arbitres : L. Dervaird, B.J. Greenberg et M.J. Belman), §99.

⁶² *Pope & Talbot contre le Canada, ibid* et *S.D. Myers contre le Canada, décision partielle, supra* note 60.

⁶³ V.L. Been et J. C. Beauvais, « The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine » (2003) 78 : 1 *NYU L. Rev.*

la compagnie de tabac Philip Morris à la suite de l'annonce du gouvernement canadien voulant empêcher l'utilisation des appellations « légères » et « douces » sur les paquets de cigarettes. Selon l'entreprise, une telle réglementation violerait l'article 1110, parce qu'elle représenterait une expropriation de ses marques de commerce et des actifs intangibles (*goodwill*) de l'entreprise. Or, d'un point de vue gouvernemental, il est de la responsabilité des États de prendre des mesures visant à protéger la santé publique. Ainsi, même sans son utilisation « concrète », il semble que le chapitre 11 empêche parfois les États de mettre en œuvre des politiques qui permettraient de remplir leurs obligations en matière de droits humains, comme c'est le cas dans l'exemple que nous venons tout juste de donner.

3.2 L'intégration multilatérale : l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

À l'OMC, deux accords régissent principalement les investissements directs à l'étranger : l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* (AMIC) et l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS).

3.2.1 L'AMIC

Le débat sur l'inclusion de l'investissement dans le forum multilatéral de l'OMC (et avant elle, du GATT) fait rage depuis plusieurs années déjà⁶⁴. À cause des résistances des PED, qui croient avoir beaucoup à perdre en ouvrant leurs marchés aux capitaux étrangers⁶⁵, l'AMIC⁶⁶ reste un accord extrêmement limité. Celui-ci ne fait qu'empêcher les Membres de mettre en place des

⁶⁴ R. Bachand, « Les investissements : le conflit Nord-Sud » dans C. Deblock (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : Où s'en va la mondialisation ?*, Montréal, Fides, 2002, 151; R. Dattu, « A Journey from Havana to Paris : The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment » (nov.-déc. 2000) 24 *Fordham Int'l L. J.* 295.

⁶⁵ P. Civello, « The TRIMS Agreement : A Failed Attempt at Investment Liberalization », (1999) 8 *Minn. J. of Global Trade* 97 (à propos de la déception des pays occidentaux à propos de cet Accord) et E. M. Burt, « Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investments in the World Trade Organization » (1997) 12 *Am. J. of Int. L. & Pol'y* 1038 (concernant la position des PED).

⁶⁶ *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*, 15 avril 1994, Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [ci-après : AMIC].

mesures sur l'investissement et liées au commerce (MIC⁶⁷) qui seraient *incompatibles avec le traitement national* (art. III du GATT de 1994), notamment par des mesures qui imposeraient l'utilisation de produits nationaux, ou qui auraient comme effet d'imposer des restrictions quantitatives (art. XI du GATT de 1994).

3.2.2 L'AGCS

L'AGCS est un Accord cherchant à réguler les mesures instaurées par les Membres qui affectent le commerce des services. Tous les services sont couverts par les mesures de cet Accord, sauf ceux fournis « dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »⁶⁸, c'est-à-dire ceux fournis « ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services »⁶⁹.

L'AGCS peut être considéré comme un accord sur l'investissement, parce qu'il prévoit quatre modes de livraison des services. L'un d'eux est la livraison d'un service « grâce à la présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre »⁷⁰. Cela signifie donc que les investisseurs étrangers dont les activités appartiennent au secteur des services sont protégés par les règles mises en place par l'AGCS.

L'AGCS met en place deux types d'obligations : des obligations et disciplines générales dans la partie II et des engagements spécifiques dans la partie III. Les principales obligations de la partie II concernent le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et la transparence. Avant l'entrée

⁶⁷ Les MIC ne sont pas définies dans l'Accord mais une liste exemplative (c'est-à-dire inclusive) est placée en annexe. Nous comprenons de cette liste que les MIC correspondent, dans le système de l'OMC, aux obligations de résultats dans l'ALÉNA.

⁶⁸ Accord général sur le commerce des services, 15 avril 1994, Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe I b0, (1994) I.L.M. 1168 (entrée en vigueur: 1er janvier 1995) [ci-après: AGCS], art.1 (3) b).

⁶⁹ *Ibid*, art 1 (3) c). À ce sujet, voir : M. Krajewski, *Public Services and the Scope of the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, Genève, Center for International Environmental Law (CIEL), 2001, qui affirme que : « le concept principal de la phrase 'sur une base commerciale' est la livraison d'un service en retour d'un prix payé par le consommateur. Cependant, il peut être nécessaire de prendre en considération d'autres facteurs ou le montant du versement. [...] La signification de 'compétition' dépend de la question à savoir si le même service ou un service comparable est livré et sur l'ampleur du marché ciblé, ce qui doit être décidé au cas par cas », aux pages 17 et 18 [notre traduction].

⁷⁰ AGCS, *supra* note 68, art 1 (2) c).

en vigueur de l'Accord, les Membres avaient la possibilité de maintenir des mesures incompatibles avec le traitement NPF en autant que les dites mesures aient été inscrites à l'Annexe sur les exemptions des obligations. Ces exemptions sont, de façon générale, peu nombreuses.

L'accès aux marchés et le traitement national sont les deux types d'engagements spécifiques prévus dans l'Accord. Contrairement aux obligations posées en vertu des disciplines générales, celles prévues par les engagements spécifiques ne s'appliquent *que dans les secteurs que les Membres ont explicitement inclus dans leur liste d'engagements*. Même si la plupart des Membres ont libéralisé plusieurs secteurs et sous-secteurs, il est à noter qu'un nombre relativement restreint de pays ont inclus dans leurs listes d'engagements des secteurs délicats et liés de près aux droits humains, tels que la santé et l'éducation. Les États qui ont pris ou qui prendront des engagements dans le secteur des services risquent de mettre en péril la mise en œuvre des droits humains dans leur plein potentiel, comme par exemple en ce qui a trait au droit à la santé. Jusqu'à présent, le marché de plusieurs PED n'est pas apparu suffisamment alléchant pour justifier des investissements massifs dans ce domaine de la part des entreprises multinationales. Turshen rappelle toutefois que, en Afrique, par exemple, les entreprises occidentales gardent l'œil ouvert sur la possibilité de profiter du marché de ce continent dans le secteur des assurances couvrant les soins de santé⁷¹. Certains pays ont déjà pris des engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national dans ce secteur et la pression pour une libéralisation en ce sens fait probablement partie des négociations actuelles. Les risques d'un glissement vers un modèle privé, où les profits prendront inévitablement le pas sur la mise en œuvre du droit à la santé et, parallèlement, d'un glissement vers un modèle curatif, où la prévention, pas assez profitable aux yeux du secteur privé et des investisseurs n'occuperont pas une place importante, fait craindre le pire pour les droits humains⁷². Si, comme nous le disions

⁷¹ M. Turshen, *Privatizing Health in Africa*, Rutgers University Press, 1999, à la p. 43.

⁷² H. Waitzkin et C. Iriart, « How the United States Exports Managed Care to Developing Countries » (2001) 31 :3 *Int'l J. of Health Services* 495, à la page 500; et Fidler qui explique que l'émergence des assurances privées ébranle le principe de couverture universelle des soins de santé dans les PED; D.P. Fidler, « Neither Science Nor Shamans :

précédemment, peu de pays ont pris des engagements en matière de santé, les négociations actuelles sur l'AGCS au sein de l'OMC pourraient toutefois déboucher sur de nouveaux engagements à cet égard. Il est utile de rappeler que la structure même de cet Accord fait en sorte que les engagements pris peuvent être retirés uniquement moyennant une compensation pour les Membres affectés par la mesure « dé-libéralisatrice »⁷³. Dans les faits, cette compensation signifie que des modifications aux listes des engagements sont improbables voire impossibles à faire.

3.3 Les mécanismes de règlement des différends

Une des innovations les plus importantes des dix dernières années en droit économique international est la mise en place de mécanismes efficaces pour régler les différends commerciaux entre les Parties aux différents traités. Ces mécanismes prennent deux formes : une forme État-État et une forme investisseur-État.

L'ALÉNA possède un mécanisme de règlement des différends⁷⁴ qui a juridiction sur l'ensemble de l'Accord, à l'exception du chapitre 19 sur les droits antidumping et les droits compensateurs qui inclue son propre mécanisme de règlement des différends. Si le Groupe spécial arbitral créé pour se pencher sur une dispute constate que l'Accord n'a pas été respecté ou que leurs recommandations n'ont pas été mises en œuvre, le chapitre 19 prévoit la possibilité, en dernier recours, de suspendre des avantages accordés à la Partie visée par la plainte. Le mécanisme le plus pertinent pour notre démonstration est toutefois celui institué en vertu de la partie B du chapitre sur l'investissement. La particularité de ce mécanisme est qu'il permet aux investisseurs eux-mêmes (et non pas à leur État d'origine) de soumettre un différend à l'arbitrage, lorsqu'ils ont le sentiment d'avoir été lésés dans leurs droits.

Globalization of Markets and Health in the Developing World » (1999) 7 *Ind. J. Global Leg. Stud.* 191, particulièrement aux pages 208 et 109.

⁷³ AGCS, *supra* note 68, art. XXI.

⁷⁴ ALÉNA, *supra* note 43 chapitre 20, particulièrement les art. 2003 à 2019.

La possibilité qu'un panel arbitral considère une éventuelle incompatibilité entre une règle du chapitre 11 et une obligation en matière de droits humains mérite d'être examinée. À cet égard, précisons que l'article 1131 stipule qu'un tribunal institué selon le chapitre 11 devrait prendre sa décision « conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international »⁷⁵. *À priori*, cela signifie que des règles issues de traités de droits humains ou de droit de l'environnement devraient être prises en considération au moment des décisions de ce tribunal. Cependant, les articles 103 et 104 stipulent qu'en cas d'incompatibilité avec d'autres traités, l'ALÉNA prévaudra⁷⁶, sauf dans le cas de certains accords bien particuliers déterminés par l'article 104⁷⁷ et l'annexe 104.1⁷⁸. Toutefois, afin de respecter ces accords, la Partie « devra choisir, parmi les moyens également accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord »⁷⁹. Ainsi, les Parties ont la possibilité de donner préséance à *un nombre restreint* d'accords déjà existants en 1994 plutôt qu'à l'ALÉNA. Pour ce faire, ils devront cependant faire la preuve qu'ils ont fait tout leur possible pour éviter une violation excessive de l'Accord de commerce. Pour ce qui est des accords conclus *après* 1994, ou encore des accords sur d'autres sujets tels que les droits humains, l'ALÉNA prévaudra.

Pourtant, le droit international établit le principe de non hiérarchie des sources. Or, les articles 103 et 104 ne font mention de la primauté de l'ALÉNA *que sur les autres traités* et ne mentionnent pas le droit coutumier. Ainsi, si l'ALÉNA a prééminence sur les normes d'un autre traité en cas d'incompatibilité, cette supériorité ne s'applique pas aux règles coutumières et un tribunal arbitral aurait l'obligation de prendre celles-ci en considération en cas d'antagonisme entre l'ALÉNA et une règle coutumière.

⁷⁵ ALÉNA, *supra* note 43 art. 1131 (1).

⁷⁶ *Ibid.* art. 103 (2).

⁷⁷ Ces accords sont la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction*, le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone* et la *Convention de Bâle sur le contrôle de déchets et de leur élimination*, *ibid.* 104 (1).

⁷⁸ Il s'agit de deux traités bilatéraux relatifs à l'environnement dans la région transfrontalière mexicano-états-unienne et sur le transfert de déchets dangereux; *ibid.*, annexe 104.1.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 104 (1).

Si une telle situation devait se retrouver devant un tribunal, celui-ci postulerait *a priori* la compatibilité des sources. Ainsi, l'État ayant violé les règles de l'Accord commercial aurait au moins deux choses à démontrer. Premièrement, que la mesure prise visait à se conformer à une obligation existante en vertu du droit coutumier. Autrement dit, on devrait démontrer que, par exemple, le droit à la vie, au travail ou à la santé sont bel et bien des exigences issues du droit coutumier⁸⁰. Deuxièmement, l'État devrait convaincre le tribunal *qu'il existe bien une incompatibilité entre les deux sources*, c'est-à-dire que seule la dite mesure violant l'ALÉNA pouvait lui permettre de mettre en œuvre ses obligations résultant du droit coutumier. On imagine bien l'ampleur de cette tâche ! Une fois l'impossibilité à respecter les règles des deux sources simultanément prouvée et établie, le tribunal aurait à décider de l'ordre de priorité à donner à ces sources en utilisant les règles d'interprétation traditionnelles et le résultat demeure difficile à évaluer dans l'abstrait. Ainsi, à titre d'exemple, il n'est pas impossible qu'un pays signataire d'un tel traité puisse convaincre un tribunal qu'il a, dans une période de turbulence des marchés financiers mondiaux, violé ses obligations du libre transfert de capitaux afin de se conformer à certaines obligations de droit coutumier concernant le droit à la santé, à la vie ou à la sécurité de la personne. Ces manquements pourraient être justifiés considérant les effets qu'une crise financière pourrait avoir sur sa capacité à respecter, protéger, promouvoir et mettre en œuvre ses obligations en matière de droits humains.

⁸⁰ Rappelons que la CIJ a déjà statué que : « De nombreuses raisons conduisant à considérer que, même si deux normes provenant de deux sources de droit international [un traité et la coutume] apparaissent identiques par leur contenu, et même si les États considérés sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces normes conservent une existence distincte » *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, C.I.J. Recueil 1986, 14, au § 178. Ainsi, le droit au travail ou celui à la santé, bien que consignés dans des traités, pourrait être de source coutumière. Au sujet de la possibilité que les droits humains puissent être de source coutumière, voir : T. Meron, *The Pull of the Mainstream : Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989; et le commentaire de M. Koskenniemi, (mai 1990) *Michigan L. R.* 1946; sur le contenu de ces normes coutumières, voir *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, ¶ 702 (1987).

Pour leur part, les différends concernant les accords de l'OMC sont réglés conformément au *Mémoire d'Accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*⁸¹. Contrairement au mécanisme mis en place par le chapitre 11 de l'ALÉNA, ce mécanisme ne peut être utilisé que par les Membres (qui sont tous des États) et non pas par les ressortissants de ceux-ci. Dans un premier temps, la phase institutionnelle des règlements des différends commence par la formation d'un Groupe spécial qui formulera une recommandation. Dans un deuxième temps, les parties peuvent faire appel à l'Organe d'appel permanent qui pourra réviser les questions de droit et les interprétations de droit données par le Groupe spécial.

Pour répondre à la même question posée dans le cadre de l'ALÉNA, soulignons d'abord que le mandat des Groupes spéciaux se limite aux accords de l'Organisation⁸² et ne peut pas être utilisé par un Membre pour se plaindre de la violation de règles de droits humains par un autre Membre. La juridiction de l'Organe d'appel exclut également les accords extérieurs au système de l'OMC, tel que le précise son article 19 (1)⁸³.

En second lieu, nous devons poser la question à savoir si une fois une plainte formulée concernant une présumée violation d'un accord de l'OMC, un groupe spécial ou l'Organe d'appel pourraient utiliser des règles de droit non-issus du système de l'OMC, en l'occurrence des règles de droits humains. En d'autres termes, comment devrait statuer l'ORD dans une situation d'incompatibilité entre un accord de l'OMC et une autre règle concernant les droits humains, par exemple?

À ce sujet, Marceau explique que le droit issu de l'OMC est une *lex specialis* et qu'à ce titre, il ne peut être surclassé (*overruled*) par un autre droit⁸⁴. S'appuyant sur la seconde partie de

⁸¹ *Mémoire d'Accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, (1994) 33 I.L.M. 1125 [ci-après : Organe de règlement des différends : ORD].

⁸² *Ibid*, art. 7(1) .

⁸³ *Ibid*, art. 19(1)

⁸⁴ G. Marceau, « WTO Dispute Settlement and Human Rights » (2002) 13 : 4 *EJIL* 753, à la p. 767.

l'article 3 (2) (« Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés »⁸⁵) elle affirme que :

*Les accords couverts sont explicitement répertoriés et il ne peut être présumé que les Membres voulaient utiliser le système prévu à l'OMC pour appliquer d'autres droits et obligations que ceux répertoriés dans les traités de l'OMC. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC ne peut donner directement effet aux droits humains d'aucune façon qui pourrait mettre de côté ou amender une disposition de l'OMC. S'il avait la possibilité de permettre à une disposition concernant les droits humains venant de l'extérieur de l'OMC de supplanter une disposition de l'OMC et ainsi donner un effet légal et appliquer une disposition venant de l'extérieur de l'OMC en supplantant une disposition de l'OMC, il accroîtrait ou diminuerait les droits et obligations des accords (ou amenderait ceux-ci)*⁸⁶.

Pauwelyn adopte une position légèrement différente. Pour lui, de nouvelles conventions, même négociées à l'extérieur de l'OMC, pourraient être considérées comme modifiant la volonté des Parties et être prises en considération lors des décisions de l'ORD. Rappelant que la Cour internationale de justice, par exemple, utilise dans ses jugements des sources qui ne sont pas citées dans son article 38, ainsi que le principe de non-hiérarchie des sources, cet auteur pense plutôt que l'ORD pourrait utiliser d'autres sources que ses seuls traités, à condition que celles-ci soient acceptées par toutes les Parties au différend et que ces sources puissent être interprétées comme étant supérieures aux traités faisant l'objet du différend, selon les règles d'interprétation habituelles. Ainsi, une Partie pourrait justifier une violation d'un traité de l'OMC par une obligation extérieure à l'OMC⁸⁷.

Bref, le débat à savoir si une Partie peut justifier une violation à un accord de l'OMC par le respect d'autres obligations de droit international n'est pas encore résolu. Par contre, il semble

⁸⁵ ORD, *supra* note 81, art. 3 (2).

⁸⁶ G. Marceau, *supra* note 84, à la p. 778 [notre traduction]; voir aussi E. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC » (2001) 105 *RGDIP* 1 pour qui les accords visés constituent le seul droit applicable de l'OMC, à la p. 11.

⁸⁷ J. Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? » (2001) 95 *Am. J. of Int'l L.* 490.

acquis que le droit international peut être utilisé pour *interpréter* les accords de l'OMC. L'article 3(2) affirme que le système de règlement des différends a pour objet de « préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public »⁸⁸. Le groupe spécial appelé à statuer dans le cas *Corée – mesures affectant les marchés publics* a interprété cet article ainsi :

*Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC*⁸⁹.

L'ORD doit donc utiliser le droit coutumier lorsque ses règles n'entrent pas en conflit avec les accords de l'OMC ou, pour reprendre l'expression de Pauwelyn, pour combler les trous dans un traité⁹⁰.

3.4 La consolidation des droits des investisseurs, le politique et les droits humains.

Le droit de chaque individu à participer à la conduite des affaires publiques est un droit codifié par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁹¹, dont l'article 21 (3) déclare que « la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics »⁹². Cette volonté du peuple est à la base de la démocratie. La *Déclaration de Vienne* la décrit comme étant « fondée sur la volonté, librement exprimée, du peuple qui détermine le système politique, économique,

⁸⁸ ORD, *supra* note 81, art. 3 (2) [nos italiques].

⁸⁹ Rapport du Groupe spécial : *Corée – mesures affectant les marchés publics* (WT/DS163/R) (1^{er} mai 2000) §7.96.

⁹⁰ J. Pauwelyn, *supra* note 87, aux pp. 541 et 542.

⁹¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *supra* note 23, art 21 (1).

⁹² *Ibid*, art 21 (3).

social et culturel qui sera le sien et sur la pleine participation à tous les aspects de la vie de la société »⁹³. Conséquemment, nous croyons que le droit codifié par l'article 21 de la *Déclaration universelle* doit être compris non seulement comme le droit à la participation aux institutions publiques, mais aussi comme le droit des individus à participer à la détermination du système politique, économique, social et culturel. C'est aussi en ce sens que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de déterminer librement leur développement économique, politique et social⁹⁴ doit être interprété. L'article premier des deux Pactes consacre le droit des peuples et des individus à choisir leur système économique et, par le fait même, à intervenir sur la façon dont la richesse sera produite et distribuée. Ainsi, même en respectant sous sa forme privée l'article 17 de la *Déclaration universelle* qui garantit le droit à la propriété, les peuples et les individus possèdent le droit inaliénable de participer au processus par lesquelles les richesses seront produites et distribuées.

Dans sa *Théorie pure du droit*, Kelsen explique que le droit ne crée que des obligations et que ce sont ces obligations seulement qui créent des droits, appelés des droits-associés ou droits-réflexes⁹⁵. Selon lui, le droit de propriété, en tant que domination d'une personne sur une chose, correspond à une obligation des autres personnes de ne pas entraver la disposition de la chose sur laquelle une personne possède le droit-réflexe de propriété. La propriété est donc d'abord et avant tout *une relation sociale*, un rapport *d'individu à individu*, avant d'être une relation à un objet⁹⁶. Dans un système d'économie de marché, où la production est d'abord et avant tout d'origine privée, ce *dominium* sur les choses devient *imperium*⁹⁷ sur la société et ses individus. C'est la propriété privée qui détermine donc la production de richesse et, conséquemment, la distribution de celle-ci au sein de la population, à moins qu'intervienne l'autorité publique pour limiter cet *imperium* à des *activités conformes à la volonté générale et aux besoins et intérêts publics*.

⁹³ *Déclaration et programme d'action de Vienne*, supra note 34, §8.

⁹⁴ PIDESC, supra note 26, art. 1 (1); PIDCP, supra note 24, art. 1(1).

⁹⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1999, Paris, L.G.D.J. et Bruxelles, Bruylant, pp. 132-136.

⁹⁶ *Ibid*, aux pp. 136 et ss..

⁹⁷ À ce sujet, voir : M.R. Cohen, « Property and Sovereignty » (1926-27) *Cornell L. Quarterly* 8.

Les composantes du droit économique international qui se rapportent au droit de l'investissement ont tendance à renforcer le droit de propriété privée et à restreindre la possibilité des pouvoirs publics d'intervenir pour s'assurer que la production et la redistribution de richesses servent l'intérêt général. Le chapitre 11 de l'ALÉNA restreint la possibilité des États d'interférer avec la propriété des investisseurs étrangers, notamment par le biais des dispositions sur l'expropriation (qui dépassent même la protection offerte par le cinquième amendement de la constitution états-unienne, elle-même la plus favorable à la protection de la propriété privée⁹⁸), ou de demander aux investisseurs de poursuivre leurs activités économiques en respectant certains objectifs sociaux (obligations de résultats). À l'intérieur de l'OMC, l'AMIC limite également cette dernière possibilité et l'AGCS, nous l'avons vu, est très favorable aux investisseurs dans le secteur des services. Ces règles signifient principalement deux choses : d'une part, une consolidation, voire le renforcement de l'*imperium* des investisseurs vis-à-vis la production et la distribution de richesses et, conséquemment, la réduction de la marge de manœuvre des citoyens et des gouvernements quant aux décisions visant ces activités économiques. Ce phénomène peut être assimilé à une diminution de la capacité des citoyens de jouir pleinement de leurs droits politiques.

Deux cas méritent d'être soulignés pour illustrer les difficultés auxquelles font face les citoyens, dans le contexte des nouveaux droits des investisseurs privés, lorsqu'ils tentent d'influencer les décisions publiques dans des domaines aussi délicats que celui de l'accès aux services publics de base, comme l'eau et les services sanitaires, et d'exercer leurs droits reconnus par le droit international. Dans le cas de Metalclad, la ville de Guadalupe et l'État de San Luis Potosi au Mexique ont refusé d'accorder les permis nécessaires à l'entreprise états-unienne qui souhaitait utiliser un site d'enfouissement de déchets toxiques situé au-dessus d'une nappe d'eau phréatique, alors que le gouvernement fédéral du Mexique avait accordé les permis nécessaires à une telle utilisation commerciale du site. Ce refus de la part des deux instances donnait suite à plusieurs manifestations populaires de citoyens qui craignaient la contamination de leur eau potable. La compagnie a poursuivi le Mexique en vertu du chapitre 11, prétextant notamment

⁹⁸ V.L. Been et J. C. Beauvais, *supra* note 63.

une violation de l'article 1110 sur les expropriations. Le panel formé pour régler ce différent a partiellement donné raison à la compagnie et le gouvernement mexicain a été forcé de céder près de 17 millions de dollars à l'entreprise⁹⁹.

Le cas de la privatisation des services en eau potable de la municipalité de Cochabamba, troisième ville en importance de la Bolivie, donne également à réfléchir. Ce cas bien connu a commencé avec la signature d'un contrat de 2,5 milliards de dollars avec le consortium *Aguas del Tunari* pour la concession concernant l'exploitation exclusive du système de livraison et de traitement de l'eau nouvellement privatisée de Cochabamba. Rapidement, la compagnie augmenta les tarifs de 43 % pour les populations les plus pauvres¹⁰⁰, créant rapidement un soulèvement populaire, des grèves et des manifestations. Le gouvernement bolivien dû intervenir avec l'aide de l'armée et de la police, allant même jusqu'à imposer l'état d'urgence pour réprimer l'opposition populaire et protéger les installations de *Aguas del Tunari*. Des centaines de Boliviens furent arrêtés et un jeune homme fut tué lors des confrontations avec l'armée. En avril 2000, la compagnie déclara forfait et le gouvernement céda le contrat de concession à une coalition d'organisations non-gouvernementales locales. Un an plus tard, Bechtel a pris la décision de recourir au mécanisme de règlement des différends d'un accord bilatéral entre la Bolivie et les Pays-Bas (le consortium avait entre-temps transféré son siège social aux Pays-Bas). La compagnie demande donc maintenant 25 millions \$ en compensation au gouvernement bolivien pour l'expropriation de ses investissements qui aurait eu cours, selon celle-ci, à la suite de la révocation de son contrat¹⁰¹. La décision n'a toujours pas été rendue.

En privatisant ce service essentiel sans s'assurer de la mise en place d'une politique de tarification non-discriminatoire par l'entreprise, la Bolivie limitait sa possibilité de respecter ses obligations prises en vertu de l'article 11 (droit à un niveau de vie suffisant) et de l'article 12

⁹⁹ *Metalclad v. United Mexican States*, *supra* note 59. Pour une analyse juridique détaillée, voir : L.J. Dhooge, « The North American Free Trade Agreement and the Environment : The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States » (2001) 10 *Minn. J. Global Trade* 209.

¹⁰⁰ Source : The Democracy Center à <http://www.democracyctr.org/bechtel/waterbills>

¹⁰¹ *Bechtel v. Bolivia*; Cas CIRDI no. (ARB/02/3).

(droit à la jouissance du meilleur état de santé possible) du PIDESC. Comme l'a reconnu le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels dans ses observations générales no.6 (1995) et no.15 (2002), le droit à l'eau est en effet un élément essentiel pour la réalisation des deux articles en question¹⁰². Plus particulièrement, l'État a l'obligation d'« empêcher des tiers d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à l'eau », de « prendre les mesures législatives et autres nécessaires et effectives pour empêcher, par exemple, des tiers de refuser l'accès en toute égalité à un approvisionnement en eau adéquat », et de « veiller à ce que les tiers qui gèrent ou contrôlent les services (réseaux d'adduction d'eau, navires-citernes, accès à des cours d'eau et à des puits, etc.) ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante. »¹⁰³ Lorsque La Paz a décidé de modifier ses décisions pour donner suite aux pressions exercées par la population de Cochabamba, les mesures prises pour corriger le tir allaient, cette fois-ci, à l'encontre de ses engagements en matière de droit international de l'investissement.

Conclusion

Ce bref survol a permis d'établir l'existence de droit positif autant en droit international de l'investissement qu'en droit international des droits humains. En vertu du principe *pacta sunt servanda*, les États ont l'obligation de respecter en toute bonne foi les obligations tirées de ce droit positif en autant qu'ils aient donné leur consentement à ces normes (à l'exception bien sûr des règles de *jus cogens* pour lesquelles le consentement des États n'est pas nécessaire pour être obligatoires). Ainsi, ces règles ne correspondent pas, comme on le croit souvent, à une *perte* de souveraineté de l'État, mais au contraire à l'*exercice* de celle-ci¹⁰⁴. Par contre, l'exercice de cette

¹⁰² Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit à une alimentation suffisante*. Observation générale no 12, Doc. N.U. E/C.12/1999/5.

¹⁰³ Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit à l'eau*. Observation générale no.15, Doc. N.U. E/C.12/2002/11.

¹⁰⁴ Est-il nécessaire de rappeler le célèbre passage de la décision de la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire Wimbledon* : « La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État

souveraineté s'est traduite de façon différente dans l'application concrète de ces engagements ou, en d'autres termes, lors de la mise en place des mécanismes visant à sanctionner les manquements aux obligations des États. En ce sens, un des problèmes majeurs de la relation droits humains-droit à l'investissement concerne la mise en œuvre inégale de ces deux familles de droits. En effet, les accords en matière d'investissements permettent aux investisseurs de poursuivre les États qui compromettraient la jouissance maximale de leur propriété, et ce sans qu'on sache où s'arrête celle-ci par rapport au devoir de l'État d'exercer son pouvoir de régulation dans l'intérêt public. Pendant ce temps, les mécanismes permettant aux citoyens d'utiliser les règles de droit international en matière de droits humains sont d'une efficacité fragile ou carrément inexistantes.

Dans ce contexte, nous pouvons nous demander quelle était l'intention réelle du législateur (en droit international, la communauté des États) au moment de la mise en place des deux familles de droits. Entre les intérêts des investisseurs et ceux des citoyens, il semble bien que ce législateur, ou en réalité les éléments les plus forts, voire hégémoniques du système, ait décidé de privilégier ceux des premiers. Ce choix se traduit par un droit qui défend d'abord l'investissement ainsi que les mécanismes d'application efficaces lui correspondant. Quant au corpus juridique des droits humains, malgré une utilité évidente au point de vue du contenu, il est dépourvu de mécanisme d'application réellement efficace.

Une des façons d'aborder le casse-tête actuel résultant de la dualité parfois contradictoire de ces différents engagements internationaux consiste à retourner à une des motivations principales de la création des deux régimes de droits, soit la recherche du développement durable. Arjun Sengupta, l'expert indépendant sur le droit au développement des Nations Unies, rappelle en ces

s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État » *Affaire du vapeur Wimbledon (Grande Bretagne, France, Italie, Japon c. Allemagne)* (1923) C.P.J.I. (Sér. A) no 1.

termes le défi de la mise en oeuvre du droit au développement en tant que cadre de référence permettant d'orienter la coopération internationale et l'élaboration de politiques :

« Reconnaître le droit au développement comme droit humain signifie que celui-ci devient universellement applicable et inviolable. Cette reconnaissance établit aussi une norme d'action pour la personne, l'institution ou l'État et la communauté internationale qui sont ainsi interpellés. La mise en œuvre de ce droit acquiert un caractère prioritaire dans l'utilisation des ressources et des capacités nationales et internationales et, de plus, l'État et la communauté internationale, ainsi que les autres acteurs de la société, y compris les individus, ont alors l'obligation d'appliquer ce droit. La Déclaration de Vienne a non seulement réaffirmé que la promotion et la protection d'un tel droit « incombent au premier chef aux gouvernements, » mais a aussi réitéré l'engagement pris à l'Article 56 de la Charte des Nations Unies d'agir tant conjointement que séparément, en déclarant spécifiquement : « Les États devraient coopérer pour assurer le développement et éliminer les obstacles qui s'y opposent. La communauté internationale devrait promouvoir une coopération internationale efficace pour éliminer ces obstacles et réaliser le droit au développement. »¹⁰⁵

Que ce soit à l'intérieur du cadre de référence du droit au développement ou autrement, deux tâches urgentes s'imposent : revoir l'(in)compatibilité de ces différentes familles de droit international, et créer des moyens innovateurs de garantir que le droit international de l'investissement ne compromette pas le respect des obligations des États en matière de droits humains. Ce document n'est qu'une contribution modeste aux efforts visant à rétablir un équilibre en droit international, équilibre qui génèrerait plus de cohérence et permettrait que le développement de chaque société se fonde sur l'objectif central de respecter, promouvoir et mettre en œuvre les droits humains de tous les citoyens.

¹⁰⁵ Arjun Sengupta, "On the Theory and the Practice of the Right to Development" Human Rights Quarterly 24 (2002) p. 845-846 [notre traduction]