



Document de position de l'OIE

Les Accords internationaux d'investissement et les droits de l'homme

Avril 2021



A powerful
and balanced
voice for business



Cette publication a été produite avec le soutien financier de l'Union européenne. Son contenu relève de la seule responsabilité de l'Organisation Internationale des Employeurs (OIE) et ne reflète pas nécessairement les opinions de l'Union européenne.



Co-financé par l'Union Européenne

LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT ET LES DROITS DE L'HOMME

DOCUMENT DE POSITION DE L'OIE

Introduction

L'Organisation internationale des employeurs (OIE) se félicite de la priorité accordée à la fourniture "de conseils pratiques à l'intention des États pour la négociation d'accords internationaux d'investissement (AII) compatibles avec les droits de l'homme" dans le prochain rapport du Groupe de travail de l'ONU sur les entreprises et les droits de l'homme, qui sera présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies en 2021.

"L'investissement joue un rôle essentiel dans la croissance et le développement durable. Il augmente la capacité productive de l'économie, stimule la création d'emplois et la croissance des revenus", peut-on lire dans le Cadre d'action pour l'investissement de l'OCDE. Ce fait fondamental ne peut être occulté au moment d'élaborer des conseils pour les États.

Néanmoins, le présent document n'entend pas réaffirmer des faits avérés sur les bienfaits des investissements pour nos économies et nos sociétés. Il existe en effet une pléthore d'informations à ce sujet. Notre priorité devrait être de trouver le moyen d'améliorer les AII et non de compromettre ou de limiter les investissements en soi.

À travers le monde, les progrès sociaux et économiques ont toujours nécessité des investissements et ce sera encore le cas à l'avenir. Dans le même temps, il importe aujourd'hui de veiller à ce que ces accords d'investissement soient fondés sur les droits de l'homme et respectent les normes internationales en la matière. Cette démarche permettra de s'assurer que toutes les parties continuent de profiter des bienfaits de ces investissements, tout en offrant un moyen de lutter contre les préjudices environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme.

Pour ce faire, les États devront mettre minutieusement en balance leurs intérêts, à l'heure où ils envisagent de nouvelles manières d'aborder le contenu et les incidences des AII. Il s'avère d'autant plus essentiel d'adopter une telle approche que le Covid-19 a d'énormes répercussions sur les sociétés et les économies et que la relance s'annonce inégale, des circonstances dans lesquelles les investissements ont un rôle clef à jouer.

Toutefois, au vu de la nette diminution du nombre d'AII conclus, il convient également de résoudre les problèmes liés au contenu des accords existants en les actualisant pour qu'ils répondent aux besoins actuels du marché et du commerce et qu'ils soient en phase avec toute stratégie future.

L'OIE se félicite de l'alignement des AII sur les normes internationales en matière de droits de l'homme. Le devoir qui incombe aux États de protéger les droits de l'homme est la clef de voûte permettant la réalisation de ces droits. Il s'avère essentiel pour garantir leur respect par les entreprises et les autres

acteurs au sein de la société. Les plans d'action nationaux constituent des outils nécessaires pour mettre en place une telle protection et ils ne doivent donc pas être négligés.

Parallèlement, les gouvernements doivent mettre en application leurs propres législations et engagements internationaux. Une bonne gouvernance, l'état de droit, l'incorruptibilité, le rôle joué par des tribunaux nationaux dépolitisés, efficaces et neutres ainsi que des politiques d'application des lois efficaces sont indispensables à la bonne mise en œuvre de toute activité d'investissement et doivent constituer le fil conducteur des investissements internationaux entre États, des investissements directs des gouvernements dans les entreprises et des besoins de l'économie nationale au sens large. Aucun élément au sein de ces accords d'investissement ne devrait atténuer ou compromettre les obligations internationales des États.

Pour la suite, nous devons élaborer, pour les AII, des principes qui confèrent de la clarté, de la sécurité et de la cohérence au régime de l'investissement international. L'incertitude n'est dans l'intérêt de personne. Les investissements ne peuvent se faire au détriment des droits de l'homme, des droits du travail et de la protection de l'environnement. Ces droits ne peuvent pas non plus être atténués ou suspendus par des AII. De même, dans le cadre de ces négociations entre États, aucune partie ne devrait tenter d'obtenir un avantage en matière d'investissement en exigeant une restriction ou une suppression des droits de l'homme, des droits du travail ou des droits environnementaux dans le pays hôte. Le devoir fondamental des deux États parties à un AII reste de préserver les droits de l'homme.

Comme l'a écrit John Ruggie dans son rapport de 2009 à l'Organisation des Nations Unies :

"L'expérience récente montre cependant que certaines garanties d'accords et dispositions contractuelles peuvent limiter de façon indue l'aptitude du pays hôte à réaliser ses objectifs légitimes de politique publique, y compris le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Usant de la menace d'un recours à l'arbitrage international contraignant, un investisseur étranger peut en effet parvenir à mettre son entreprise à l'abri de lois ou de règles nouvelles, ou chercher à obtenir du gouvernement une contrepartie s'il accepte de s'y plier."

Il convient également de rappeler que dans le Programme 2030, qui renferme les Objectifs de développement durable (ODD) adoptés par les Nations Unies, les pays se sont engagés à la réalisation d'un développement durable dans ses trois dimensions (économique, sociale et environnementale). Toute stratégie visant à améliorer les résultats d'AII doit être conforme à ces engagements et aux ODD en tant que tels.

La suite de ce document entend répondre à la demande que les contributeurs se concentrent sur l'élaboration de conseils pratiques à l'intention des États. Les recommandations présentées ci-dessous devraient, d'après nous, aider les gouvernements dans leurs négociations. Ces propositions ne s'appliqueront sans doute pas à tous les contextes nationaux, mais nous estimons qu'il est important d'instaurer une certaine cohérence internationale sur la manière de procéder afin d'aider les pays à progresser.

- **Attirer des investissements et trouver un équilibre** : les conseils devraient permettre aux gouvernements de trouver un juste équilibre – une démarche qu'ils sont les seuls à pouvoir légitimement entreprendre – entre, d'une part, la promotion et la protection des investissements étrangers et, de l'autre, la protection de leur société, de l'environnement et des droits de l'homme. Aucun accord d'investissement ne devrait limiter la capacité d'un État à légiférer dans l'intérêt de son peuple.

Dans le même temps, il convient de poursuivre les efforts qui visent à aider les États engagés dans des négociations à maintenir un équilibre entre le droit des États à légiférer et celui des investisseurs à se protéger. Néanmoins, il faut pour ce faire que les pays engagés dans des négociations veillent à conserver une marge de manœuvre politique suffisante et à ce que les clauses d'un All ne limitent pas inutilement cette marge de manœuvre. L'appel récurrent à une plus grande cohérence des politiques nationales va également dans ce sens. La négociation d'un accord d'investissement nécessite des parties qu'elles y associent tous les services gouvernementaux compétents.

- **Bonne gouvernance et état de droit** : le Cadre d'action pour l'investissement de l'OCDE insiste sur la nécessité pour les gouvernements d'établir et d'appliquer un cadre réglementaire et juridique adapté, qui protège l'intérêt général et sous-tend une conduite responsable des entreprises. Rien ne peut remplacer une bonne gouvernance au niveau national quand il s'agit de promouvoir et de protéger les droits de l'homme. Les efforts doivent se poursuivre pour aider les États à améliorer leur gouvernance, à se montrer plus transparents et à mieux lutter contre la corruption.
- **Exemples de réussite** : il importe d'aider les États à tirer des enseignements des accords bilatéraux et de libre-échange conclus récemment, tels que l'AECG, le PTPGP ou l'ACEUM, ainsi que de ceux conclus par l'UE, qui proposent également des solutions pour intégrer les acteurs nationaux dans la conception et l'application d'accords. Si nous pouvions éviter de réinventer la roue à chaque fois, nous pourrions veiller à ce que ces accords convergent peu à peu vers la promotion d'un système commun qui inclut la protection et la promotion des droits de l'homme ainsi que l'accès à des voies de recours. Les demandes de renseignements pourraient également fournir de bons exemples de la manière dont de tels accords peuvent être utilisés pour encourager toutes les parties à protéger, promouvoir et respecter les droits de l'homme.
- **Soutien informatif de la part d'organisations internationales** : le travail effectué, entre autres, par l'OCDE et la CNUCED, en vue de l'élaboration de conseils en matière d'investissement, devrait également être utilisé pour éclairer ce débat à mesure qu'il progresse. Ce travail nécessite de récolter et de partager plus de données et d'informations fiables sur les All, leur contenu et leurs incidences, qu'elles soient bénéfiques ou non. La publication régulière de rapports sur la mise en œuvre des All contribuerait à améliorer peu à peu le processus de prise de décision. Une telle transparence pourrait aider à déterminer où résident concrètement les difficultés et à trouver le moyen de les surmonter. La collecte de

données factuelles sur l'incidence réelle des accords d'investissement permettrait également de favoriser l'adhésion de la population à de tels accords.

- **Actualisation de la couverture et de la portée des All** : il nous faut prendre conscience du fait que le contenu et l'approche de nombreux All reflètent un état d'esprit appartenant au passé, où la protection des droits de propriété et la volonté d'écartier tout risque politique étaient les seules priorités. Les attentes actuelles de la population en matière de protection de l'environnement et des droits de l'homme n'entraient pas en ligne de compte à l'époque et n'étaient certainement pas aussi ancrées dans les esprits qu'elles le sont aujourd'hui. Il convient donc d'adopter une vision plus large de la gestion et, lorsque cela est possible, de l'élimination des risques. Les risques politiques demeurent importants, mais ils ne sont pas les seuls.
- **Elaboration d'All au travers d'une consultation plus large** : les gouvernements doivent davantage inclure les différents acteurs de la société dans les processus de planification et d'élaboration des All, y compris pour les clauses d'application. Trop souvent, l'avis de la population n'est pas pris en compte dès le départ ; les répercussions potentielles ne sont pas anticipées (alors que ces menaces auraient pu être éliminées sans conséquences négatives). Trop souvent encore, aucun consensus n'existe quant au type d'investissement à réaliser et aux modalités à adopter pour que cet investissement contribue à l'intérêt général et donc à la réalisation des ODD.
- **Accès à des voies de recours et d'arbitrage** : au cours de la conception et de l'élaboration des All, il convient d'envisager des voies de recours, en gardant à l'esprit que des mesures concrètes permettant d'éviter un préjudice valent mieux que des procédures de recours fastidieuses. Voici encore une raison de plus pour les gouvernements d'associer la société civile à la conception des All. Il convient d'accorder une attention particulière aux besoins et aux droits des populations vulnérables et des peuples autochtones.

Tandis que certains pays cherchent à modifier ou à limiter certains volets des All, voire, parfois, à se retirer de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI), d'autres restent ancrés dans la mentalité qui prévalait par le passé, évoquée précédemment. Cela vaut particulièrement pour les approches d'arbitrage "traditionnelles" qui, selon de nombreux acteurs, doivent se concentrer uniquement sur les investissements et le commerce et occultent totalement les droits de l'homme. Quoi qu'il en soit, il apparaît clairement que la Convention en tant que telle doit être révisée pour prendre en compte la protection des droits de l'homme, des droits du travail et de l'environnement. L'objectif devrait être de rendre la convention conforme aux besoins de nos sociétés actuelles.

Cette mise à jour doit être effectuée rapidement. De plus en plus d'États envisagent d'apporter des modifications à leurs All sur toute une série de thématiques, modifications qui pourraient involontairement entraîner les conséquences évoquées au début du présent document, à savoir rendre les All trop incertains, trop complexes, trop incohérents, et donc dissuader les

investisseurs d'investir. Un processus de révision de la Convention pourrait aider les États à progresser vers une approche "commune".

Dans de nombreux cas, beaucoup d'acteurs de la société considèrent que le préjudice qu'ils subissent est pire que les bénéfices engendrés par les investissements. C'est à cette crise de confiance que doivent réagir les gouvernements et l'ONU. En cas d'échec, les flux d'investissements, qui sont le carburant du développement économique, en pâtiraient et la réalisation des ODD serait compromise. Si cette perte de confiance de la population se confirme, elle risque de se traduire rapidement par une position hostile à l'égard des investissements internationaux. Personne ne peut sortir gagnant d'une telle situation. Il sera peut-être nécessaire de repenser les procédures de recours dans ce nouvel environnement, en utilisant des mécanismes tels que les systèmes juridiques de résolution des litiges, l'arbitrage ou les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC). Le remaniement des approches existantes peut certes avoir des conséquences imprévues, mais il convient de réfléchir à la manière d'intégrer les titulaires de droits qui souffrent d'incidences négatives, voire les tierces parties, aux processus censés leur offrir des voies de recours. É

- **Égalité de traitement pour les entreprises étrangères et nationales** : il importe que les AII garantissent l'égalité de traitement entre les entreprises étrangères et nationales. Ce débat fait écho à une pratique, relativement courante par le passé, selon laquelle certains États avaient recours à des zones économiques spéciales, au sein desquelles les entreprises évoluaient comme dans une bulle, échappant ainsi à une grande partie de la législation nationale, en particulier le droit du travail et le droit des sociétés. Traiter des personnes différemment dans une économie uniquement en raison de l'employeur pour lequel elles travaillent ou de la localisation de l'entreprise va à l'encontre des engagements pris dans le cadre des ODD en faveur de l'égalité de traitement et des chances. Cette inégalité de traitement crée également des conditions de concurrence déloyale pour les entreprises locales. Ce problème est exacerbé par des clauses au sein d'AII qui permettent d'indemniser des investisseurs étrangers en cas de modification de la législation, ce dont ne peuvent bénéficier les entreprises locales.
- **Éviter les incertitudes linguistiques** : les gouvernements doivent éviter que des conflits de lois naissent des termes utilisés dans les AII. Ils doivent s'assurer que l'adoption de politiques complémentaires, qui pourraient s'avérer nécessaires pour garantir et promouvoir la mise en application des droits de l'homme et du travail, ne soit pas compromise par les termes des AII. Les entreprises et les collectivités n'ont pas besoin de davantage de confusion ou d'incertitude. Il importe de rédiger clairement les AII dès le départ, en associant les parties prenantes à ce processus, afin que les droits et responsabilités de toutes les parties soient énoncés explicitement, ce qui contribuera largement à garantir la clarté juridique souhaitée par tous.
- **Outils internationaux** : les outils et instruments disponibles, tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, doivent être mieux utilisés. Davantage de pays devraient envisager d'adhérer à la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international, dont font partie les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, afin d'amplifier les résultats sur le terrain. Les pays qui y ont déjà adhéré

doivent également veiller à disposer de Points de contact nationaux opérationnels dotés des ressources nécessaires pour traiter les questions de conformité soulevées au titre des Principes directeurs.

- **Coopération technique** : la coopération technique demeure essentielle pour s'assurer que les pays hôtes soient en mesure de négocier et de mettre en œuvre les accords d'investissement dans l'intérêt de leur population et de leur économie. Les gouvernements doivent pouvoir accéder à des données et des informations pour faciliter leur processus de prise de décision.

Conclusion

L'OIE réitère son soutien à ce processus et exhorte les gouvernements à suivre ces conseils. Elle appelle également les gouvernements à coopérer avec leurs organisations d'entreprises représentatives sur ces questions au niveau national, mais aussi sur tout autre débat relatif aux politiques sociales, économiques ou environnementales. L'OIE est quant à elle disposée à poursuivre un dialogue véritablement constructif sur les mesures nécessaires pour améliorer le contenu et l'impact des AII.



A powerful
and balanced
voice for business



© IOE 2021