

## Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques

M. Rémy Bachand, M. Martin Gallié, Melle Stéphanie Rousseau

---

**Citer ce document / Cite this document :**

Bachand Rémy, Gallié Martin, Rousseau Stéphanie. Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques. In: Annuaire français de droit international, volume 49, 2003. pp. 575-610;

doi : 10.3406/afdi.2003.3767

[http://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2003\\_num\\_49\\_1\\_3767](http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2003_num_49_1_3767)

---

Document généré le 12/03/2016

## DROIT DE L'INVESTISSEMENT ET DROITS HUMAINS DANS LES AMÉRIQUES

RÉMI BACHAND, MARTIN GALLIÉ et STÉPHANIE ROUSSEAU

---

Depuis une vingtaine d'années, le paradigme dominant en matière de développement économique affirme la nécessité de centrer les efforts de réforme sur une libéralisation et une intégration croissante des économies. Un aspect important de ce modèle réside dans la libéralisation des investissements, perçue comme le moteur principal du développement. Cette prescription est particulièrement appliquée aux pays en développement sans qu'on soit en mesure d'en constater empiriquement les retombées réellement positives jusqu'à ce jour. Pour les défenseurs de ce modèle, la dérégulation du marché des capitaux privés permettrait de maximiser l'utilisation des ressources et du potentiel des différents secteurs économiques d'un pays. Ne pas imposer d'obligations de résultat aux investisseurs, par exemple, revient à laisser agir la « main invisible » qui, selon ce même modèle, stimulerait la croissance et la compétitivité de l'économie et aurait des effets positifs sur l'ensemble de la société puisque, prétend-il, la richesse créée en haut finit toujours par « retomber vers le bas » (le fameux « *trickle-down* »).

Ces capitaux étrangers seraient également nécessaires aux États pour assurer le bien-être de la population et le développement social. Certaines écoles affirment même que le développement économique conduit inévitablement à des transformations socio-politiques susceptibles d'engendrer des régimes politiques démocratiques et donc plus de libertés civiles et politiques. Bien que ce lien de causalité soit hautement douteux et aujourd'hui largement contesté par de nombreux travaux, on continue de véhiculer l'idée générale voulant que le développement des investissements étrangers permettrait aux États de mieux remplir leurs obligations en matière de droits humains<sup>1</sup>, la réalisation progressive de celles-ci étant évidemment liée, notamment dans le cas des États les moins développés, à une croissance économique effective.

Afin d'attirer les investissements directs étrangers, on assiste depuis quelques années au tissage d'une toile de plus en plus dense de traités bilatéraux et régionaux de « promotion » et de « protection » des investissements étrangers. Or,

---

(\*) Rémi BACHAND, Chargé de cours à l'Université du Québec à Montréal et doctorant (Université Paris I) ; Martin GALLIÉ, doctorant (Universités de Montréal et de Paris XI) ; Stéphanie ROUSSEAU, chercheure à l'*Institute of Latin American Studies (University of North Carolina at Chapel Hill)*. Une première version de cet article a été présentée à la journée de réflexion du conseil d'administration du Centre Droits et Démocratie : *L'investissement dans les pays en développement : Relever le défi des droits humains*, le 11 juin 2003. Les auteurs remercient Diana Bronson, Christian Deblock, Lucie Lamarche, Gabrielle Marceau et Brigitte Stern pour leurs commentaires.

1. L'expression « droits humains » est utilisée comme synonyme de « droits de l'homme », expression plus courante dans le monde franco-européen. Ce choix témoigne de notre position dans le débat entourant la signification historique de l'expression « droits de l'homme » comme ayant été exclusive du genre féminin, de même que notre volonté de distinguer les « droits de la personne », qui engloberaient selon certains les droits des corporations privées, des droits appartenant strictement aux individus.

à cause des obligations contraignantes qu'ils entraînent pour les pouvoirs publics et de l'importance grandissante d'un modèle particulièrement favorable aux investisseurs étrangers dans les nouveaux traités conclus ou en cours de négociation, certains s'interrogent sur leur influence sur la capacité des États à remplir leurs obligations en matière de droits humains. Il en va d'autant plus ainsi que les effets soi-disant « positifs » de ces traités (rendre le pays attrayant pour les investissements étrangers) sont de plus en plus remis en question<sup>2</sup>.

D'autre part, même s'il est impossible d'évaluer le nombre des différends investisseur-État qui sont portés devant des arbitres à cause de l'absence d'obligation de divulguer publiquement ces données dans la plupart des cas, la seule augmentation des différends portés devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ces dernières années laisse entrevoir une hausse importante. En effet, dans son rapport annuel de 2001, celui-ci enregistrait un nombre « record » de douze nouvelles plaintes d'investisseurs. En 2002, il en enregistrait quinze et pour la seule année 2003 pas moins de trente plaintes ont été enregistrées<sup>3</sup>. Un nombre élevé de ces affaires met en cause des mesures adoptées par les États concernant des domaines d'intérêt public tels que l'environnement, la santé, et autres services publics de base. Dans la plupart des cas, les gouvernements de ces États sont amenés à adopter ces mesures afin de respecter non seulement la volonté des citoyens qui les ont élus, mais également leurs obligations relatives aux droits humains en droit international.

Cet article a pour objectif de mettre les deux régimes juridiques (le régime du droit de l'investissement et celui des droits humains) en parallèle et en confrontation l'un avec l'autre, afin de soulever ce qui nous apparaît être des contradictions, à tout le moins *de facto*, sinon *de jure*. Les développements sont centrés sur les Amériques où un modèle de traités bilatéraux d'investissement (TBI) a émergé au cours des quinze dernières années, modèle dont les dispositions diffèrent à certains égards du modèle européen mais qui tend à devenir dominant à l'échelle internationale<sup>4</sup>. Plus spécifiquement, le chapitre sur l'investissement dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) sert de base à l'analyse, eu égard à l'importance quantitative des flux de capitaux « couverts » par celui-ci.

Sont présentés dans un premier temps le contenu normatif, les obligations qui en découlent pour les différents acteurs, ainsi que les mécanismes de sanction et d'application dans les deux régimes juridiques. Cet examen porte d'abord sur les droits humains, puis sur les droits des investisseurs tels que codifiés dans l'ALÉNA. Dans un second temps, sont mises en lumière certaines contradictions *de facto* entre les deux régimes de droit, notamment à travers l'analyse succincte

---

2. À cet égard, la Conférence des Nations Unies pour la coopération économique et le développement (CNUCED) rappelait dans son dernier rapport sur l'investissement qu'il est difficile de constater un parallélisme entre les traités sur l'investissement et l'arrivée d'investissements directs étrangers dans les pays en développement. En effet, si les flux d'investissements ont augmenté entre les pays ayant conclu de tels accords, cette augmentation n'est pas, somme toute, supérieure à celle qui a eu lieu entre les pays entre lesquels de tels accords ne sont pas en vigueur. La CNUCED souligne que d'autres facteurs sont bien plus importants, tels que la taille du marché local, la qualité de la main d'œuvre et celle des infrastructures (CNUCED, *World Investment Report 2002*, Nations Unies, Genève, 2003, aux pp. 83 et s.).

3. Selon L. PETERSON, « All Roads Lead Out of Rome : Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties », dans L. ZARSKY (dir.), *Rights Without Reward : Sustainability, Development and the Governance of International Investment* (titre provisoire), Earthscan, à paraître en 2004.

4. C'est ce modèle qui a été utilisé lors de la tentative de créer l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) dont les négociations ont échoué en 1998.

des enjeux qui sont à l'origine des litiges dans des cas connus de différends ayant comme origine les règles de l'ALÉNA, mais aussi des TBI semblables conclus par des pays des Amériques. Ces enjeux, dans bien des cas, peuvent être compris dans une perspective de droits humains. Il convient ensuite de s'interroger sur la base qui pourrait être envisagée pour intégrer des normes internationales en matière de droits humains à l'intérieur du système qui régit l'interprétation des différends en matière d'investissement international. La compétence du tribunal arbitral et la question du fardeau de la preuve pour les États désireux de faire appel à leurs obligations en matière de droits humains dans le but de justifier une violation des traités sur l'investissement sont au cœur de la recherche.

## I. – LES DROITS HUMAINS ET LES DROITS DES INVESTISSEURS

Les deux régimes étudiés dans cet article (celui des droits humains et celui du droit de l'investissement) ont en commun d'avoir un contenu normatif imposant des obligations aux États et, dans certains cas, à d'autres acteurs de la communauté internationale. Cependant, il demeure relativement malaisé d'assurer une application juridique concrète des droits humains dans les Amériques en raison des lacunes des mécanismes de sanction de plusieurs des différents instruments existants. À l'inverse, il est beaucoup plus facile pour les investisseurs de faire valoir leurs droits à l'aide de mécanismes de règlement des différends d'une grande efficacité.

### A. *Les droits humains*

Il semble nécessaire de faire un rapide tour d'horizon des éléments pourtant bien connus du droit international des droits humains, et ce pour deux raisons : d'abord pour rappeler l'existence d'un corpus de droit positif créant des obligations contraignantes pour les États et, dans certains cas, pour d'autres acteurs des relations économiques internationales, à savoir les firmes transnationales ; ensuite pour mettre en exergue les difficultés inhérentes à l'application concrète de ce corpus en raison, notamment, des limites des mécanismes de sanction.

#### 1. *Le contenu normatif*

Plusieurs instruments conventionnels internationaux précisent les obligations que doivent respecter les États en matière de droits humains. Ceux-ci sont généralement assez bien connus. Toutefois, un fort courant doctrinal tend aussi à conférer à ces obligations une valeur coutumière, alors que certains vont jusqu'à voir en quelques-unes des principes généraux de droit. Il suffit en l'occurrence de rappeler très brièvement le contenu positif des obligations et des droits applicables dans le cadre géographique américain.

Le premier instrument conventionnel à poser des obligations en matière de droits humains est la Charte des Nations Unies<sup>5</sup>. Dès son préambule (qui, rappelons-le, doit servir à interpréter l'ensemble du traité<sup>6</sup>), celle-ci proclame

5. 26 juin 1945, 1 RTNU xvi (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

6. Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art. 31 et 32.

la foi des Nations Unies, « [d]ans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des Nations, grandes et petites ». Son article 1<sup>er</sup>, § 3 affirme que la réalisation de « la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » fait partie des buts des Nations Unies. Enfin, l'article 55 stipule en son alinéa c) que les Nations Unies favoriseront, « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ». L'importance de cet instrument est tel aux yeux de ses fondateurs qu'ils ont estimé nécessaire de lui donner une prédominance hiérarchique de par son article 103 qui stipule qu' : « [e]n 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 »<sup>7</sup>. C'est sur cette base que les Nations Unies ont développé tout un corpus normatif en matière de droits humains.

Adoptée trois ans plus tard, la déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)<sup>8</sup> évoque plusieurs droits, dont le droit à la vie, le droit de ne pas être réduit en esclavage, ainsi que plusieurs droits économiques, sociaux et culturels. Son article 22 dispose, par exemple, que « toute personne [...] a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à la dignité et au libre développement de sa personne, grâce à l'effort national et à la coopération internationale ». Ensuite, de manière générale, l'article 28 dispose que « [t]oute 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 »<sup>9</sup>. Enfin, il est important de souligner que la déclaration prévoit que « [t]oute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété »<sup>10</sup>.

Afin de conférer aux dispositions inscrites dans la DUDH un caractère réellement contraignant, l'Assemblée générale demanda à la Commission des droits de l'homme de rédiger un document précisant l'ensemble de ces droits. Toutefois, confrontée aux oppositions entre les pays de l'Est et de l'Ouest<sup>11</sup> et à la complexité de mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels<sup>12</sup>, la Commission a jugé préférable d'élaborer deux pactes différents mettant ainsi à mal l'indivisibilité des droits humains, même si de nombreux textes sont venus par la suite réaffirmer ce caractère<sup>13</sup>.

7. *Charte des Nations Unies*, supra note 5, article 103.

8. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. rés. 207 (III) du 10 décembre 1948. La déclaration n'est bien sûr qu'une résolution de l'Assemblée générale et n'a pas comme telle force obligatoire. Il n'empêche qu'elle a servi de référence lors de la rédaction de plusieurs traités et conventions de droits humains.

9. *Ibid.*, art. 28.

10. *Ibid.*, art. 17.1.

11. L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 60-70.

12. Voy. notamment les débats au sein de la Commission des droits de l'homme, lors des cinquième et sixième sessions suite à la demande de l'Assemblée générale de travailler à l'élaboration d'un instrument contraignant relatif aux droits humains [N.U. Doc. E/1371 (1949) et N.U. Doc. E/1681 (1950)].

13. Voy. la *Proclamation de Téhéran* du 13 mai 1968 qui évoque l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales au paragraphe 13 (N.U. Doc. A/CONF. 32/41, 13 mai 1968) ; la *Déclaration et le programme d'Action de la Conférence de Vienne* de 1993 qui réaffirme le caractère indivisible et l'interdépendance des droits humains (Doc. N.U. A/CONF.157/23).

Le premier, le pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)<sup>14</sup>, reprend, en les précisant, les différents droits civils et politiques inscrits dans la DUDH. On soulignera toutefois que, contrairement à cette dernière, il ne mentionne pas le droit de propriété. Les dispositions du deuxième pacte, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)<sup>15</sup>, portent notamment sur le droit au travail et à une existence décente, le droit à la liberté syndicale, le droit à la sécurité sociale, le droit à une protection de la famille, le droit à un niveau de vie suffisant et à une amélioration constante des conditions d'existence, le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre, le droit à l'éducation ou le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique.

D'autres conventions internationales consacrent des droits à l'égard de groupes particuliers, parmi lesquelles on peut notamment citer la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>16</sup> et la convention de New York relative aux droits de l'enfant<sup>17</sup>. La première affirme notamment l'égalité entre les hommes et les femmes tandis que la seconde dispose, entre autres, que tous les droits humains, qu'il s'agisse des droits économiques, sociaux et culturels ou des droits civils et politiques, sont reconnus aux enfants.

Enfin, l'Organisation internationale du travail (OIT) adopte des normes internationales afin de remédier « aux conditions de travail impliquant l'injustice, la misère et les privations »<sup>18</sup>. Ces normes, de manière générale, prennent la forme de conventions contraignantes ou de recommandations. À ce jour, l'OIT a adopté plus de cent quatre-vingt conventions et plus de cent quatre vingt-cinq recommandations<sup>19</sup>. Toutefois, depuis le rapport préparé à l'occasion du 75<sup>e</sup> anniversaire de l'OIT en 1994, un recentrage a été effectué vers un plus grand effort de protection d'un nombre restreint de droits. Le conseil d'administration du Bureau international du travail a ainsi décidé de considérer huit conventions comme fondamentales pour les droits des travailleurs. Ces conventions portent sur la liberté syndicale<sup>20</sup>, l'abolition du travail forcé<sup>21</sup>, l'égalité au travail<sup>22</sup>, et l'élimination du travail des enfants<sup>23</sup>.

---

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

15. *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).

16. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. off. AGNU, 46<sup>e</sup> sess., supp. n° 46, Doc. N.U. A/34/46, p. 193 (1979) (entrée en vigueur le 3 septembre 1981, conformément aux dispositions de l'article 27).

17. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc. N.U. A/44/25 (1990) (entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément aux dispositions de l'article 49).

18. Conférence internationale du travail, *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail*, 26<sup>e</sup> session, 1944, Reproduite à Conférence internationale du travail, *Principes d'action, programme et statut de l'OIT*, 26<sup>e</sup> session, Rapport 1, Genève, Bureau international du travail, 1944, p. 193, disponible sur le site de l'OIT [<http://www.ilo.org/public/french/>].

19. Toutefois, les travaux d'un groupe de travail établi au sein du Conseil d'administration depuis 1995 ont permis de relever, qu'au-delà des chiffres, seulement soixante-dix conventions sont réellement d'actualité et méritent d'être renforcées.

20. Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948 et la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949.

21. Convention n° 29 sur le travail forcé de 1930 et la Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé de 1957.

22. Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958 et la Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération de 1951.

23. Convention n° 138 sur l'âge minimum de 1973 et la Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants de 1999.

Par ailleurs, des conventions régionales consacrent également des droits en fonction d'une adhésion à une organisation inter-étatique liée à une région du monde. Dans le cadre de cet article, on doit citer la déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme<sup>24</sup> et surtout la convention américaine relative aux droits de l'homme, dit pacte de San José<sup>25</sup>. La convention précise les droits et libertés mentionnés dans le PIDCP (article 3 à 25), mais se limite à poser le principe d'un développement progressif des droits économiques, sociaux et culturels à l'article 26. Toutefois, un protocole additionnel à la convention<sup>26</sup>, approuvé le 17 novembre 1988 et entré en vigueur le 16 novembre 1999, est venu préciser le contenu de ces droits.

Une avancée récente et particulièrement pertinente pour notre sujet est à rapporter à cet endroit. Rappelons d'abord que le droit à la propriété inséré dans l'article 17 de la DUDH a été repris à plusieurs reprises, notamment à l'article 21 de la convention américaine relative aux droits de l'homme qui se lit ainsi : « Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social »<sup>27</sup>. Or, dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Awas Tingni v. Nicaragua*, la Cour américaine a jugé 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-requis<sup>28</sup>. La communauté Awas Tingni avait porté plainte devant la Cour pour la coupe de bois illégale pratiquée par des compagnies étrangères sur son territoire ancestral, entre autres.

Même s'il faut admettre que ces instruments n'ont pas tous le même caractère contraignant<sup>29</sup>, nul ne saurait nier l'existence d'un ensemble d'obligations de source conventionnelle créées par le régime des droits humains. Bien sûr, n'étant pas un traité en tant que tel, le caractère contraignant de la DUDH ne fait pas l'unanimité. Toutefois, tant les juridictions internes que la doctrine s'y réfèrent régulièrement. Inversement, et d'un point de vue strictement formaliste, les États qui ont ratifié les différentes conventions relatives aux droits humains sont tenus de les respecter en vertu du principe *pacta sunt servanda*. Un État qui viole ses engagements conventionnels en matière de droits humains engage dès lors sa responsabilité au même titre que lorsqu'il viole des engagements issus d'un traité commercial, par exemple.

24. *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, Ann. Dr. H. (1948), Nations Unies, Lake Success, New York, 1950, p. 502.

25. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, in O.A.S. Treaty Series n° 36, 1144 U.N.T.S. 123 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978, après que onze États l'eurent ratifiée). Argentine, Barbade, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, Équateur, El Salvador, Grenade, Guatemala, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua Panama, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Surinam, Uruguay, Venezuela. (Au 31 mai 2000 – Les dix-huit États en italique sont ceux ayant reconnu la compétence de la Cour).

26. *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels* dit « Protocole de San Salvador », adopté à San Salvador, le 17 novembre 1988, à la dix-huitième session ordinaire de l'Assemblée générale, Série sur les Traités n° 69. Documents officiels OEA-Ser-A-44 (SEPF). Les douze pays ayant ratifié le protocole sont le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, El Salvador, l'Équateur, le Guatemala, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, le Suriname et l'Uruguay.

27. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, supra note 25, art. 21 (1).

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

29. F. FORREST MARTIN, « Human Rights and the Hierarchy of International Law Sources and Norms : Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms », *Saskatchewan Law Review*, 2002, vol. 65, p. 333 et s.

En plus de ce contenu normatif de source conventionnelle, certains courants tendent à conférer aux droits humains une valeur coutumière. Pour Wachsmann par exemple, « le développement considérable des droits de l'homme dans la société internationale depuis 1945 a certainement fait de l'obligation de les respecter, une règle coutumière, c'est-à-dire obligatoire en dehors même du consentement à être lié par les traités élaborés au sein des Nations Unies »<sup>30</sup>. S'il en va bien ainsi, les droits humains s'imposent à tous les États, même s'ils n'ont pas ratifié les principales conventions en la matière ; un État ne peut en effet se soustraire à une norme coutumière qu'à la condition de s'y être opposé en temps utile et de façon continue<sup>31</sup>. Comme le mentionne Michel Cosnard :

« [L]e droit non écrit n'a ni les vertus spectaculaires ni la précision du droit conventionnel. Il possède pourtant plusieurs atouts, qui transforment en avantages les inconvénients du droit conventionnel. Le premier tient au rôle atténué du consentement de l'État dans l'analyse de l'opposabilité de la norme internationale. [...] Le deuxième avantage de la coutume tient à son « opportunisme » « parasitisme ». Le droit non-écrit est omniprésent et se greffe très aisément sur toute manifestation de volonté de l'État »<sup>32</sup>.

En cherchant à établir une hiérarchie entre les différentes obligations du régime de droits humains afin de prouver que certaines d'entre-elles doivent être prises en considération dans le droit commercial international, Cassimatis prétend que la communauté internationale en est venue à croire que certaines normes sont dorénavant devenues également coutumières et sont par conséquent obligatoires pour tous les États à l'exception, bien sûr, des objecteurs persistants. Selon lui, parmi les droits qui ont probablement acquis ce statut figurent le droit à un soutien minimum étatique (« *basic sustenance* »), le droit à une assistance publique en matière de santé, à l'éducation et à un logis, le droit d'association et la reconnaissance effective du droit à la négociation collective, ainsi que le droit à l'autodétermination des peuples<sup>33</sup>.

Pour Simma et Alston enfin, il peut être difficile de rattacher certaines obligations en matière de droits humains à des sources coutumières à cause des violations répétées de ces obligations. En revanche, il semble plus aisé d'utiliser des droits humains reconnus comme principes généraux de droit admis par les nations civilisées, qui semblent mieux adaptés pour lier les États à des obligations qu'ils violent régulièrement<sup>34</sup>. Ainsi, que la source de ces obligations soit une coutume ou des principes généraux de droit communs aux nations civilisées, des obligations autres que conventionnelles existent en matière de droits humains, qui sont en principe obligatoires pour tous les États<sup>35</sup>.

30. P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 137.

31. Sur la doctrine de l'objecteur persistant dans le régime des droits humains, voy. L. LOSCHYN, « The Persistent Objector and Customary Human Rights Law : A Proposed Analytical Framework », *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y*, 1996, vol.2, n° 2, p. 147.

32. M. COSNARD, « La création normative des États – point de vue publiciste », in É. LOQUIN et C. KESSEDIAN, *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, CRÉDIMI, 2000, p. 158.

33. A. CASSIMATIS, « International Trade and Human Rights – Which Human Rights ? », *Int'l Trade & Bus.L. Ann.*, 2001, p. 19.

34. B. SIMMA et P. ALSTON, « The Sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens, and General Principles », *Aust. YBIL*, 1988-1989, pp. 82 et s.

35. Cette position est partagée par les rapporteurs nommés par la Commission des droits de l'homme afin d'entreprendre une étude sur la question de « la mondialisation et de ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme ». Selon eux, « [il] n'est pas nécessaire que les obligations considérées [en matière de droits humains] soient énoncées dans le texte fondateur (Charte, statuts ou autre instrument analogue) de chacune des institutions, car elles sont en fait fondées sur les principes généraux du droit international » (E/CN.4/Sub.2/2003/14, Annexe Vers une formulation nouvelle des obligations des principaux acteurs de la mondialisation en matière de droits de l'homme : projet, § 4).

Par ailleurs, il convient de mentionner que l'Assemblée générale des Nations Unies a défini le droit au développement comme « un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés ». Ce droit « comprend sous réserve des dispositions pertinentes des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'exercice de leur droit inaliénable à la pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et leurs ressources naturelles »<sup>36</sup>.

## 2. Les responsables et les obligations à leur charge

Le dernier paragraphe du préambule de la DUDH proclame l'instrument, « comme idéal à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société [...] s'efforcent par l'enseignement et l'éducation de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelle et effective »<sup>37</sup>. Ainsi, selon la sous-commission des droits de l'homme, « [i]l s'ensuit que les mesures prises par des individus ou des institutions qui n'encouragent pas le respect des droits de l'homme doivent être combattues. Cette obligation s'applique également aux institutions multilatérales et aux sociétés transnationales »<sup>38</sup>.

Les obligations contenues dans les différents textes relatifs aux droits humains impliquent des engagements négatifs et positifs. Les obligations négatives consistent à s'abstenir de prendre des mesures empêchant la jouissance des droits humains ; les obligations positives commandent une action préventive et pro-active, comme l'adoption de mesures à la fois destinées à éviter d'éventuelles violations et à favoriser le respect des droits humains. L'article 30 de la DUDH affirme qu'aucune disposition de la Déclaration « ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ». Les pactes internationaux de 1966 ont également précisé ces obligations. L'article 2 du PIDCP dispose ainsi que les *États Parties* « s'engagent à respecter et à

36. *Déclaration sur le droit au développement*, A.G. rés 41/128 du 4 décembre 1986, article 1<sup>er</sup>. Les États-Unis ont voté contre. Dans le même sens, A. PELLET écrit que « [l]'existence juridique du droit au développement peut être déduite de multiples textes internationaux, dont on peut inférer que le principe constitue le fondement commun de certains droits de l'homme » (droit à l'éducation, à la santé, au travail etc. »), « Note sur quelques aspects juridiques de la notion de droit au développement », in *La formation des normes en droit international du développement*, OPU, Alger, 1984, p. 71 et s., cité dans R. CHARVIN, *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 114-115.

37. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, supra note 8, préambule.

38. Voy. Sous-commission, « Les droits de l'homme, objectif premier de la politique et de la pratique commerciales, financières et en matière d'investissement », *Document présenté par J. Oloka-Onyango et Deepa Udagama, conformément à la décision 1998/12 de la Sous-Commission*, E/CN/Sub.2/1999/11, § 13, du 17 juin 1999. La Sous-commission a récemment réaffirmé cette obligation : « Les États ont la responsabilité première de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, et de veiller à leur réalisation et, notamment, de garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits. Dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, et faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, y compris les droits et intérêts des populations autochtones et autres groupes vulnérables, et de veiller à leur réalisation » (*Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, § 1 « Obligations générales », 26 août 2003).

garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte » et « à garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile ». L'article 2.1 du PIDESC, quant à lui, énonce :

« Chacun des États Parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur le plan économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris l'adoption de mesures législatives ».

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a adopté son Observation générale no 3 qui clarifie ces obligations<sup>39</sup>. De manière succincte, le Comité a estimé que les États avaient trois types d'obligation : une obligation de respecter, une obligation de protéger, et enfin une obligation de réaliser<sup>40</sup>. Si certaines de ces obligations sont soumises à la progressivité, d'autres en revanche sont d'application immédiate comme, par exemple, la satisfaction des besoins essentiels<sup>41</sup>.

Il faut enfin rappeler que la convention interaméricaine<sup>42</sup> ainsi que certaines conventions de l'OIT<sup>43</sup> ont, elles aussi, défini les obligations des États Parties, certaines déclarations des Nations Unies étant venues réaffirmer les obligations des États en matière de droits humains. Lors de la conférence de Téhéran par ailleurs, les États affirmaient déjà que les membres de la communauté internationale, et pas seulement les États, ont « un devoir impérieux » de promouvoir et d'encourager le respect de leurs obligations en matière de droits humains<sup>44</sup>, alors qu'à la conférence mondiale sur les droits humains tenue à Vienne en 1993 ils réaffirmaient au paragraphe premier « l'engagement solennel [...] de s'acquitter et de promouvoir le respect universel, l'observation et la protection de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous »<sup>45</sup>.

39. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *La nature des obligations des États Parties*. Observations générale n° 3, Doc. N.U. E/C.12/1991/8.

40. Ces obligations ont été encore rappelées in Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit à une nourriture suffisante*. Observation générale n° 12, Doc N.U. E/C.12/1999/5, § 15 et s.

41. « Ainsi, un État Partie, dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ». Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *La nature des obligations des États Parties*, supra note 39, § 10.

42. OAS, IACHR, 85th Sess., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, OR OEA/Ser.L/V.II.85 Doc.9 (1994) at « *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights in the Region* », pp. 519-534. Il est ainsi mentionné que les États ont l'obligation, quel que soit leur niveau de développement économique, de garantir un seuil minimal des droits contenus dans la déclaration et la convention américaine des droits de l'homme. De plus, « l'engagement des États à prendre des mesures afin de réaliser progressivement la pleine réalisation des droits économiques, sociaux et culturels exige une utilisation effective des ressources disponibles afin de garantir un standard de vie minimum pour tous » [notre traduction].

43. La Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail a, par exemple, réaffirmé « que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux », 18 juin 1998, *ILM*, 1998, p. 1233.

44. *Proclamation de Téhéran*, supra note 11, § 13.

45. *Déclaration et programme d'action de Vienne*, supra note 13, § 1<sup>er</sup>.

### 3. Les mécanismes de sanction et d'application

Sur la scène internationale, les mécanismes de contrôle des droits humains sont fondés à la fois sur la Charte des Nations Unies et sur des traités internationaux et régionaux.

En vertu des articles 62-2<sup>46</sup> et 68<sup>47</sup> de la Charte des Nations Unies, le Conseil économique et social (ÉCOSOC) a une responsabilité particulière en matière de droits humains. Conformément à ces dispositions il a créé la Commission des droits de l'homme<sup>48</sup>, qui constitue actuellement le principal organe onusien en la matière. Deux procédures – la procédure 1235<sup>49</sup> et la procédure 1503<sup>50</sup> – autorisent la Commission, ainsi que sa Sous-commission, à examiner les pétitions qu'elle reçoit sur des situations « qui semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et systématiques, [...], des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>51</sup>. Après un examen des observations du gouvernement intéressé, elle peut décider de faire elle-même une étude approfondie et de présenter un rapport confidentiel assorti de recommandations à l'ÉCOSOC. Elle peut aussi décider de créer un « comité spécial d'enquête ». L'enquête est cependant subordonnée au consentement de l'État<sup>52</sup>. Le président de la Commission dévoile en séance publique les noms des pays qui font l'objet d'un examen au titre de la procédure 1503, mais les dossiers restent confidentiels<sup>53</sup>. Enfin, l'ÉCOSOC peut adresser les recommandations reçues aux États. Il ne s'agit toutefois que de procédures « politiques », en ce sens que les décisions et recommandations qui peuvent éventuellement être adoptées, dépendent en dernier ressort de la Commission et du Conseil économique et social, composés tous les deux d'États membres des Nations Unies.

Les traités internationaux en matière de droits humains, quant à eux, prévoient généralement deux types de contrôle : un système de rapports et un système de pétitions/communications. Actuellement, une grande partie des mécanismes onusiens combine les deux<sup>54</sup>. Les systèmes de pétition fondés sur des traités internationaux sont cependant facultatifs pour les États parties, n'ont pas de caractère obligatoire et ne peuvent être utilisés qu'après avoir épuisé tous les recours internes disponibles<sup>55</sup>.

Ainsi, en ce qui a trait au PIDESC, le seul mécanisme de contrôle existant est l'examen par un comité des droits économiques et sociaux<sup>56</sup> des rapports que les États s'engagent à présenter<sup>57</sup>, deux ans après leur ratification du traité,

46. Le CES « peut faire des recommandations en vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous », article 62, § 2 de la Charte des Nations Unies, *supra* note 5.

47. « Le Conseil économique et social institue des commissions pour les questions économiques et sociales et le progrès des droits de l'homme [...] » (article 68 de la Charte des Nations Unies, *supra* note 5).

48. Résolution 5 (I) du Conseil économique et social du 16 février 1946.

49. Résolution 1235 (XLII) du Conseil économique et social du 6 juin 1967.

50. Résolution 1503 (XLVLLL) du Conseil économique et social du 27 mai 1970, modifiée par la résolution 2000/3 du Conseil économique et social du 16 juin 2000.

51. *Ibid.*, § 1<sup>er</sup>.

52. *Ibid.*, § 6, b).

53. Résolution 2000/3 du Conseil économique et social du 16 juin 2000, § 7, c).

54. Exceptés le comité des droits économiques et sociaux et celui des droits de l'enfant, tous les autres peuvent recevoir des plaintes de particuliers ou d'organisations non gouvernementales.

55. Article 41, c) du PIDCP, article 23 de la convention contre la torture, article 14 de la convention sur l'interdiction des discriminations, article 4 du protocole facultatif à la convention sur l'interdiction des discriminations à l'égard des femmes.

56. Créé par le Conseil économique et social en 1985.

57. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *supra* note 15, article 16.2.

puis tous les cinq ans. Ces rapports doivent préciser les mesures législatives, judiciaires, politiques et autres que les États ont prises afin d'assurer la jouissance des droits énoncés dans le pacte. L'efficacité du contrôle du Comité est très limitée<sup>58</sup>. Celui-ci ne dispose d'aucun mécanisme contraignant, si ce n'est la publication de ses conclusions<sup>59</sup>. Le suivi du PIDCP est un peu plus développé. Le pacte institue à l'article 29 un « Comité des droits de l'homme » et prévoit deux procédures de contrôle. La première est une procédure d'examen des rapports établis par les États Parties<sup>60</sup> identique à celle prévue par le PIDESC. La seconde est une procédure qui permet d'accuser un État, que ce soit à la suite d'une plainte d'un autre État, ou à la suite d'une communication individuelle, à condition que l'État ait reconnu la compétence du comité<sup>61</sup> et, bien sûr, que tous les recours internes possibles aient été épuisés. Par ailleurs, en plus des mécanismes de contrôle des pactes internationaux, quatre organes de suivi surveillent l'application de conventions spécifiques : le comité pour l'élimination de la discrimination raciale<sup>62</sup>, le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes<sup>63</sup>, le comité contre la torture<sup>64</sup> et le comité des droits de l'enfant<sup>65</sup>. Tous ces comités ont essentiellement pour fonction d'examiner les rapports des États parties à ces conventions, de faire part de préoccupations ou d'observations, voire de formuler des recommandations qui ne sont pas contraignantes.

Au sein de l'Organisation internationale du travail, la mise en œuvre des conventions est assurée par deux mécanismes distincts ; un système de rapports

---

58. De fait, selon l'Observation générale n° 1 adoptée par le Comité, « [l]es obligations en matière de présentation de rapports [...] ont d'abord pour but d'aider chaque État Partie à s'acquitter des obligations de fond que lui donne cet instrument et, ensuite, de fournir au Conseil, assisté du Comité, une base lui permettant de s'acquitter de ces responsabilités dans les deux domaines suivants : contrôler la façon dont les États Parties donnent suite à ces obligations et faciliter la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, conformément aux dispositions du Pacte ». Comité des droits économiques et sociaux, *Rapport des États Parties*. Observation n° 1, Doc. N.U. E/1989/22 (1989), § 1<sup>er</sup>.

59. Il est arrivé que le Comité ait conclu à des violations des dispositions du pacte et ait demandé aux États parties d'y mettre fin. Par exemple, le Comité n'a pas hésité à considérer « inacceptable l'inaction » du gouvernement de Hong Kong en ce qui a trait au traitement des réfugiés vietnamiens (E/1995/22§ 293 – (Hong Kong)) mentionné dans R. SODINI, « Le comité des droits économiques, sociaux et culturels », Paris, Montchrestien, *Perspectives internationales*, n° 18, 2000, p. 91.

60. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 14, article 40.

61. *Ibid.*, article 41.

62. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Rés 2106 A(XX) du 21 décembre 1965 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969, conformément aux dispositions de l'article 19). Le comité est habilité à recevoir des plaintes individuelles (article 8), du moins celles qui concernent les trente-huit États ayant accepté cette procédure (article 14), au 8 février 2002.

63. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, supra note 16 ; *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, proclamé par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 6 octobre 1999 [résolution A/RES/54/4]. Un comité de vingt-trois spécialistes, composé exclusivement de femmes, a été créé afin d'examiner les rapports présentés par les États Parties. Initialement ce comité ne pouvait pas recevoir des plaintes, mais un protocole facultatif adopté en 1999 concernant les requêtes individuelles est entré en vigueur en décembre 2000. Il a été ratifié, au 10 janvier 2003, par quarante-sept États.

64. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984 (entrée en vigueur : le 26 juin 1987, conformément aux dispositions de l'article 27, § 1<sup>er</sup>). Le comité contre la torture peut examiner, à huis clos, les communications qui lui sont soumises par des particuliers s'estimant victimes de la violation de dispositions de la convention par un des cinquante États parties (au 10 janvier 2003) qui ont expressément reconnu sa compétence. Par ailleurs, il peut aussi mener des enquêtes confidentielles lorsqu'il dispose d'informations dignes de foi, faisant état d'actes de torture pratiqués dans un État partie.

65. *Convention relative aux droits de l'enfant*, supra note 17. Le comité n'est pas habilité à recevoir des plaintes.

réguliers et des procédures contentieuses<sup>66</sup>, plaintes ou réclamations. Rappelons brièvement que la ratification d'une convention de l'OIT oblige, d'une part, les États à remettre un rapport annuel sur les mesures prises afin d'assurer l'exécution de la convention ou de donner effet aux recommandations<sup>67</sup> et implique, d'autre part, la mise en œuvre de procédures contentieuses qui peuvent mener la Conférence générale à appliquer « telle mesure qui lui paraîtra opportune »<sup>68</sup> pour assurer le respect des obligations prévues par les conventions. Ces mesures ne sont toutefois pas définies, même s'il est précisé que l'OIT n'est pas en droit d'expulser ou de suspendre un État fautif<sup>69</sup>. Si de toutes les organisations universelles, ces procédures de contrôle et d'application sont considérées par certains comme « les plus perfectionnées »<sup>70</sup>, il convient de souligner que l'Organisation ne dispose d'aucun moyen de contraindre un État à se soumettre à ses conclusions. Le seul mécanisme dont elle dispose demeure la publication d'une liste contenant le nom des États dont les manquements sont répétés ou particulièrement flagrants<sup>71</sup>.

Dans la région des Amériques, deux types de mécanismes doivent être distingués ; ceux qui sont créés afin de faire respecter des traités relatifs aux droits humains et ceux qui complètent des accords régionaux ou bilatéraux. La convention américaine possède un double mécanisme de contrôle. Un premier qui s'effectue par la Commission des droits de l'homme et un second par la Cour inter-américaine. Bien que la Commission soit compétente pour être saisie des pétitions individuelles<sup>72</sup> (à condition, bien sûr, que les États visés par celles-ci aient accepté sa compétence) pouvant mener, en l'absence de règlement à l'amiable, à la publication d'un rapport exposant les faits de la cause et ses conclusions<sup>73</sup>, elle se heurte, comme la majeure partie des institutions en charge du respect des droits humains, à de nombreux obstacles dans l'exécution de sa mission<sup>74</sup>.

66. Voy. les articles 24 et 25 de la constitution de l'OIT. Ces articles prévoient que les organisations de travailleurs ou d'employeurs peuvent saisir le Conseil d'administration de l'OIT de réclamations contre le non-respect par un État d'une convention à laquelle il est partie. Un mécanisme spécial de protection de la liberté syndicale, institué en 1950, est venu renforcer ces dispositions. Il permet aux États membres et aux organisations d'employeurs et de travailleurs de saisir le Comité de la liberté syndicale d'une plainte contre tout État membre ne respectant pas cette liberté, même si celui-ci n'a pas ratifié les conventions pertinentes.

67. *Constitution de l'OIT*, art. 22

68. *Ibid.*, art. 33

69. Il a cependant fallu attendre quatre-vingts ans pour voir la première application de l'article 33. Ce fut à l'encontre de la Birmanie en juin 2000 afin d'obtenir qu'elle mette en œuvre les recommandations d'une commission d'enquête dont le rapport avait établi l'existence de graves violations de la convention n° 29 sur le travail forcé. La conférence a ainsi adopté une résolution qui demande aux États parties, ainsi qu'à d'autres organisations internationales dont l'ECOSOC, de revoir leurs relations avec la Birmanie afin qu'elles ne puissent contribuer à perpétuer la situation de travail forcé et de collaborer, autant que possible, à la mise en œuvre des recommandations de la commission d'enquête. Voy. F. MAUPAIN, « Mondialisation de l'économie et universalité de la protection des droits des travailleurs », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme - Les droits de l'homme à l'épreuve de la Globalisation des échanges économiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.132 et P. BOLLÉ, « Perspectives : le contrôle des normes du travail et les droits de l'homme. L'exemple du travail forcé au Myanmar (Birmanie) », *Rev. int. trav.*, 1998, pp. 419-438.

70. P. DAILLIER, et A. PELLET, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 227.

71. *Rapport général de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, 2003, (CEACR Rapport général) Session de la Conférence : 91[ <http://www.ilo.org/ilolex/french/ceacreprsq.htm>].

72. En 2002 la Commission avait reçu 4651 pétitions (contre 718 en 2001). Parmi celles-ci, 3785 proviennent d'Argentine dont la quasi-totalité (3635) ont trait aux mesures prises par le gouvernement dans le système bancaire, « corralito ». Voy. l'*Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc.7, 1<sup>er</sup> mars 2003.

73. Articles 41 et 51 de la convention et articles 18 et 46 du règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

74. Voy. notamment l'article 46 de la convention, relatif à l'épuisement des voies de recours internes.

« Elle ne dispose, par exemple, d'aucun moyen d'action lorsqu'un État lui refuse l'entrée sur son territoire aux fins d'y examiner la situation des droits de l'homme. De plus, la Commission fait l'objet de critiques de la part de certains États qui mettent en cause le nombre relativement limité de ses membres qui s'élève à sept. [...] Il faut ajouter à cela le manque de moyens financiers de la Commission »<sup>75</sup>.

Ainsi, dans son rapport 2002<sup>76</sup>, la Commission constate que sur les quarante-cinq recommandations publiées en 2000 et 2001, seules celles qui ont été adoptées dans deux cas furent suivies par les États intéressés<sup>77</sup>. La Commission ou un État Partie peuvent aussi saisir la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui, comme la Commission<sup>78</sup>, peut demander l'adoption de mesures provisoires<sup>79</sup> et a compétence pour trancher les litiges inter-étatiques qui lui sont soumis en ordonnant la garantie des droits violés et, le cas échéant, la réparation des conséquences de la violation<sup>80</sup>. Toutefois, même si ces décisions sont toujours suivies d'effets, son activité contentieuse reste limitée<sup>81</sup>. En ce sens, on peut souligner que la Cour ne pourra exercer sa compétence à l'encontre d'un État à la suite d'une violation d'un droit protégé qu'après que l'État concerné ait donné son consentement exprès à au moins trois occasions. Enfin, le protocole de San Salvador, protocole additionnel à la convention interaméricaine des droits de l'homme entré en vigueur le 16 novembre 1999<sup>82</sup>, protège un nombre très important de droits économiques et sociaux. Deux systèmes de contrôle sont prévus : une procédure de rapport et une procédure de plainte individuelle<sup>83</sup>, cette dernière n'étant applicable qu'aux violations des droits syndicaux (article 8) et du droit à l'éducation (article 13).

Pour ce qui concerne les accords institués en parallèle à des accords régionaux<sup>84</sup>, une mention particulière doit être faite de l'accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement<sup>85</sup> (ANACE) et de l'accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail<sup>86</sup> (ANACT). Conclues entre le Canada, les États-Unis et le Mexique en parallèle à l'ALÉNA, ces accords visent à protéger certains droits humains relatifs au travail et à l'environnement. Ces deux accords prévoient des mécanismes de protection relativement

75. B. SANTASCOY, « La protection des droits de l'homme dans le continent américain : référence spéciale au cas d'Haïti et Cuba », *RQDI*, 2000, p. 7.

76. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc.7, 1<sup>er</sup> mars 2003, § 109.

77. Rapports n° 103/01 *María Merciadri de Morini*, Case 11.307 (Argentine) et n° 107/00 *Valentín Carrillo Saldaña*, Case 11.808 (Mexique).

78. Article 25 du règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

79. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, supra note 25, article 63.2.

80. *Ibid.*, article 63.1.

81. Henry J. STEINER et P. ALSTON, *International Human Rights in Context*, 2<sup>ème</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 868-920.

82. *Protocole additionnel à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*, supra note 26.

83. *Ibid.*, article 18.

84. Parmi les mécanismes que nous n'examinerons pas, il convient de mentionner l'accord instituant le *Marché Commun du Sud* (Mercosur), l'*Accord de libre-échange Canada-Chili* (ALECC) ou encore la *Charter of Civil Society of the Caribbean Community* (CARICOM) qui tous contiennent des mécanismes particuliers de contrôle de certains droits humains. Excepté l'*Accord de libre-échange Canada-Chili*, qui dispose d'un mécanisme de contrainte très proche de celui de l'ANACT, les autres ne disposent que d'un pouvoir de recommandation. On soulignera que la Charte relative au CARICOM, ainsi que l'ALECC, qui permettent tous les deux le dépôt de plainte, n'ont pour l'instant jamais été saisis.

85. *North American Agreement on Environmental Cooperation*, Sept.14, 1993, Can-Mex-U.S., *ILM* 1993, p. 1480.

86. *North American Agreement on Labor Cooperation*, Sept 14., 1993, Can.-Mex-U.S., *ILM* 1993, p. 1499.

similaires. Pour les besoins du présent article, une attention spéciale doit être prêtée aux mécanismes prévus par l'ANACT.

La particularité de ce système tient en ce que tout ressortissant d'un des trois États parties qui estime qu'une loi du travail en vigueur dans un *autre* État partie n'est pas appliquée de façon transparente et efficace peut déposer une plainte. Le processus de traitement des plaintes comprend quatre niveaux principaux : le bureau administratif national (BAN), les consultations ministérielles, le comité évaluatif d'experts (CÉE) et le groupe spécial arbitral (GSA). Toutefois, seuls certains des principes énoncés dans l'accord peuvent être contestés devant le groupe spécial arbitral, seule instance compétente pour imposer des sanctions. Les plaintes concernant les autres principes ne peuvent être introduites que devant le BAN et pour certains principes devant la CÉE et le GSA. Ces trois institutions ne disposent d'aucun pouvoir réellement contraignant. Les consultations ministérielles peuvent toutefois faire l'objet de recommandations et le CÉE peut, à certaines conditions, publier son rapport final<sup>87</sup>.

Pour ce qui concerne le groupe spécial arbitral, il faut tout d'abord souligner que sa compétence *rationae materiae* est limitée. En effet, seules les normes techniques du travail concernant la santé et la sécurité au travail, le travail des enfants ou le salaire minimum, ayant un lien avec le commerce et couvertes par les lois du travail mutuellement reconnues peuvent être prises en considération<sup>88</sup>. Par ailleurs, seules les violations systématiques des lois nationales peuvent être sanctionnées<sup>89</sup>. Enfin, même si la preuve d'une violation systématique est faite, différents mécanismes consultatifs et diplomatiques sont prévus afin d'éviter une sanction du GSA. Ce n'est qu'en dernier recours et à la suite d'un processus décisionnel très long<sup>90</sup> et complexe, que le GSA pourra imposer des compensations monétaires pour non-application<sup>91</sup>. Ces sanctions n'engagent cependant que la responsabilité de l'État et n'ont donc aucune conséquence directe ni pour les entreprises responsables ni pour le plaignant<sup>92</sup>. Ce dernier ne dispose, par exemple, d'aucun droit à réparation ou compensation. À l'inverse, un investisseur, en vertu du chapitre 11, peut obtenir auprès des États parties une telle compensation. En octobre 2003, vingt-six communications ont été déposées à l'un des trois BAN<sup>93</sup>, mais aucune n'a atteint le stade du CÉE ou du GSA<sup>94</sup>.

En ce qui concerne le mécanisme prévu par l'ANACE, on se limitera à mentionner que la commission de coopération environnementale d'Amérique du Nord (CCE) peut recevoir des plaintes du public, lesquelles, à certaines condi-

87. Pour une analyse des impacts positifs du mécanisme, voy. E. MAZUYER, « Labor Regulation and Trade : Labor Regulation in The North American Free Trade Area : A Study on the North American Agreement on Labor Cooperation », *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2001, pp. 250-255.

88. *North American Agreement on Labor Cooperation*, *supra* note 86, article 29.

89. *Ibid.*, article 49.1.

90. Selon certains auteurs, entre la première étape et l'application de la sanction économique il s'écoulerait quatre ans. Voy. M. MADUENO et N. BINSSE-MASSE, *L'accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT) est-il une institution adéquate en vue d'assurer le respect des droits relatifs au travail ?*, Cahiers de recherche – CEIM, Observatoire des Amériques, Mars 2003, [<http://www.ceim.uqam.ca>].

91. Article 39.4.b. et article 39.5.b. Le mécanisme n'est toutefois pas applicable au Canada. L'annexe 41A de l'accord prévoit un mécanisme particulier à cet égard.

92. On soulignera toutefois deux exceptions : BAN États-Unis Communication 9601 (SUTSP/ Fishing Ministry) et BAN États-Unis 9702 (Yale/INS-Department of Labor). Dans le premier cas, le syndicat dissout a pu continuer son action et dans le second le syndicat a obtenu le droit de négociation.

93. Quinze contre le Mexique, neuf contre les États-Unis et deux contre le Canada.

94. Commission de coopération dans le domaine du travail, *Sommaire des communications du public*, octobre 2003, disponible sur le site de la Commission [[http://www.naalc.org/french/pdf/pcommtable\\_fr.pdf](http://www.naalc.org/french/pdf/pcommtable_fr.pdf)].

tions très strictes, peuvent déboucher sur la création d'un dossier factuel qui est rendu public<sup>95</sup>.

Ainsi, il apparaît que malgré un contenu normatif appréciable et de nombreux mécanismes de contrôle, la mise en œuvre des droits humains est grandement compromise par les lacunes concernant la justiciabilité de ceux-ci et la faiblesse relative des mécanismes d'application et de sanction. Or, si les États sont particulièrement soucieux de conserver le monopole de l'action en justice et des mécanismes de contrainte en matière de droits humains, un tel souci se manifeste différemment en matière d'investissements.

### B. *Les droits de l'investisseur (l'exemple de l'ALÉNA)*

La CNUCED a répertorié, dans son dernier rapport annuel sur l'investissement dans le monde, deux mille deux cent cinquante-six traités bilatéraux d'investissements (TBI) en vigueur à la fin de l'année 2002<sup>96</sup>. Ces traités ont commencé à être mis en place à partir de la toute fin des années cinquante, afin de créer un cadre légal international plus stable pour les investissements. Dans les Amériques, c'est principalement à partir des années quatre-vingt que ce type d'instrument a commencé à être utilisé. Dans cette région, la plupart de ces traités intègrent les mêmes principes, à savoir le traitement national et celui de la nation la plus favorisée, des normes favorisant les transferts de capitaux, l'interdiction d'imposer des obligations de résultat aux investisseurs, la réglementation des mesures d'expropriation et de nationalisation, et la mise en place de mécanismes de règlements des différends permettant aux investisseurs de recourir au droit international.

Plusieurs accords de libre-échange contiennent également de telles normes. L'exemple le plus connu est sûrement le chapitre sur l'investissement (le chapitre 11) de l'accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)<sup>97</sup>. Les normes 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, ainsi qu'à celles de plusieurs accords de libre-échange, notamment celui qui fut conclu entre le Canada et le Chili ou par le Mexique avec la Colombie et le Venezuela. Ces différents accords sont suffisamment proches pour qu'on puisse leur appliquer les conclusions qui se dégagent d'une analyse du chapitre 11 de l'ALÉNA.

#### 1. *Le contenu normatif*

Le chapitre sur l'investissement de l'ALÉNA offre une définition très large de l'investissement, ce terme désignant autant une entreprise ou un titre de participation à une entreprise qu'un titre de créance d'une entreprise, un prêt à une entreprise, ou un bien corporel ou incorporel (une marque de commerce, par exemple) acquis afin de réaliser un bénéfice économique. Le terme comprend également – et l'on verra l'importance de cette inclusion en abordant la question de la protection des droits humains en cas de crise financière – « un avoir dans

95. Au 10 février 2004, le secrétariat de la CCE avait reçu cinquante-deux communications qui ont débouché sur neuf dossiers factuels. Onze communications sont actuellement à l'étude et trente-deux ont été classées. *Communications des citoyens – État d'avancement*, Disponible sur le site de la Commission de la coopération environnementale [<http://www.cec.org/citizen/status/index.cfm?varlan=français>].

96. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2003*, Nations Unies, New York, Genève, 2003, p. 8.

97. *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, *R.T. Can* 1994, n° 2, entrée en vigueur le 1er janvier 1994 (ci-après ALÉNA).

une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise »<sup>98</sup>, c'est-à-dire les investissements de porte-feuille. Ainsi, presque tous les types d'entreprise ou d'investissement se trouvent protégés par les droits conférés par ce chapitre.

L'accord oblige les parties à offrir le traitement national et celui de la nation la plus favorisée aux investisseurs étrangers. Comme dans tous les traités bilatéraux d'investissement, ce standard s'applique après l'établissement de l'investissement. L'ALÉNA stipule toutefois (comme une bonne partie des autres traités bilatéraux d'investissement) que les États doivent aussi l'accorder *lors de l'établissement* de l'investissement ce qui signifie, on le conçoit sans peine, « un régime de porte ouverte aux investisseurs étrangers, sauf à prévoir des exceptions et des mesures de sauvegarde »<sup>99</sup>.

L'article 1105 de l'ALÉNA, qui a pour titre « norme minimale de traitement », demande aux parties d'offrir aux investissements des autres parties : « un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale »<sup>100</sup>. Cet article, destiné à combler les « trous » qui pourraient exister dans l'accord<sup>101</sup>, comporte un contenu extrêmement imprécis sur lequel aucun consensus ne se dégage ni dans la doctrine, ni dans les diverses décisions touchant à cette question. À titre d'exemple, jusqu'à 2001, on ne s'entendait pas sur la question à savoir si le traitement juste et équitable à accorder est l'équivalent de la règle coutumière de norme minimale de traitement – elle-même ayant un contenu indéterminé jusqu'à ce jour – ou va plus loin que celle-ci. Dans la décision *S.D. Myers c. Canada*, le tribunal arbitral donne à cette question une réponse ambiguë. Rappelons que dans cette affaire, la compagnie américaine se plaignait de mesures temporaires que le Canada avait prises et qui l'empêchaient d'importer aux États-Unis les déchets de BPC canadien pour les traiter dans son usine de décontamination, un bureau que S.D. Myers avait ouvert au Canada lui permettant de jouir du statut d'« investisseur » même si son usine était située en Ohio. Dans un premier temps, les arbitres ont fait remarquer que les phrases « traitement juste et équitable » et « protection et sécurité intégrales » ne pouvaient être lues isolément sans prendre en considération le début de la phrase : « un traitement conforme au droit international »<sup>102</sup>, ce qui laisse supposer au lecteur que le tribunal considérerait les termes comme équivalents. Par contre, quelques paragraphes plus loin, les arbitres ont affirmé que « [d]ans certains cas, la violation d'une règle spécifique de droit international par un État hôte n'est pas décisive pour déterminer si un investisseur a été privé du 'traitement juste et équitable'<sup>103</sup>, ce qui laisse présumer au contraire que les deux règles n'ont pas exactement la même portée. Finalement, le tribunal reconnaît une violation de l'article 1105 sur la base que la violation d'un autre article – en l'espèce l'article 1102 concernant le

98. *Ibid.*, art. 1139.

99. Ch. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, p. 12.

100. ALÉNA, *supra* note 97, art. 1105.

101. Concernant les « trous » de l'accord, voy. *S.D. Myers contre le Canada, première décision partielle*, CNUDCI, (2000) (arbitres : B.P. SCHWARTZ, E.C. CHIASSON, J.M. HUNTER) § 259 où on explique que cet article vise à protéger les investisseurs étrangers contre un traitement qui serait injurieux ou injuste, mais non discriminatoire par rapport aux investisseurs nationaux ou, en d'autres mots, à établir un plancher sous lequel le traitement des investisseurs étrangers ne peut tomber.

102. *Ibid.*, § 262.

103. *Ibid.*, § 264 (notre traduction).

traitement national – était suffisante pour déterminer celle de l'article 1105<sup>104</sup>.

Peu après, c'était au tour du panel dans *Pope & Talbot c. Canada*<sup>105</sup> de se pencher sur la question. Rappelons que ce différend est apparu suite à l'application d'un accord avec les États-Unis qui prévoyait l'imposition de quotas d'exportation de bois d'œuvre vers ce pays en provenance de certaines provinces canadiennes. L'administration canadienne était tenue de superviser la division, entre les provinces et autres exportateurs, des droits d'exportation de bois d'œuvre vers les États-Unis. L'investisseur soutenait que cette division avait été réalisée de manière discriminatoire et que le Canada s'était ainsi rendu coupable de violation de divers articles de l'ALÉNA et particulièrement de ses articles 1105 et 1110 relatifs à l'expropriation. En ce qui concerne l'article sur la norme minimale de traitement, le tribunal, s'appuyant principalement sur la doctrine, a jugé que le traitement juste et équitable allait plus loin que la règle coutumière de norme minimale de traitement<sup>106</sup>. Cependant, le tribunal n'a retenu les arguments de l'investisseur que concernant un seul des sept comportements spécifiques du Canada dont il se plaignait et qui aurait apparemment violé le contenu de l'article, rejetant la majeure partie de l'argumentation de l'exportateur de bois d'œuvre. Or, c'est en réaction directe à ces différentes interprétations que la commission du libre-échange de l'ALÉNA, dont les notes d'interprétation ont valeur obligatoire entre les parties, a au contraire affirmé que les dispositions de l'article 1105 « ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers » et que « [l]a constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALÉNA ou d'un autre accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105(1) »<sup>107</sup>. Si, en apparence, ce recours au droit coutumier peut paraître rassurant, il est à remarquer une fois de plus qu'un consensus demeure introuvable au sujet de son contenu et que la liberté laissée aux arbitres au moment de leur décision demeure extrêmement large.

Un second cas d'indétermination de cette règle ressort de la sentence arbitrale et de la décision de la Cour suprême de la Colombie britannique concernant le différend *Metalclad c. Mexique*. C'est à la suite de l'achat d'une entreprise mexicaine d'enfouissement de déchets par l'investisseur, Metalclad, que le différend est survenu. Alors que ce dernier prétendait qu'il avait reçu au moment de l'achat de l'entreprise mexicaine l'assurance d'agences fédérales qu'il possédait bien tous les permis nécessaires à la construction et à l'utilisation du site, la municipalité de Guadalcazar, où était situé celui-ci, lui en a refusé l'exploitation sous prétexte qu'il ne possédait pas les permis municipaux nécessaires, permis qu'elle a refusé de lui délivrer à deux reprises. Peu après le début des procédures menées conformément au mécanisme additionnel du CIRDI, l'État fédéral de San Luis Potosi a fait de la région où était situé le site une zone de protection de cactus rares, empêchant par le fait même une série d'activités dont celles menées par Metalclad. Devant le tribunal, l'entreprise a prétendu que les mesures prises par la municipalité et l'État fédéré étaient contraires aux arti-

104. *Ibid.*, § 266.

105. *Pope & Talbot contre le Canada, Second 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](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf)], (arbitres : L. DERVAIRD, B.J. GREENBERG et M.J. BELMAN), §§ 105 à 185, et spécialement 105 à 118.

106. *Ibid.*, § 113.

107. Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001.

cles 1105 et 1110 précités. Concernant la norme minimale de traitement, le tribunal arbitral a expliqué qu'il fallait interpréter l'article 1105 à l'aide de l'article 102(1) qui spécifie les objectifs généraux de l'accord, dont la transparence. Le traitement juste et équitable intégrerait donc, selon le tribunal arbitral, une exigence de transparence des États envers les investisseurs, exigence que les deux instances infra-étatiques mexicaines n'ont pas remplie, engageant ainsi la responsabilité internationale du Mexique<sup>108</sup>. Peu après cependant, le Mexique a demandé à la Cour Suprême de la Colombie britannique, province du Canada où le tribunal arbitral avait siégé, de réviser la décision<sup>109</sup>. Dans son jugement, cette cour a rappelé que la partie B du chapitre 11 établit un mécanisme de règlement des différends portant sur les obligations de la partie A du même chapitre, ainsi que sur deux articles du chapitre 15 qui porte sur la concurrence. Critiquant la sentence rendue dans l'affaire *Pope & Talbot*, ainsi que l'opinion séparée d'un des arbitres dans la décision *Myers*, elle a conclu qu'il n'existait pas d'obligation de transparence dans l'article 1105<sup>110</sup>. Dès lors, puisque le tribunal arbitral s'est appuyé sur un article – l'article 102 – ne faisant pas partie des chapitres 11 ou 15 et que son jugement a eu comme résultat de créer de nouvelles obligations à l'intérieur de l'article 1105, il a excédé les termes de la demande qui lui était présentée. La Cour a partant annulé la partie de la décision qui touchait à la norme minimale de traitement.

Il faut souligner, en se réservant de revenir sur ces ambiguïtés, que bien souvent les États, lorsqu'ils adoptent des mesures ayant comme objectif la mise en œuvre des droits humains, sont incapables de prédire si ces mesures seront ou non jugées contraires aux obligations émanant de l'ALÉNA. Puisque les mécanismes de sanctions sont plus efficaces dans le régime de droit commercial<sup>111</sup> que dans celui des droits humains et que les compensations exigées lors de violations d'obligations commerciales peuvent être extrêmement importantes, il y a de fortes chances pour que les États adoptent un comportement extrêmement timoré lors de l'adoption de mesures visant à mettre en œuvre les droits humains.

L'ALÉNA interdit également à ses Parties d'imposer des obligations de résultat aux investisseurs étrangers. Plus spécifiquement, il leur interdit d'imposer aux investisseurs 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<sup>112</sup> ».

108. *Metalclad v. United States of Mexico Final Award* (Cas CIRDI n° ARB(AF)/97/1, (2000) (arbitres : E. LAUTERPACHT, B.R. CIVILETTI, J.L. SIQUEIROS), §§ 74 à 112.

109. *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664.

110. *Ibid.*, § 72.

111. Voy. *infra*, partie I.B.2.

112. ALÉNA, *supra* note 97, art. 1106 (1).

Cette interdiction pour les États de demander aux investisseurs d'atteindre un certain niveau de contenu national<sup>113</sup> ou d'acheter des produits et services nationaux signifie la perte d'un outil important pour faire en sorte que les activités économiques du secteur privé aient un impact positif sur le développement national 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 »<sup>114</sup>. Par ailleurs, l'accord oblige aussi les parties 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 »<sup>115</sup>.

L'ALÉNA met aussi en place des normes sur l'expropriation, normes qui ont déjà été utilisées à quelques reprises lors des réclamations introduites par les 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 découlait du concept anglo-saxon de *taking of property* et comprenait deux éléments, à savoir un acte de l'État et un *transfert de propriété*<sup>116</sup>. À l'inverse, d'autres considéraient que le droit coutumier a toujours inclus parmi les expropriations celles qui sont indirectes ou « rampantes » (*creeping expropriations*)<sup>117</sup>, c'est-à-dire « les actions du gouvernement qui ont l'effet d'une prise de propriété, en tout ou en large partie, catégoriquement ou par étape »<sup>118</sup>, au même titre que les transferts de propriété par l'État<sup>119</sup>. Cependant, on considérait généralement que certaines mesures étatiques ne donnaient pas lieu à indemnisation (par exemple celles qui concernaient la protection de l'environnement ou l'aménagement du territoire) et certains avançaient aussi que l'expropriation rampante devait découler d'une stratégie « délibérée » de l'État pour déposséder l'investisseur de son bien sans que le titre formel de propriété ne soit affecté<sup>120</sup>. Dans l'ALÉNA, l'article traitant de l'expropriation 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 [...] »<sup>121</sup>.

113. 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. Voy. *ibid.*, art. 1106.

114. Voy. aussi la *Déclaration et programme d'action de Vienne*, *supra* note 13, § 11.

115. ALÉNA, *supra* note 97, art. 1109 (1).

116. Voy. J.P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, qui explique cette conception à la page 161.

117. L'idée même que ces deux termes, expropriations *indirectes* et expropriations *rampantes*, soient des équivalents ne fait même pas consensus.

118. *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, ¶ 712 (1987) (notre traduction).

119. À ce sujet, voy. notamment C.N. BROWER et L.A. STEEVEN, « Who Then Should Judge ? : Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11 », *Chi. J. Int'l L.*, 2001, vol.2, pp. 193 et s. et M. ROMERO JIMENEZ, « Considerations of NAFTA Chapter 11 », *ibid.*, pp. 243 et s.

120. Voy. le document de l'OCDE : *L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans la législation relative à l'investissement international*, (DAFFE/IME(2002)5/REV2), 12 décembre 2003, aux pp. 4 et 5 où est revue la position de plusieurs auteurs, dont Brownlie, Dolzer et Higgins.

121. ALÉNA, *supra* note 97, art. 1110 (1).

De l'ajout des termes « directement ou indirectement » et « équivalant à », il ressort clairement que l'expropriation indirecte entre dans la définition d'expropriation. Les nationalisations et les expropriations, directes ou indirectes, ainsi que les mesures considérées comme leur équivalent, sont donc permises, mais assorties de certaines conditions dont celle d'être accompagnées d'une indemnité. Cette indemnité devra « équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu [...] »<sup>122</sup>.

Cette « permission d'exproprier » et l'indemnisation qui doit être versée appellent trois observations.

a. Comme nous l'avons déjà souligné, une analyse de l'article selon le sens des mots montre bien que si les expropriations sont permises, ce n'est qu'accompagnées d'une compensation, *même si la mesure a été adoptée afin de respecter des engagements en matière de droits humains*. Comme un panel l'a précisé, « [s]i une mesure s'avère être une expropriation, une compensation est exigée *même si* la prise de possession (« *the taking* ») est à des fins d'intérêt public, non-discriminatoire et en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1) »<sup>123</sup>.

b. Il y a lieu de rappeler que le débat concernant le type et l'ampleur de la compensation fait rage au moins depuis les fameuses expropriations des intérêts de la Royal Dutch Shell et de la Standard Oil of New Jersey par le Mexique en 1937<sup>124</sup>. Depuis lors, ce débat a toujours opposé ceux qui réclament une indemnité égale à la valeur marchande de l'actif exproprié, et ceux qui jugent approprié de considérer également les circonstances particulières à chaque expropriation, telles que les motifs de l'action gouvernementale (le respect d'obligations relatives aux droits humains ou au droit de l'environnement, par exemple) ou la capacité étatique de payer cette indemnité. L'expropriation calculée selon « la juste valeur marchande » répond évidemment à la première logique.

c. La définition même de l'expropriation est relativement vague, plusieurs ont exprimé des craintes que cet article soit utilisé afin d'empêcher les États d'adopter des règles dans le domaine, par exemple, du droit du travail et du droit de l'environnement. Certaines décisions des panels arbitraux formés en vertu de l'ALÉNA ont eu à se pencher sur cette question. On en retiendra deux conclusions.

i) Premièrement, la norme définissant l'expropriation prenant la forme d'un standard général plutôt que d'une règle bien précise, il en résulte que les panels arbitraux ont une très grande marge de manœuvre lorsque vient le moment de décider si une mesure étatique constitue ou non une expropriation et, partant, justifie ou non une indemnisation<sup>125</sup>. Cette liberté laissée aux arbitres explique

122. *Ibid.*, art. 1110 (2) (nos italiques).

123. *Marvin Feldman v. Mexico* (Cas CIRDI n° ARB(AF)/99/1), (2002) (arbitres : K.D. KERAMEUS, J. COVARRUBIAS BRAVO, D.A. GANTZ) § 98 (notre traduction, nos italiques). Dans cette affaire, l'investisseur se plaignait du fait qu'il avait apparemment été empêché de profiter de certaines réductions fiscales accordées à quelques uns de ses concurrents.

124. C'est suite à ces événements que le secrétaire d'État américain Cordell Hull a exigé une compensation « prompte, adéquate et effective », donnant lieu à la fameuse « doctrine Hull » ; voy. G.L. SANDRINO, « The NAFTA Investment Chapter and the Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective », *Van J. Transnat'l L.*, 1994, vol. 27.2, pp. 259 et s., p. 291 et C.N. BOWER et L.A. STEEVEN, *supra*, note 119.

125. En sortant du cadre géographique américain, rappelons à titre anecdotique les deux décisions arbitrales *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final award*, 3 septembre 2001, disponible en ligne à la page [<http://www.mfcr.cz/static/Arbitraz/en/FinalAward.pdf>] et *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Partial award*, 13 septembre 2003, disponible en ligne à la page [<http://www.mfcr.cz/static/Arbitraz/en/PartialAward.pdf>] qui portaient sur les mêmes mesures de l'État tchèque, ont apprécié les mêmes arguments juridiques et ont reçu, en gros, les mêmes témoins, mais qui ont rendu des décisions à certains points de vue complètement contradictoires.

que les différentes plaintes portées en vertu du mécanisme investisseur-État de l'ALÉNA ont donné des résultats partiellement opposés. Il en résulte une ambiguïté à propos de la distinction entre une expropriation directe, d'une part, et une « mesure de régulation » ou un acte de « l'autorité publique », d'autre part. En premier lieu, le panel d'arbitres dans *S.D. Myers c. Canada* a fait remarquer qu'il fallait distinguer une expropriation d'une « mesure de régulation ». En effet, et même si des droits autres que les droits de propriété peuvent être expropriés, les mesures de régulation ne consistent pas en une expropriation et diffèrent en ce sens qu'elles constituent une interférence moindre à l'égard des droits de propriété que ne l'est une expropriation. Pour le panel, cette distinction permet de « réduire le risque que le gouvernement se voit être le sujet de poursuites concernant l'administration des affaires publiques »<sup>126</sup>. Dans la même veine, dans *Marvin Feldman c. Mexique*, le panel a considéré que « les gouvernements doivent être libres d'agir selon les intérêts publics en matière de protection de l'environnement, lors de la modification ou la mise en place de nouveaux régimes fiscaux, l'octroi ou le retrait de subventions gouvernementales, la réduction ou l'augmentation de barrières tarifaires (« *tariff levels* »), la réglementation en matière de zonage, etc. »<sup>127</sup>.

À l'inverse, dans *Pope & Talbot c. Canada*, et reprenant l'interprétation du *Third Restatement of the Foreign Relations Law of the U.S.*, il a été jugé que les actes de puissance publique (« *policy power* ») pouvaient être interprétés comme des expropriations et que cette catégorie *incluait* les mesures fiscales ou de régulation empêchant la jouissance effective des biens d'un étranger<sup>128</sup>. Le tribunal arbitral a même conclu que l'accès au marché des États-Unis constituait un intérêt de propriété (« *property interest* ») et était conséquemment protégé par l'article 1110<sup>129</sup>. Enfin, dans *Metalclad-Mexique*, les arbitres ont expliqué que l'expropriation :

« n'inclut pas seulement des prises de possession ouvertes, délibérées et connues, telles que des saisies illégales ou des transferts formels ou obligatoires de titres en faveur de l'État hôte, mais couvre aussi des interférences incidentes à l'égard de l'utilisation de la propriété ayant comme effet de priver le propriétaire du tout ou d'une part significative de l'utilisation ou des attentes de bénéfices économiques raisonnables liés à sa propriété même si l'action ne bénéficie pas de toute évidence à l'État »<sup>130</sup>.

Ces différentes interprétations montrent bien l'ambiguïté de la définition et la difficulté pour les États de prédire si une mesure gouvernementale envisagée pourrait constituer une expropriation ou non. Le statut des mesures fiscales constitue un bon exemple : alors qu'on les a exclues de la définition de l'expropriation dans *Melvin Feldman*, on les a incluses dans *Pope & Talbot*. On remarque aussi une tendance à élargir considérablement la définition du concept pour y inclure certaines mesures qui ne constituaient pas nécessairement une expropriation jusqu'à récemment.

126. *S.D. Myers contre le Canada, décision partielle, supra* note 101, §§ 279 et s., la citation § 282 (notre traduction).

127. *Marvin Feldman v. Mexico, supra* note 123, § 98 (notre traduction).

128. *Pope & Talbot contre le Canada, First Interim Award* (2000), en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international [<http://www.appletonlaw.com/cases/P&T-InterimAward.PDF>] arbitres : L. DERVAIRD, B. J. GREENBERG et M. J. BELMAN), § 99.

129. *Ibid.*, § 96.

130. *Metalclad v. United States of Mexico Final Award, supra* note 109, § 103 (notre traduction et nos italiques).

ii) Deuxièmement, il a été considéré au moins à deux occasions, qu'un impact minimum était requis pour qu'une mesure soit assimilée à une expropriation<sup>131</sup>, ce qui donne une certaine marge de manœuvre aux gouvernements ayant des obligations en vertu de tels accords. Toutefois, ce seuil d'impact n'étant pas défini, il existe là aussi une incertitude qui peut devenir paralysante pour les États voulant agir pour promouvoir ou faire respecter les droits humains, par exemple.

En résumé, non seulement les prises de possession mais aussi *possiblement* (possiblement parce que les différentes décisions ont, jusqu'à présent, donné des résultats divers) certains actes de puissance publique interférant accidentellement avec l'utilisation de la propriété privée d'un investisseur étranger (à la condition qu'un impact minimum à déterminer au cas par cas se fasse sentir), peuvent être considérés comme une expropriation et ce, même si la mesure est prise afin de préserver l'intérêt public. Ces actes devront donner lieu au versement d'une compensation de l'État à l'investisseur, cette compensation étant calculée en fonction de la juste valeur marchande de l'investissement exproprié.

On soulignera par ailleurs que ces dispositions apparaissent en totale contradiction avec les efforts développés par l'Assemblée générale des Nations Unies au milieu des années soixante-dix afin de remédier au déséquilibre existant entre les pays du Nord et du Sud. Celle-ci avait adopté, à la quasi-unanimité, la Charte des droits et devoirs économiques des États<sup>132</sup> qui, dans son article 2-2, prévoit que l'investissement international est soumis au contrôle de l'État souverain qui régleme en fonction de ses priorités nationales :

« Chaque État a le droit :

a) De réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers ;

b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales [...]

c) De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État [...] ».

Les pays occidentaux se sont toujours refusés à reconnaître à la résolution une quelconque force obligatoire. Ainsi, note Charvin, « alors que durant des siècles, ont été admises comme coutumes internationales, les pratiques imposées par les seules puissances européennes et que le droit international n'a été l'œuvre que d'une oligarchie d'États, la Charte adoptée par la quasi-totalité des États membres des Nations Unies, à l'exception d'un nombre très restreint, est considérée comme sans validité juridique »<sup>133</sup>. Or, en opposition avec la doctrine occidentale, on peut considérer que s'était :

131. *Pope & Talbot contre le Canada*, supra note 128, et *S.D. Myers contre le Canada*, décision partielle, supra note 101.

132. *Charte des droits et devoirs économiques des États*, résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974.

133. R. CHARVIN, supra note 36, p. 130.

« établie une *soft law* organisant le contrôle de l'investissement international comparable au *soft law* que prétend avoir inspiré l'OCDE en faveur de la liberté de ces mêmes investissements. La seule différence ne relève pas de la nature des normes, mais du fait que certaines ont pu être mises en œuvre (par la voie bilatérale ou multilatérale), tandis que d'autres n'ont pas pu l'être faute de forces suffisantes pour pouvoir utiliser les mêmes canaux »<sup>134</sup>.

## 2. Les mécanismes de sanction et d'application

Une des innovations les plus importantes des dix dernières années en droit international de l'investissement est le consentement qui est donné directement et automatiquement dans des traités (traités de libre-échange ou traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements) par les États à aller devant l'arbitrage pour régler les différends qui pourraient survenir entre eux et les investisseurs étrangers et, parallèlement, l'établissement de mécanismes pour régler ceux-ci. Dans l'ALÉNA, c'est dans la partie B du chapitre 11 que sont établis ce consentement, ainsi que les procédures à suivre le cas échéant. La particularité de ce type de mécanisme est qu'il permet aux investisseurs eux-mêmes (et non pas à leur État d'origine comme auparavant) de soumettre un différend à l'arbitrage, lorsque ceux-ci ont le sentiment d'avoir été lésés dans leurs droits.

La partie B de l'ALÉNA permet donc aux investisseurs de porter plainte suite à une violation alléguée d'un autre État partie à l'accord d'une obligation établie en vertu du chapitre 11 ou de deux articles du chapitre sur la concurrence (chapitre 15). Cette plainte peut être soumise à l'arbitrage en vertu de la convention instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)<sup>135</sup>. Le tribunal arbitral saisi du différend tranchera les points en litige « conformément au présent accord et aux normes applicables du droit international »<sup>136</sup> et des interprétations que pourrait faire la Commission du libre-échange<sup>137</sup>. La décision pourra comprendre l'octroi d'une compensation comprenant des dommages pécuniaires, des intérêts et la restitution des biens<sup>138</sup>. Elle deviendra obligatoire<sup>139</sup> et si l'État concerné ne s'y conforme pas, l'État dont relève l'investisseur pourra instituer un groupe spécial en vertu du mécanisme de règlement inter-étatique créé par le chapitre 20<sup>140</sup>.

## II. – LA RENCONTRE DES DROITS HUMAINS ET DES DROITS DE L'INVESTISSEUR

Le courant actuellement dominant en économie du développement établit que l'investissement international est un des outils les plus (sinon le plus) importants pour le développement économique et, *a fortiori*, pour la mise en œuvre des

134. *Ibid.*

135. ALÉNA, *supra* note 97, art. 1120.

136. *Ibid.*, art. 1131 (1).

137. *Ibid.*, art. 1131 (2).

138. *Ibid.*, art. 1135.

139. *Ibid.*, art. 1136.

140. *Ibid.*, art. 1136 (5).

droits humains. La quadrature du cercle est bien connue : l'investissement direct à l'étranger (IDE) stimulerait la croissance qui, elle, favoriserait le développement, lequel est une des conditions essentielles à la mise en œuvre des droits humains. Le capital étranger serait essentiel à la création d'emplois, au remboursement de la dette, au développement des infrastructures, et à la promotion des exportations, notamment. Ainsi les États auraient-ils avantage à déployer et à mettre en œuvre des stratégies afin d'attirer ces flux de capitaux étrangers, afin de créer des emplois et de développer le pays. Un des mécanismes servant à attirer ces investissements étrangers consiste en la signature de ces traités internationaux sur l'investissement (parfois aussi appelés « traités de promotion et de protection de l'investissement ») dont les inconvénients auront tôt fait, selon le discours commun, d'être compensés par leurs bienfaits. Laissant aux chercheurs d'autres disciplines le soin de déterminer si le type de croissance promue par le capital privé et étranger et fondamentalement guidé par la recherche de profit privé peut effectivement mener les États à disposer de plus de moyens de respecter, protéger et réaliser les droits humains, on soulignera plutôt certaines contradictions possibles et observées (A) entre les deux régimes de droit qui nous intéressent ici et on réfléchira sur la possibilité de réconcilier les deux régimes sur le plan juridique (B).

#### A. Les contradictions possibles et observées

D'entrée de jeu, trois cas de la région des Amériques méritent d'être soulignés afin d'illustrer d'éventuelles contradictions entre les droits des investisseurs, tels que codifiés dans les traités d'investissements, et les droits humains. Dans le différend opposant la firme *Metalclad* au gouvernement du Mexique, la ville de Guadalcazar, suite à de multiples manifestations des citoyens qui craignaient pour leur eau potable, avait refusé d'accorder un permis nécessaire à l'entreprise américaine qui souhaitait construire un site d'enfouissement de déchets toxiques au-dessus d'une nappe d'eau phréatique. Le gouvernement fédéral du Mexique avait préalablement laissé entendre à la compagnie qu'elle avait les permis nécessaires à une telle construction et à l'utilisation commerciale du site. Suite aux pressions populaires, le gouvernement de San Luis Potosi, l'État dans lequel se situait le projet de construction, a pour sa part décidé de créer une zone écologique incluant le territoire où devait se construire le site d'enfouissement, cette dernière décision venant empêcher définitivement *Metalclad* de poursuivre ses opérations d'investissement à Guadalcazar. *Metalclad* a alors introduit un recours contre le Mexique en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. Le panel formé pour régler ce différend a donné partiellement raison à la compagnie et le gouvernement mexicain a été forcé de céder près de 17 millions de dollars à l'entreprise, facture que celui-ci a transféré à l'État de San Luis Potosi<sup>141</sup>. Ce cas révèle bien sûr certaines maladresses gouvernementales, ainsi que des problèmes de coordination et de juridiction entre différents paliers de gouvernement concernant des projets potentiellement dangereux pour l'environnement et la population. Mais il met surtout en lumière la difficulté de respecter des engagements internationaux quand des mesures de régulation sont arrêtées

141. *Metalclad v. United Mexican States*, supra note 108. Pour une analyse juridique détaillée, voy. L.J. DHOOGHE, « The North American Free Trade Agreement and the Environment : The Lessons of *Metalclad Corporation v. United Mexican States* » (2001) *Minn. J. Global Trade*, 2001, vol.10, pp. 209 et s.. Concernant le transfert des frais de la compensation à l'État de San Luis Potosi, voy. T. GUTIERREZ-HACES, « Droit des investisseurs et droit de la personne », conférence donnée au colloque *Construire les Amériques*, Institut d'études internationales de Montréal, Montréal, Canada, 7 novembre 2003.

par des autorités publiques au niveau local ou infra-étatique, mesures qui vont à l'encontre des engagements d'un État, notamment en matière de protection des investissements étrangers.

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 comme source la signature d'un contrat de 2,5 milliards de dollars entre le consortium *Aguas del Tunari*, mené par le géant américain *Bechtel*, et la ville de Cochabamba, pour la concession de l'exploitation exclusive des ressources en eau, du système de livraison et de traitement de l'eau nouvellement privatisé de la ville. Rapidement après sa prise de contrôle du système municipal de distribution d'eau potable, la compagnie augmenta les tarifs, jusqu'à 43 % pour les populations les plus pauvres<sup>142</sup>, ce qui suscita 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 tué lors des confrontations avec l'armée. En avril 2000, la compagnie quitta le pays à cause de l'insécurité qui y régnait. Le gouvernement céda le contrat de concession à une coalition d'organisations non gouvernementales locales. Un an plus tard, *Bechtel* prit la décision de recourir au mécanisme de règlement des différends d'un accord bilatéral entre la Bolivie et les Pays-Bas ; l'entreprise avait en effet transféré son siège social aux Pays-Bas, qui avaient conclu un traité bilatéral d'investissements avec le pays andin, peu de temps après la signature du contrat. La compagnie réclame au gouvernement bolivien 25 millions de dollars US en compensation pour l'expropriation de ses investissements qui résulte, selon elle, de la révocation de son contrat<sup>143</sup>. La décision n'a toujours pas été rendue au moment où ces lignes sont écrites.

Un autre cas lié à la privatisation de l'eau implique l'Argentine et la compagnie Azurix, une filiale d'Enron. Azurix avait obtenu en 1999 le contrat de concession pour le fonctionnement du système d'approvisionnement en eau de la ville de Buenos Aires, nouvellement privatisé. Peu après le début des opérations d'Azurix, les consommateurs se sont plaint du bas niveau de pression de l'eau et au printemps 2000, le gouvernement a dû aviser la population de ne pas boire celle-ci et de réduire le nombre de bains et de douches pour éviter une contamination par des bactéries présentes dans l'eau traitée par Azurix. Le contrat de concession fut dès lors interrompu par la compagnie en 2001 et, peu après, celle-ci soumit une plainte contre l'Argentine en vertu du traité bilatéral d'investissement conclu par ce pays avec les États-Unis. Dans cette plainte, la compagnie invoque que les problèmes qu'elle a rencontrés dans ses opérations étaient principalement dus au fait que la province de Buenos Aires n'avait pas rempli ses obligations en matière d'infrastructures, promises à Azurix pour l'exécution de son contrat. Plus de 550 millions de dollars sont réclamés en compensation pour violations des garanties contre l'expropriation, le traitement juste et équitable, la sécurité et la protection des investissements<sup>144</sup>. Les actes de régulation publique de l'Argentine et de l'autorité provinciale de Buenos Aires seraient à la source de ces violations, selon la compagnie.

142. Voy. *The Democracy Center* [<http://www.democracyctr.org/bechtel/waterbills>].

143. *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivie*, Cas CIRDI no. (ARB/02/3).

144. *Azurix Corp. C. Argentine Republic*, Cas CIRDI no. (ARB/01/12) et (ARB/03/30). Voy. aussi L. PETERSON, *supra* note 3.

S'il est clair que, dans au moins un de ces cas (*Metalclad c. Mexique*), l'État a manifestement fait preuve de grande maladresse, il n'en demeure pas moins que ces exemples soulèvent de sérieuses questions concernant la rencontre entre les traités sur l'investissement et les obligations qu'ont les États en matière de droits humains, que ce soit les droits économiques, sociaux et culturels ou les droits civils et politiques.

En premier lieu, ces trois cas démontrent de façon représentative la confrontation pouvant exister entre les droits accordés aux investisseurs par le biais des traités d'investissement, d'une part, et les droits humains des populations d'accueil, d'autre part. Les oppositions populaires et les mesures de régulation publique des États concernés qui ont limité la jouissance par l'investisseur de sa pleine capacité à profiter de ses investissements visaient à faire respecter, protéger et réaliser un certain nombre de droits humains, correspondant aux obligations des États impliqués dans ces trois cas. En agissant de façon à prévenir la contamination de sa population par l'eau mal traitée par Azurix, l'Argentine agissait de façon à respecter ses obligations en vertu des articles 11 (droit à un niveau de vie suffisant, y compris une nourriture suffisante) et 12 (droit au meilleur état de santé possible) du PIDESC. Comme l'a reconnu le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels dans son observation générale no.15 (2002), le droit à l'eau est en effet un élément essentiel pour la réalisation des deux articles en question<sup>145</sup>. 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 »<sup>146</sup>. De la même façon, lorsque La Paz, Guadalcazar et San Luis Potosi ont, dans des contextes différents, décidé de répondre aux pressions exercées par leur population, les mesures prises pour remplir les obligations de leur État contractées en vertu du PIDESC étaient susceptibles d'aller à l'encontre de leurs engagements en matière de droit de l'investissement étranger.

Ces exemples permettent aussi de mettre en relief certaines incompatibilités possibles entre les droits octroyés aux investisseurs et certains droits civils et politiques. Le droit de chaque individu à participer à la conduite des affaires publiques est un droit inscrit dans la déclaration universelle des droits de l'homme<sup>147</sup>, dont l'article 21 (3) déclare que « la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics »<sup>148</sup>. 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, social et culturel qui sera le sien et sur la pleine participation à tous les aspects de la vie de la société »<sup>149</sup>. Par conséquent, 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<sup>150</sup>, mais aussi comme le droit des indi-

145. Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit à l'eau*. Observation générale n° 15, Doc. N.U. E/C.12/2002/11.

146. *Ibid.*

147. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *supra* note 8, art 21 (1).

148. *Ibid.*, art 21 (3).

149. *Déclaration et programme d'action de Vienne*, *supra* note 13, § 8.

150. Cf. Droit codifié à l'article 25 du PIDCP, *supra* note 14.

vidus 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 à déterminer librement leur développement économique, politique et social<sup>151</sup> 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 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 aux processus par lesquels les richesses seront produites, distribuées et utilisées.

C'est dans ce sens que l'on peut interpréter l'apport de la *Théorie pure du droit*, de Kelsen, selon qui le droit ne crée que des obligations et que ce sont ces obligations seulement qui engendrent des droits, appelés des droits-associés ou droits-réflexes<sup>152</sup>. 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 objet<sup>153</sup>. 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*<sup>154</sup> sur la société et ses individus. En effet, c'est la propriété privée qui détermine la production de richesse et, dès lors, la distribution et l'utilisation de celle-ci au sein de la population, à moins que l'autorité publique n'intervienne pour limiter cet *imperium* à des activités conformes à la volonté générale et aux besoins et intérêts publics.

Or, les composantes du droit économique international qui se rapportent au droit de l'investissement ont tendance à renforcer la protection accordée au droit à la propriété privée et à restreindre la possibilité des pouvoirs publics d'intervenir pour assurer que la production et la redistribution de richesses servent l'intérêt général. Par exemple, comme nous l'avons vu, le chapitre 11 de l'ALÉNA restreint la possibilité des États d'agir à l'encontre de la propriété des investisseurs étrangers, notamment par le biais des dispositions sur l'expropriation qui sont supérieures aux dispositions prévues par le cinquième amendement de la constitution des États-Unis, qui jusque-là était la plus favorable à la protection de la propriété privée<sup>155</sup>. De plus, ce chapitre interdit aux États parties de demander aux investisseurs de poursuivre leurs activités économiques en respectant certains objectifs sociaux (obligations de résultat).

Les nouvelles normes introduites dans les traités sur l'investissement signifient donc principalement deux choses : d'abord, la consolidation, voire le renforcement de l'*imperium* des investisseurs sur la production, la distribution et l'utilisation de richesses et, corrélativement, la réduction de la marge de manœuvre des citoyens et des autorités publiques quant aux décisions entourant ces activités économiques. Ce phénomène conduit directement à une diminution de la capacité des citoyens de jouir pleinement de leurs droits politiques, dans la mesure où les autorités publiques se voient forcées à subordonner les choix collec-

151. PIDESC, *supra* note 15, art. 1 (1) ; PIDCP, *supra* note 14, art. 1(1).

152. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1999, Paris, LGDJ et Bruxelles, Bruylant, pp. 132-136.

153. *Ibid.*, pp. 136 et s.

154. À ce sujet, voy. M. R. COHEN, « Property and Sovereignty », *Cornell LQ*, 1926-1927, pp. 8. et s.

155. 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 », *NYU L. Rev.*, 2003, vol 78.1, pp. 1 et s.

tifs visant l'intérêt général au respect des droits des investisseurs privés étrangers établis sur leur territoire.

Cette capacité à agir sur la production afin que celle-ci profite de façon maximale à la pleine jouissance des droits humains est en outre diminuée par le flou qui entoure la définition de ce qui constitue une expropriation, directe ou indirecte, ainsi que par l'ambiguïté concernant les contours du traitement juste et équitable codifié dans l'article 1105 de l'ALÉNA. Il faut souligner que ces zones grises deviennent des armes efficaces pour les investisseurs qui souhaiteraient faire pression sur les États lorsque ceux-ci manifestent l'intention d'instaurer certaines mesures susceptibles d'entraver la jouissance de leur propriété, mesures qui, par ailleurs, visent à protéger l'intérêt public. Been et Beauvais<sup>156</sup> donnent quelques exemples où les menaces proférées par certaines entreprises d'avoir recours au mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 ont porté fruits auprès des États membres de l'ALÉNA, qui ont par la suite reculé dans leurs projets de réglementation. Ces auteurs mentionnent notamment les menaces proférées par la compagnie de tabac R.J. Reynolds après que le ministère de la santé du Canada eut évoqué l'idée de banaliser les paquets de cigarettes afin d'endiguer la consommation de tabac chez les adolescents. Quelques années plus tard, c'était au tour de Philip Morris d'utiliser le chapitre 11 de l'ALÉNA afin de faire pression sur Ottawa qui voulait empêcher l'utilisation des appellations « légères » et « douces » sur les paquets de cigarettes, sous prétexte que celles-ci masqueraient le caractère nocif du produit pour la santé. Dans les deux cas, les entreprises ont soutenu que de telles réglementations violaient notamment l'article 1110, parce qu'elles constituaient une expropriation de leur marque de commerce et des actifs intangibles (*goodwill*) de l'entreprise. 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.

Si les situations observées jusqu'ici concernent principalement des investissements directs, il y a également lieu de mentionner la question des investissements de portefeuille, qui profitent des droits conférés par l'ALÉNA à cause de la définition de l'« investissement » qui est donnée par cet accord. L'extrême volatilité des investissements de portefeuille peut avoir des conséquences gravissimes sur la stabilité économique d'un pays et donc sur le respect des droits humains. La crise asiatique de 1997-1998 l'a bien montré. L'attaque féroce des spéculateurs contre le baht thaïlandais a, en quelques semaines, causé l'effondrement de cette monnaie. La dévaluation spectaculaire de celle-ci (et, subséquemment, de celles des pays voisins les plus vulnérables tels que la Malaisie et la Corée du Sud) a engendré des pertes d'emplois massives dans ce pays, 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 autres. Les violations des droits sociaux et économiques de la majorité de la population thaïlandaise affectée 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 par l'adoption de mesures d'urgence et de modifications aux normes du travail par certains gouvernements<sup>157</sup>.

156. *Ibid.*

157. Voy. 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.

Une des façons de contrôler la volatilité des investissements et de stabiliser les capitaux à l'intérieur d'un territoire national consiste en la création de normes de contrôle sur les opérations spéculatives. À propos de la crise asiatique, le prix Nobel d'économie Joseph 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 normes de contrôle sur les opérations de capital<sup>158</sup>. Or, l'article 1109 de l'ALÉNA, qui oblige les parties à remettre librement et sans retard le transfert de tout actif d'un investisseur, dont tout investissement de portefeuille, empêche les États d'adopter de telles législations, à moins d'avoir négocié des exceptions spécifiques pour pouvoir mettre en œuvre de telles normes<sup>159</sup>. Comme le souligne encore R. Charvin,

« l'investissement étranger de portefeuille permet une participation financière sans responsabilité directe de gestion : l'accélération de l'information portant sur les marchés et sur les profits qui peuvent en résulter conduisent les investisseurs à procéder à des placements à court terme et à des transferts rapides, c'est-à-dire à des opérations s'identifiant à de véritables « coups » spéculatifs. [...] Or] le développement durable a besoin d'un secteur économique national stable pour échapper à la dépendance qui résulte des décisions d'investisseurs peu préoccupés d'un espace national déterminé »<sup>160</sup>.

Outre l'impact contraignant des dispositions telles que l'article 1110 sur la capacité et la volonté des gouvernements de mettre en œuvre des politiques et législations garantissant le respect et la promotion des droits humains dans des domaines comme l'accès à l'eau, la santé publique ou la protection de l'environnement par exemple, il faut souligner, comme le font Been et Beauvais, que celles-ci procurent un avantage comparatif aux investisseurs étrangers<sup>161</sup>. En effet, les firmes étrangères pouvant se prévaloir d'un accord de type ALÉNA, qui protègent l'investissement contre l'expropriation de façon extrêmement large, se retrouvent avantagées *de facto* par rapport aux firmes nationales qui pourraient pourtant être affectées de la même manière par une même mesure de régulation gouvernementale, et qui ne bénéficient pas d'une protection équivalente en vertu du droit national, dans la plupart des cas. Non seulement ces dispositions introduisent donc une grande confusion entre les différents niveaux de gouvernement en ce qui concerne le paiement de l'indemnité qui doit être versée à un investisseur lésé, mais elles correspondent à une discrimination juridique à l'encontre des investisseurs nationaux, alors que la nature même des accords de libéralisation et de commerce vise à éliminer cette discrimination.

En dernier lieu, on ne peut qu'exprimer une crainte en pensant aux vingt-neuf poursuites auxquelles l'Argentine doit actuellement faire face, dont la plupart font suite à la dévaluation qui a constitué la réponse à la crise financière qu'a connue ce pays à la fin de l'année 2001. La plupart de ces poursuites concernent l'incapacité du pays à maintenir la convertibilité de sa monnaie (un peso pour un dollar) et ont été formulées par des investisseurs ayant acheté des entreprises privatisées à la suite du programme de réformes entrepris à partir

---

158. J. E. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002, aux pp. 168 et s. ; voy. aussi l'article de J. BHAGWATI, 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 », *Foreign Affairs*, 1998, vol. 77.3, pp. 7 et s).

159. ALÉNA, *supra* note 97, art. 1109.

160. R. CHARVIN, *supra* note 36, p.158.

161. V. L. BEEN et J. C. BEAUVAIS, *supra* note 155.

de 1989<sup>162</sup>. Il est trop tôt pour formuler des conclusions sur ces poursuites dont l'issue n'est pas connue ; il n'empêche que des décisions qui rendraient contraires au droit international de l'investissement des actes relevant autant de la souveraineté nationale d'un État que celui d'intervenir pour rendre sa monnaie nationale conforme aux objectifs, voire aux besoins essentiels, du pays (et conséquemment, aux besoins du développement national et à ceux de la mise en œuvre des droits humains) comme ce fût le cas ici, apparaîtrait extrêmement périlleux pour la mise en conformité du droit de l'investissement avec les exigences des droits humains.

### *B. Aménager un espace pour les droits humains à l'intérieur du droit de l'investissement ?*

On vient de voir qu'il existe déjà plusieurs exemples de plaintes formulées par des investisseurs à l'encontre d'un État à cause de mesures prises par ce dernier afin de respecter, protéger ou réaliser les droits humains. De telles situations font dire à certains que les droits humains devraient, d'une façon ou d'une autre, trouver leur juste place au sein du droit commercial, afin que ces contradictions soient réduites autant que faire se peut.

La compétence de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce quant à l'intégration des normes de droit international venant de l'extérieur de l'OMC – par exemple, le droit international des droits humains – fait actuellement l'objet d'un débat. On cherche à comprendre quelle est la compétence de l'ORD face à l'utilisation par des États parties d'autres sources du droit international pour expliquer, voire excuser, certaines violations des accords commerciaux<sup>163</sup>. Cependant, en ce qui concerne le mécanisme de règlement des différends inséré dans la partie B du chapitre 11 de l'ALÉNA, cette réflexion est demeurée pour ainsi dire inexistante jusqu'à ce jour. Dans le but de pallier cette lacune, il convient d'abord de chercher à déterminer si le tribunal arbitral peut utiliser les droits humains dans ses décisions et mettre ceux-ci sur un pied d'égalité avec le droit économique afin d'étudier le comportement des parties lorsque des plaintes sont formulées contre elles (1), et ensuite d'envisager quels pourraient être les résultats d'une telle inclusion (2).

#### *1. Les droits humains et la compétence du tribunal arbitral*

Il faut tout d'abord préciser qu'un panel arbitral ne peut être formé que suite à une plainte d'un investisseur concernant des droits dont il serait le détenteur en vertu du chapitre sur l'investissement<sup>164</sup>, c'est-à-dire qu'on ne peut évidemment pas utiliser un tel tribunal pour se plaindre d'une mesure prise par un État afin de se conformer aux obligations du chapitre 11, mais qui violerait certains droits humains.

---

162. A.A. ESCOBAR, *Argentina's Deluge of Investor-State Arbitration Proceedings*, communication présentée le 3 mai 2004 à l'occasion du colloque *Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international* organisé à Paris par l'Institut des hautes études internationales.

163. Voy. par ex. G. MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *EJIL*, 2002, pp. 753 et s., p. 767 ; J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? », *AJIL*, 2001, pp. 490 et s. ; C. DOMMEN, « Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization : Actors, Processes and Possible Strategies », *HRQ*, 2002, pp. 1 et s. ; J. HU, « The Role of International Law in the Development of WTO Law », *JIEL*, 2004, pp. 141-167.

164. ALÉNA, *supra* note 97, art. 1116 et 1117.

L'article 1131 stipule qu'un tribunal institué selon le chapitre 11 doit prendre sa décision « conformément au présent accord et aux normes applicables du droit international »<sup>165</sup>. Cet article signifie, à tout le moins, que les règles coutumières d'interprétation et celles qui sont codifiées par la convention de Vienne s'appliquent pour résoudre les conflits d'interprétation de l'accord. *A priori*, cela signifie aussi que des normes issues de traités sur les droits humains ou du droit de l'environnement devraient être prises en considération. Comment, en effet, un tribunal pourrait-il nier des obligations issues d'autres sources de droit international et affirmer avoir pris sa décision « conformément aux normes applicables du droit international » ? Une obligation prise par un État en vertu d'un traité international étant toujours applicable, sa responsabilité est toujours engagée par cette obligation, même lors d'actions relevant d'abord d'un autre régime de droit international.

Cependant, les articles 103 et 104 stipulent qu'en cas d'incompatibilité avec d'autres traités, l'ALÉNA prévaudra<sup>166</sup>, sauf dans le cas de certains accords bien particuliers déterminés par l'article 104<sup>167</sup> et l'annexe 104.1<sup>168</sup>. 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 »<sup>169</sup>. Ainsi, il apparaît qu'au moment de la rédaction du texte, les parties ont voulu donner préséance à *un nombre restreint* d'accords déjà existants en 1994 plutôt qu'à l'ALÉNA, à condition qu'elles puissent faire la preuve qu'elles ont fait tout leur possible pour éviter une violation excessive de l'Accord. 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, si l'on s'en tient à une analyse littérale. En d'autres termes, les droits commerciaux, dont ceux accordés aux investisseurs, auraient préséance sur les droits humains issus de sources conventionnelles. Un apport majeur de cet article est toutefois la reconnaissance implicite du fait que dans certaines situations, les obligations découlant de l'ALÉNA peuvent s'avérer incompatibles avec d'autres obligations de droit international.

Toutefois, mis à part le *jus cogens* et la Charte de l'ONU (à cause de son article 103<sup>170</sup>), le droit international n'établit aucune hiérarchie entre ses sources. Or, les articles 103 et 104 ne font mention de la primauté de l'ALÉNA que sur les autres traités et ne mentionnent ni le droit coutumier, ni les principes généraux de droit, tous deux inscrits dans l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice. Ainsi, si l'ALÉNA a prééminence sur les normes d'un autre traité en cas d'incompatibilité, cette supériorité ne s'applique ni aux normes coutumières ni aux principes généraux de droit. Un tribunal arbitral aurait l'obligation de prendre ceux-ci en considération en cas d'antagonisme avec l'ALÉNA. Or, tel qu'indiqué dans la partie I. A plusieurs droits humains, en plus d'être codifiés dans des traités tels que le PIDESC ou le PIDCP, sont également de source coutumière.

165. *Ibid*, art. 1131 (1).

166. *Ibid*, art. 103 (2).

167. Ces accords sont la convention sur le commerce international des espèce 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*, art. 104 (1).

168. Il s'agit de deux traités bilatéraux relatifs à l'environnement dans la région transfrontalière entre le Mexique et les États-Unis et sur le transfert de déchets dangereux, *ibid*, annexe 104.1.

169. *Ibid*, art. 104 (1).

170. Cf. *supra* partie 2.1.1.

En second lieu, il y a lieu de réfléchir sur la portée des articles 103 et 104 de l'ALÉNA, qui excluent la supériorité des normes issues des autres traités. Rappelons une fois de plus que l'article 103 de la Charte des Nations Unies mentionne qu' : « [e]n 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 »<sup>171</sup>. Puisque, d'une part, la Charte des Nations Unies et l'ALÉNA se donnent toutes deux préséance sur les obligations issues d'autres traités, et que, d'autre part, la Charte contient des règles créant des obligations en matières de droits humains<sup>172</sup>, il y a lieu de déterminer lequel de ces deux traités est réellement supérieur à l'autre et lequel l'emporterait dans le cas où leurs contenus s'avéreraient irréconciliables. Il y a deux façons d'analyser un tel conflit.

La première consiste en l'utilisation des règles habituelles d'interprétation lorsque existe un conflit entre deux normes hiérarchiquement égales. Dans ces cas, l'emploi des règles *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generalis* aurait pour résultat que l'ALÉNA, dont les règles sont à la fois postérieures et plus spéciales que celles établies par la Charte de l'ONU, prévaudrait sur cette dernière. Il faut douter toutefois de l'égalité hiérarchique de ces deux accords et donc de la possibilité d'utiliser ces deux règles.

D'abord, une interprétation téléologique de l'article 103 de la Charte montre que les Parties cherchaient à faire prévaloir cet accord sur tous les autres accords existants et à venir, sans exception. Lors de sa rédaction, il s'agissait de placer ce nouvel instrument juridique dans une position hiérarchiquement supérieure aux autres accords, de lui donner, somme toute, un caractère quasi constitutionnel<sup>173</sup>. Compte tenu de cette supériorité hiérarchique accordée à la Charte, il n'est plus possible de résoudre un éventuel conflit entre celle-ci et d'autres accords en se fondant sur les règles *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generalis* qui supposent une égalité hiérarchique entre les règles. En vertu des principes applicables entre règles hiérarchiquement subordonnées, la règle issue de l'instrument supérieur (la Charte) doit avoir préséance sur la règle de l'instrument inférieur (l'ALÉNA).

Cette seule argumentation devrait en principe suffire. D'autres arguments militent toutefois en faveur de la supériorité de l'article 103 de la Charte sur l'article 103 de l'ALÉNA. Si elles avaient cherché à soumettre les règles de la Charte des Nations Unies à celles de l'ALÉNA, les parties à l'accord tripartite en seraient venues à modifier les obligations prises en vertu du premier traité. En effet, en ratifiant la Charte, les parties se sont entendues pour que les dispositions de celle-ci aient préséance sur les dispositions des autres accords. L'article 103 de l'ALÉNA, en disposant au contraire que ses normes prévaudront en cas de conflit avec celles d'un autre traité, modifie en quelque sorte ces dispositions. Or la convention de Vienne sur le droit des traités stipule que :

« Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

a) si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité ; ou

171. *Charte des Nations Unies*, art. 103.

172. Cf. *supra*, partie 2.1.

173. Sur cette idée, voy. not. Lord MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1986 et T. MERON, « On a Hierarchy of International Human Rights », *AJIL*, 1986, pp. 1 et s., p. 3. Voy. aussi, T. FLORY pour qui cette hiérarchie n'a non seulement pas été remise en question, mais a même été confortée depuis la fondation de l'ONU (« Article 103 » dans : J-P. COT et A. PELLET *La charte des Nations Unies*, 1985, Paris, Bruxelles, Economica, Bruylant, p. 1371 et s.).

b) si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :

i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et

ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble »<sup>174</sup>.

En d'autres termes, puisque la Charte ne prévoit pas la possibilité de modifier son contenu par des accords bilatéraux ou plurilatéraux sans l'aval de l'Assemblée générale, des parties à la Charte ne peuvent modifier des obligations de celle-ci que dans le cas où ces transformations n'affectent pas les droits dont disposent les autres parties. En tentant de donner préséance aux droits commerciaux (codifiés dans l'ALÉNA) sur les droits humains (évoqués dans la Charte, particulièrement dans son préambule et son article premier), ce sont des obligations envers les détenteurs des droits humains que les membres de l'ALÉNA en viennent à modifier. Or, le célèbre *dictum* de la *Barcelona Traction* soulignait justement que certaines obligations des États existent envers la communauté internationale dans son ensemble (des obligations *erga omnes*) et comprennent « des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »<sup>175</sup>. La liste exacte de ces obligations *erga omnes* ne fait pas l'unanimité ; certains publicistes soutiennent toutefois qu'elle contient l'ensemble des droits humains. Theodor Meron affirme ainsi que la distinction entre les droits humains fondamentaux et les droits humains « *tout courts* » ne peut plus être soutenue, notamment à cause de l'inexistence de sources consacrant ces droits fondamentaux<sup>176</sup>. D'autres auteurs croient pour leur part que les règles *erga omnes* sont constituées des règles « dont la violation n'est pas immédiatement sujette à des plaintes inter-étatiques par l'État directement lésé, ou par les États au nom de leurs propres nationaux dont les droits ont été lésés »<sup>177</sup>. Les membres de l'Institut de droit international vont dans le même sens. Dans une résolution, adoptée par trente-deux voix et trois abstentions, ils déclarent que :

« Les droits de l'homme sont l'expression directe de la dignité de la personne humaine. L'obligation pour les États d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration Universelle des Droits de l'homme. Cette obligation est, selon la formule utilisée par la Cour internationale de justice, une obligation *erga omnes* ; elle incombe à tous les États vis-à-vis de la communauté internationale, et *tout État a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme* »<sup>178</sup>.

En somme, puisque les détenteurs des droits sont principalement les nationaux des États potentiellement violateurs et que, dès lors, la protection diplomatique ne peut s'exercer en leur faveur, ces obligations doivent être vues comme étant des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. En stipulant que les droits commerciaux auront préséance sur les droits

174. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 6, art. 41.

175. *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième requête, CIJ, *Rec. 1970*, p. 32.

176. T. MERON, supra note 173, p. 11 (notre traduction).

177. M. BYERS, « Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules », *Nordic J. of Int'l L.*, 1997, vol. 66, pp. 211 et s., p. 238 (notre traduction).

178. Institut de droit international, session de Saint Jacques de Compostelle, *AIDI*, vol. 63-II, 1990, p. 286 (nos italiques).

humains, l'article 103 de l'ALÉNA en vient donc à modifier des obligations dues à l'ensemble des membres de la communauté internationale, sans leur consentement, ce qui est contraire à l'article 41 de la convention de Vienne.

L'analyse précédente conduit à deux conclusions. D'abord, les droits et obligations de source coutumière ou faisant partie des principes généraux du droit doivent être pris en considération par les tribunaux arbitraux lors de leurs décisions. Ensuite, l'article 103 de l'ALÉNA ne peut pas donner préséance à cet accord en cas d'incompatibilité avec les obligations créées par la Charte. Puisque parmi les obligations de cet instrument juridique figurent des obligations en matière de droits humains, celles-ci devraient donc non seulement être prises en considération par un panel lors de sa décision, mais aussi *avoir préséance* sur les obligations créées par le traité commercial.

## 2. La question de la preuve

Dans un ordre juridique, une contradiction entre deux normes existe lorsque le respect de l'une exige la violation de l'autre. Dans le cas où un État a violé une obligation tirant sa source du chapitre 11 de l'ALÉNA pour en respecter une autre découlant du système des droits humains, et qu'une plainte d'un investisseur a eu comme effet la mise en place d'un panel arbitral devant faire la lumière sur lesdites mesures, l'État devrait convaincre le tribunal qu'il existe bien une incompatibilité entre les deux sources, c'est-à-dire que la violation de l'ALÉNA pouvait lui permettre de mettre en œuvre ses obligations résultant du droit coutumier. La principale difficulté de la réconciliation entre le chapitre 11 et les droits humains réside justement dans la démonstration de cette incompatibilité juridique.

En effet, les contradictions entre les obligations du chapitre 11 et celles découlant du système des droits humains peuvent s'avérer extrêmement difficiles à prouver. Excluons dans un premier temps l'article 1110 sur l'expropriation et l'article 1109 sur les transferts de capitaux ; nous y reviendrons plus loin. Il faut souligner qu'en ce qui concerne les règles du traitement national, de la nation la plus favorisée ou des obligations de résultat, le fardeau de la preuve est immense. Il serait difficile de prouver que le seul fait de traiter les investisseurs étrangers de la même façon que les investisseurs nationaux ou de ne pas forcer les investisseurs étrangers à exporter ou à insérer dans leurs produits finis une part de contenu national est générateur de violations de droits humains. Si un État était en mesure de prouver ce lien, encore faudrait-il montrer que la mesure violant l'accord de commerce n'est pas elle-même davantage source de violation des droits humains, considérant le rôle supposé de l'investissement étranger dans le développement national. Étant donné le rôle que les investissements étrangers jouent dans le modèle de développement dominant à l'heure actuelle, on imagine bien l'ampleur de cette tâche !

Concernant l'article 1110, la difficulté vient du fait que l'expropriation et les mesures équivalentes prises afin de protéger l'intérêt public – concept dans lequel on peut insérer le contenu des droits humains – sont permises à condition d'être accompagnées d'une indemnisation équivalant à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié. L'État qui veut respecter, protéger et réaliser les droits humains peut prendre des mesures équivalentes à l'expropriation, à condition de verser une compensation à l'investisseur qui ne pourrait plus jouir pleinement de sa propriété et réaliser les profits qu'il prévoyait. L'article étant formulé de façon à permettre, dans certaines situations et afin de protéger l'intérêt public, à un État de prendre des mesures ayant des conséquences sur la propriété privée d'un tiers, et établissant par le fait même un « équilibre » entre le respect de cet

intérêt général et celui de la propriété privée des investisseurs étrangers, il devient difficile de démontrer d'un point de vue juridique qu'il existe une incompatibilité entre les obligations des deux régimes. Cet « équilibre » (possibilité d'exproprier pour des raisons d'intérêt public moyennant une indemnisation équivalant à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié) ne permet même pas au tribunal de prendre en considération les raisons d'intérêt public évoquées par l'État lors de la détermination de la compensation à verser.

S'il existe une exception, il s'agit probablement de l'article 1109. À titre d'exemple et en s'appuyant sur les nombreuses expériences en matière de crises financières, il ne devrait pas être impossible à un pays signataire d'un traité tel que l'ALÉNA de convaincre un tribunal qu'il a, dans une période de turbulences des marchés financiers mondiaux, violé son obligation de permettre le libre transfert de capitaux afin de se conformer à certaines obligations concernant le droit à la santé, à la vie ou à la sécurité des individus. Ces manquements pourraient être justifiés sur la base des conséquences très négatives qu'une crise financière pourraient avoir sur sa capacité à respecter, protéger et réaliser ses obligations en matière de droits humains.

Cette difficulté à prouver cette incompatibilité juridique dans la plupart des cas ne fait toutefois pas disparaître les incompatibilités *de facto* mentionnées ci-dessus (II. A), plusieurs raisons expliquant que, placés devant le choix entre une violation d'une norme du chapitre 11 de l'ALÉNA et celle d'une norme de droits humains, les États préféreront le plus souvent respecter les droits des investisseurs. D'abord, si l'expropriation est légale, elle doit néanmoins être accompagnée d'une compensation qui peut s'avérer importante dans certaines occasions<sup>179</sup>. Si on rappelle le précédent *Metalclad* où le gouvernement fédéral mexicain a renvoyé la facture de plus de 16 millions que lui avait imposée un tribunal arbitral à l'État de San Luis Potosi et à la ville de Guadalcazar, on comprendra que certains États fédéraux et, *a fortiori*, fédérés, soient de plus en plus craintifs au moment de prendre des mesures visant la protection des droits humains. De plus, l'ambiguïté expliquée à la partie I. B concernant la définition donnée jusqu'à présent à l'expropriation par les différents panels arbitraux fait craindre que les gouvernements hésitent avant de prendre certaines mesures nécessaires au respect, à la protection et à la réalisation des droits humains si celles-ci heurtent de façon directe ou indirecte les intérêts d'investisseurs étrangers.

Par ailleurs, comme on a voulu le montrer en ce qui concerne les relations entre les États des Amériques, les mécanismes d'application et de sanction en droit commercial sont beaucoup plus efficaces que ceux du régime des droits humains. Il appert que la violation d'une obligation trouvant sa source dans l'ALÉNA (ou un autre accord bilatéral d'investissement) aura beaucoup plus de chances d'être sanctionnée juridiquement que la violation d'une norme sur les droits humains. Cette probabilité comparative est aussi un facteur qui influence le comportement étatique. Enfin, comme les États, et spécialement ceux dits « en développement », font la course aux investissements et veulent préserver leur réputation d'être accueillant envers les investissements étrangers, il est probable que leurs gouvernements (fédéraux autant que fédérés) soient conciliants envers les investisseurs établis sur leur territoire, même au détriment de leurs engagements en matière de droits humains.

\*\*\*\*

---

179. Voy., par exemple, le cas de la compagnie canadienne Methanex qui réclame 970 millions de dollars au gouvernement des États-unis pour une mesure prise par l'État de la Californie.

Malgré l'existence d'un contenu normatif positif régissant le système des droits humains en droit international, la réalisation de ceux-ci reste difficile à garantir. De nombreuses lacunes dans les mécanismes d'application prévus par les différents traités demeurent un obstacle important, notamment en ce qui concerne les voies de recours individuels et en matière de droits sociaux, économiques et culturels et ce, même si des avancées importantes ont eu lieu au cours des dernières décennies. Quant au droit international de l'investissement, non seulement son contenu normatif positif est bien en place, mais les mécanismes de sanction qui le régissent sont efficaces et permettent aux investisseurs qui ont les moyens financiers nécessaires de déposer une plainte pour une violation d'une obligation par les États d'une façon beaucoup plus rapide que dans le système régissant les droits humains. Est-il besoin de rappeler, à cet égard, que les investisseurs bénéficient généralement d'un accès direct aux tribunaux d'arbitrage internationaux, sans avoir à épuiser les voies de recours internes dans la juridiction de l'État en cause ? Le modèle d'accord organisant un tel régime est en pleine expansion car on croit qu'il attire les investissements, moteur supposé – par le paradigme dominant – de la croissance, du développement et, conséquemment, de la mise en œuvre des droits humains.

Toutefois, les chiffres démontrent que ces traités n'ont pas d'influence directe sur la destination des investissements. D'autre part, de nombreux exemples évoqués dans cet article montrent que pour les États, les obligations découlant de ces traités peuvent parfois être antagoniques avec les obligations découlant des différents traités sur les droits humains auxquels ils ont souscrit. Premièrement, les règles en matière de traitement national, de la nation la plus favorisée et l'interdiction d'imposer des obligations de résultat constituent en soi des limites à la capacité des États d'utiliser leurs prérogatives en matière de politiques de développement et de redistribution de la richesse. En ce qui concerne les dispositions sur les expropriations, on a vu que la définition de ce concept reste extrêmement floue, et que cette situation est notamment utilisée par les investisseurs pour faire pression sur les États qui voudraient utiliser leur pouvoir de régulation dans le but d'assurer l'intérêt public et de réaliser leurs obligations en matière de droits humains. Le pouvoir des citoyens dans le contrôle des décisions publiques est ainsi considérablement hypothéqué, alors que le pouvoir des investisseurs étrangers face à ces mêmes autorités publiques bénéficie maintenant de garanties juridiques solides.

Face à cette situation, il serait juridiquement possible d'intégrer le corpus des droits humains dans les décisions des panels arbitraux responsables du traitement des plaintes. Comme nous l'avons vu, l'utilisation du droit coutumier et de l'article 103 de la Charte des Nations Unies permettrait d'asseoir la primauté de *certain*s droits humains à tout le moins. Toutefois, le contenu normatif et la formulation des accords font en sorte qu'une telle intégration serait extrêmement difficile dans les faits, puisqu'il faudrait démontrer d'une part qu'une opposition irréconciliable existe entre les deux régimes de droits, et d'autre part que la violation d'une règle relative à l'investissement était absolument nécessaire pour respecter des obligations en matière de droits humains. Le défi du fardeau de la preuve s'avère particulièrement complexe dans le cas des règles concernant le traitement national, la nation la plus favorisée et l'interdiction des obligations de résultat, puisqu'il faut démontrer que celles-ci sont « en soi » violatrices de droits humains. En outre, si les règles interdisant l'expropriation prévoient des exceptions liées à la notion d'intérêt public, dans laquelle on peut insérer les droits humains, celles-ci entraînent néanmoins toujours une compensation financière qui peut s'avérer extrêmement coûteuse pour un État. Enfin, la notion d'intérêt public est encore très floue et cette situation empêche les États d'anticiper de façon claire les circonstances dans lesquelles les investisseurs étrangers pourront recourir avec succès aux mécanismes de règlement des différends par suite des mesures qu'ils ont adoptées.