

Mandats du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises; du Rapporteur spécial sur le droit au développement; du Rapporteur spécial chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable; de l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels; de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones; de l'Expert indépendant pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable; et du Rapporteur spécial sur les droits à l'eau potable et l'assainissement

REFERENCE:
OL BDI 1/2019

11 mars 2019

Excellence,

Nous avons l'honneur de nous adresser à vous en nos qualités de Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises; Rapporteur spécial sur le droit au développement; Rapporteur spécial chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable; Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels; Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones; Expert indépendant pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable; et Rapporteur spécial sur les droits à l'eau potable et l'assainissement, conformément aux résolutions 35/7, 33/14, 37/8, 34/3, 33/12, 36/4 et 33/10 du Conseil des droits de l'homme.

Nous sommes des experts indépendants en droits humains, qui ont été nommés par le Conseil des droits de l'homme afin de faire rapport et de donner notre avis sur les questions relatives aux droits humains dans une perspective thématique ou spécifique à un pays. Nous faisons partie du système des procédures spéciales des Nations Unies, qui comporte 44 mandats thématiques et 12 mandats pays qui analysent une vaste gamme de questions relatives aux droits humains. De plus amples informations concernant le système des procédures spéciales sont disponibles sur la [page web du Haut-Commissariat aux droits de l'homme](#).

Nous vous écrivons au sujet du travail actuel du Groupe de travail III sur la réforme de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), la 37^{ème} session du Groupe de travail étant prévue à New-York du 1^{er} au 5 avril 2019. Prenant note des délibérations et décisions du Groupe de travail depuis sa 34^{ème} session jusqu'à sa 36^{ème}, nous souhaitons attirer l'attention du Groupe de travail sur les préoccupations suivantes, qui, à notre avis, mériteraient d'être examinées au cours de sa 37^{ème} session. Nous espérons que le Gouvernement de votre Excellence puisse être en mesure de les prendre en considération et de les proposer en tant que partie à l'agenda de réforme, en sa capacité d'Etat membre du Groupe de travail.

1. Nécessité d'une réforme systématique de RDIE

D'emblée, nous souhaiterions exprimer notre préoccupation générale face au fait que les accords internationaux d'investissement (AII) et leur mécanisme de RDIE se sont souvent révélés incompatibles avec le droit international relatif aux droits de l'homme et la primauté du droit. Les détenteurs de mandats des procédures spéciales de l'ONU ainsi que d'autres experts en matière de droits humains ont souligné à maintes reprises les risques que représentent les AII et RIDE en ce qui concerne l'espace réglementaire nécessaire aux États pour se conformer à leurs obligations internationales en matière de droits humains et atteindre les objectifs de développement durable (ODD)¹. La nature asymétrique inhérente du système de RDIE, le manque d'obligations des investisseurs en matière de droits humains, les coûts exorbitants associés aux procédures de RDIE et le nombre très élevé de sentences arbitrales sont quelques-uns des éléments qui conduisent à une restriction indue de la marge de manœuvre des États en matière de fiscalité et compromettent leur capacité à réglementer les activités économiques et à réaliser les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux.² Le système des RDIE peut également avoir des conséquences négatives sur le droit des communautés affectées à demander réparation effective contre les investisseurs pour des abus de droits humains qui seraient liés à certains projets.³ Dans de nombreux cas, les mécanismes de RDIE, ou la simple menace d'y avoir recours, ont causé un froid réglementaire et découragé les États à prendre des mesures visant à la protection et à la promotion des droits humains.⁴

-
- ¹ Voir, "UN Experts Voice Concern over Adverse Impacts of Free Trade and Investment Agreements on Human Rights" (2 Juin 2015), <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031>; "Investor-State dispute settlement undermines rule of law and democracy, UN expert tells Council of Europe" (19 Avril 2016), <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=19839&LangID=E>; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale no 24 (2017) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises, UN Doc. E/C.12/GC/24 (10 Août 2017); Groupe de Travail de l'ONU sur la question des droits de l'homme et des entreprises transnationales et autres entreprises, « Accès à des recours effectifs en vertu des principes directeurs sur les entreprises et les droits de l'homme : mise en œuvre de du cadre des Nations Unies : Protéger, Respecter et Réparer », UN Doc. A/72/162 (18 Juillet 2017); Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, " Droits de l'homme, commerce et investissement " UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 Juillet 2003); Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, UN Doc A/HRC/33/42 (11 Août 2016); Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, sur l'impact de l'investissement international et du libre-échange sur les droits humains des peuples autochtones, UN Doc. A/70/301 (7 Août 2015), Rapport de l'Expert indépendant pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, Alfred Maurice de Zayas, UN Doc A/ HRC/33/40 (12 Juillet 2016); Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, Olivier De Schutter, Addendum, UN Doc A/HRC/19/59/Add.5 (19 Décembre 2011).
- ² Voir CNUCED, Improving investment dispute settlement: UNCTAD policy tools (Volume 4, Novembre 2017).
- ³ Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) et le Groupe de Travail de l'ONU sur la question des droits de l'homme et des entreprises transnationales et autres entreprises, "Impacts of the International Investment Regime on Access to Justice" (Septembre 2018), https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI_UNWGBHR_InternationalInvestmentRegime.pdf
- ⁴ Voir par exemple: Philip Morris c. Uruguay; Philip Morris c. Australie; Ethyl Corporation c. Canada. Voir aussi: Rapport de l'Expert indépendant pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, A/70/285 (2015).

Ainsi, la réforme actuelle du RDIE constitue une réelle opportunité permettant d'apporter des changements structurels et systématiques à l'architecture de RDIE. Bien que répondre aux préoccupations procédurales identifiées lors des sessions précédentes, contribuerait à améliorer l'efficacité du système de RDIE, cela ne permettrait pas de remédier au déséquilibre des pouvoirs entre investisseurs et Etats, qui sont fortement ancrés dans l'architecture même du système de RDIE. Les propositions de réformes actuelles, qui sont limitées dans leur portée et nature, ne peuvent qu'offrir des solutions superficielles aux symptômes des défauts fondamentaux qui font partie du système de RDIE. Nous croyons qu'il est nécessaire qu'un changement systémique et fondamental s'opère, lequel impliquerait un mouvement vers un système multilatéral plus équitable et transparent qui prendrait en considération les droits et obligations des investisseurs et des Etats en conformité avec tous les standards de droit international étant applicables et les standards relatifs aux droits humains, droit du travail et droit de l'environnement. Une attention particulière devrait être portée aux impacts négatifs disproportionnés des mécanismes de l'IAs et du RDIE sur les femmes et les peuples autochtones, en particulier en ce qui a trait à l'extraction des ressources au sein ou à proximité des territoires autochtones.

En appelant à une réforme fondamentale du système de RDIE, nous souhaitons souligner les raisons fondamentales pour lesquelles la CNUDCI a été établie par l'Assemblée générale de l'ONU en 1966. Son principal objectif est de promouvoir l'harmonisation et l'unification progressive du droit international de l'investissement, en conformité avec l'article 1, paragraphe 3 de la Charte de l'ONU⁵. Cet article énonce un des objectifs de l'ONU qui est de « réaliser 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 distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion »⁶. Ainsi, le mandat de la CNUDCI consiste à contribuer au développement du droit commercial international dans le but de renforcer la coopération internationale dans les domaines économique et social et le respect des droits humains. En fait, l'Assemblée générale a reconnu depuis longtemps l'importance « des cadres juridiques justes, stables (...) pour promouvoir le développement durable (et) équitable » et du rôle que joue la CNUDCI dans le modelage de tels cadres juridiques.⁷

Le rôle de la CNUDCI est d'autant plus critique dans le contexte de l'Agenda 2030 et des ODD, qui réaffirment l'importance d'« un environnement économique international porteur et notamment par des échanges internationaux, des systèmes monétaires et financiers et une gouvernance économique mondiale renforcée. »⁸ Il y a un

⁵ Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 2205 (XXI), 17 Décembre 1966, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/006/24/img/NR000624.pdf?OpenElement>.

⁶ Nations Unies, Charte des Nations Unies, 24 Octobre 1945, 1 UNTS XVI, art 1(3).

⁷ Assemblée Générale des Nations Unies, Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, A/RES/67/1 (2012), par. 8, disponible en ligne à: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/67/pdf/N1247867.pdf?OpenElement>.

⁸ Assemblée Générale des Nations Unies, Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, Résolution, A/RES/70/1, par. 63.

besoin critique de réformer les IIA et RDIE afin qu'ils favorisent les investissements internationaux qui contribuent efficacement à la réalisation de tous les droits de l'homme et des ODD, plutôt que d'entraver leur réalisation.⁹ A notre avis, un tel changement de paradigme est non seulement souhaitable mais nécessaire pour la mise en œuvre effective du mandat de la CNUDCI.

Nous souhaiterions également réitérer que tous les Etats, y compris les Etats membres du Groupe de travail III, ont l'obligation de réformer le système de RDIE en conformité avec leurs obligations en matière de droits humains. Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui ont été unanimement approuvés par le Conseil des droits de l'homme en juin 2011 (A/HRC/RES/17/31) après des années de consultations avec les gouvernements, la société civile et la communauté des affaires, prévoient des orientations faisant autorité en la matière. Le Principe 9 rappelle aux Etats de « maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement. » Le Principe 10 prévoit également que « les États, lorsqu'ils agissent en qualité de membres d'institutions multilatérales (...), devraient: a) s'efforcer de garantir que ces institutions ne restreignent pas les capacités de leurs États membres à remplir leur obligation de protéger les droits de l'homme ni n'empêchent les entreprises de respecter ces droits; b) encourager ces institutions, dans le cadre de leurs mandats et de leurs capacités respectifs, à promouvoir le respect des droits de l'homme (...). » Il est crucial que toutes futures réformes des IIA ou RDIE soient cohérentes avec les Principes directeurs et autres normes de droit international relatif aux droits de l'homme.

2. Préoccupations qui ont été identifiées comme souhaitables pour une réforme dans le cadre existant

Nous prenons note des grandes catégories de préoccupations identifiées comme souhaitables pour les réformes qui ont été abordées au cours des sessions antérieures du Groupe de travail III, notamment: (a) les préoccupations relatives au manque de constance, cohérence, de prévisibilité et de régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux de RDIE; (b) des préoccupations concernant les arbitres et les décideurs; et (c) des préoccupations relatives au coût et à la durée des cas de RDIE. Bien que nous reconnaissons l'importance de répondre à ces préoccupations, ce serait une occasion manquée que de ne pas nous concentrer de plus près sur la modification des règles de procédure existantes relevant de ces trois catégories. À notre avis, le but de la réforme de RDIE devrait consister en des réformes systémiques visant à amener une plus grande cohérence des politiques et une prédictibilité, légitimité et effectivité du système de RDIE dans son ensemble. Les propositions de réforme actuelles, qui visent précisément à

⁹ Le Secrétaire général de l'ONU a également souligné l'importance de la réforme des accords internationaux d'investissement et a appelé les États membres à "envisager sérieusement la formulation de politiques globales sur les accords relatifs aux investissements internationaux, qui soient conformes à leurs stratégies nationales de développement". Rapport du Secrétaire général de l'ONU, Système financier international et développement (30 Juillet 2018), par. 63 et 73, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/245/49/pdf/N1824549.pdf?OpenElement>.

apporter des solutions procédurales *ad hoc*, ne vont manifestement pas assez loin pour remédier efficacement aux insuffisances profondes du système de RDIE dans son ensemble.

Cela dit, nous souhaitons saisir l'occasion pour commenter certaines des préoccupations identifiées et suggérer des moyens permettant de mieux refléter les normes relatives aux droits humains dans le cadre de travail existant.

(a) *Préoccupations concernant le manque de constance et de cohérence, de prévisibilité et régularité des décisions arbitrales des tribunaux de RDIE*

Bien que nous soyons d'accord avec le fait que certaines des préoccupations déjà soulevées visant la constance et la cohérence devraient être traitées dans le cadre du processus de réforme du mécanisme de RDIE qui est en cours,¹⁰ une plus grande attention devrait être dévouée à la constance et la cohérence des IIA et leur interprétation au regard du droit international relatif aux droits de l'homme et de l'Agenda 2030.

Tel que souligné précédemment par l'Expert indépendant sur la dette extérieure et les droits humains, le droit international relatif aux droits de l'homme est une partie intégrante du droit international et il devrait être possible de s'y référer comme une source de droit applicable dans les cas de RDIE. Néanmoins, les tribunaux d'investissement ont souvent rejeté l'importance des droits humains, ou les a pris en compte de manière inconsistante.¹¹ Tel que reflété dans les discussions de la 36^{ème} session du Groupe de travail III, le manque de constance dans l'interprétation et l'application substantielle des standards en matière de protection prévus au sein de sources de droit variées affecte la fiabilité, l'effectivité et la prédictibilité du régime de RDIE.

En vue de promouvoir une plus grande cohérence au sein du régime de RDIE, les tribunaux d'investissement devraient systématiquement et rigoureusement appliquer le droit international relatif aux droits de l'homme, les lois environnementales et régissant le domaine du travail ainsi que les standards internationaux reliés aux droits des peuples autochtones. En interprétant les IIA et en prenant des décisions arbitrales, ils devraient donner un poids suffisant aux obligations internationales en matière de droits humains ainsi qu'à la responsabilité des investisseurs corporatifs de respecter les droits humains en ligne avec les Principes directeurs relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises. De tels éléments de cohérence et de constance du mécanisme de RDIE sont cruciaux, en particulier parce que la validité des décisions arbitrales pourrait être contestée sur la base de prétentions limitées. En plus d'apporter des changements substantiels aux IIA, des révisions procédurales devraient également avoir un rôle à jouer afin d'atteindre cet objectif.

¹⁰ A/CN.9/WG.III/WP.150.

¹¹ Rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. A/72/153 (2017), par. 26.

(b) *Préoccupations concernant les arbitres et les décideurs*

Nous sommes d'accord avec les préoccupations concernant le manque de transparence et de diversité, la nomination des décideurs, les nominations répétées et la qualification des décideurs.¹² Concernant les futurs arbitres et décideurs, des connaissances et formations plus variées devraient être prises en considération lors de la sélection et de la nomination, en vue d'assurer que les tribunaux de RDIE donnent toujours suffisamment de poids aux obligations des États en matière de droits humains, aux considérations d'ordre public ainsi qu'aux lois et aux circonstances locales lorsqu'ils prennent des décisions arbitrales. La connaissance du droit international public, y compris des lois internationales relatives aux droits de l'homme, au droit du travail et de l'environnement, ainsi que des normes internationales relatives aux droits des peuples autochtones, devraient constituer l'un des critères pertinents pour la sélection et la nomination d'arbitres et de décideurs. Diversifier le vivier d'arbitres et de décideurs en exigeant des connaissances et une formation appropriée en droit international pourrait contribuer à répondre à la préoccupation susmentionnée concernant les interprétations divergentes des normes de fond et à promouvoir une plus grande constance et cohérence dans les décisions arbitrales.

(c) *Préoccupations concernant le coût et la durée des cas de RDIE*

Nous réitérons nos préoccupations concernant l'impact négatif des coûts très élevés et de la grande valeur des décisions du RDIE en ce qui a trait à l'espace fiscal et réglementaire nécessaire pour les États afin de protéger les droits humains. À cet égard, une option qui pourrait être envisagée pour atténuer cet impact pourrait consister en l'établissement de règles permettant d'exclure les demandes de RDIE lorsque celles-ci concernent des mesures prises dans la poursuite d'un intérêt public, tel que les droits humains ou des préoccupations sociales ou environnementales, à moins que ces mesures ne soient arbitraires ou abusives. La valeur des demandes reconventionnelles par les États ou les communautés affectées à l'encontre des investisseurs afin de récupérer les dommages encourus devraient également être considérée.

(d) *Autres préoccupations : accès aux réparations et participation des tiers affectés*

À la lumière de la possibilité de considérer toutes "autres préoccupations non couvertes par les grandes catégories de réformes souhaitables déjà identifiées" au cours de la 37^{ème} session, nous souhaitons porter à l'attention du Gouvernement de votre Excellence deux questions qui méritent attention.

Premièrement, si le mécanisme de RDIE continue de permettre aux investisseurs (en tant que tiers parties aux IIA) d'emprunter une voie rapide spéciale pour rechercher des solutions pour protéger leurs intérêts économiques, la même voie devrait être rendue accessible aux communautés affectées par des projets liés à l'investissement. Tel que le

¹² Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur le travail de sa trente-sixième session (Vienne, 29 Octobre – 2 Novembre 2018), A/CN.9/964, par. 102.

Groupe de travail sur les droits de l'homme et les entreprises l'a souligné dans son rapport à l'Assemblée Générale en 2017, « toutes les routes devraient mener à une réparation. »¹³ Le mécanisme de RDIE devrait être utilisé pour créer des moyens supplémentaires de tenir les investisseurs institutionnels responsables des violations des droits de l'homme. Cela résoudra en partie l'asymétrie systématique à laquelle nous avons fait référence au début de cette lettre.

La deuxième question et préoccupation concerne l'incapacité des tiers concernés à participer de manière significative dans les procédures de RDIE. En ce moment, il y a très peu d'opportunité de participer dans le processus de RDIE pour les tiers affectés, et ce même dans les cas où certains projets d'investissements ont causé des impacts négatifs importants sur l'environnement et les droits humains des communautés et des individus. Malgré que certaines procédures de RDIE puissent permettre aux tiers de déposer un *amicus curiae*, les tribunaux d'investissements ont pleine discrétion afin de déterminer s'ils acceptent ou non les *amicus curiae*. Dans la pratique, les *amicus curiae* sont souvent rejetés ou se voient considérés de façon limitée par les tribunaux, même s'ils sont acceptés.¹⁴ Ils se limitent également aux observations écrites et les pétitionnaires n'ont souvent aucun accès, voire un accès limité, aux informations relatives aux autres dossiers ou à l'audience.¹⁵ Les *amicus curiae* ne peuvent donc pas être considérés comme une participation effective. Pour maintenir la légitimité du RDIE, il est impératif que les communautés et les personnes touchées, ainsi que les organisations d'intérêt public, soient en mesure de participer efficacement au processus de RDIE et puissent présenter leurs opinions, preuve et perspective dans leur entièreté.¹⁶

En conclusion de nos observations, nous souhaiterions réitérer que la légitimité et l'effectivité du processus de réforme de RDIE dépendra de la mise en œuvre du mandat de la CNUDCI et de l'engagement des Etats membres à aligner la réforme avec leur obligation de réaliser les droits humains et les ODD. Nous exhortons le Gouvernement de votre Excellence à placer les ODD et la pleine réalisation des droits humains au centre de toutes discussions portant sur la réforme de la gouvernance économique. Nous serions ravis de toute opportunité de discussion avec le Gouvernement de votre Excellence et le Groupe de travail III à cet égard.

Veillez noter que cette lettre a été transmise à tous les membres du Groupe de travail III et qu'une copie a également été envoyée au secrétariat de la CNUDCI.

Cette communication, en tant que commentaire sur les lois, règlements ou politiques en instance ou récemment adoptés, ainsi que toute réponse reçue du Gouvernement de votre Excellence, seront rendues publiques dans un délai de 48 heures sur le site internet rapportant les communications. Elles seront également disponibles par la suite dans le rapport habituel présenté au Conseil des droits de l'homme.

¹³ A/72/162, par. 56 et 75-78.

¹⁴ Voir CCSI et Groupe de travail sur les droits de l'homme et les entreprises, note 3.

¹⁵ Lorenzo Cotula et Mika Schröder, *Community perspectives in investor-state arbitration* (2017), p. 23.

¹⁶ Rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. A/72/153 (2017), par. 74.

Veillez agréer, Excellence, l'assurance de notre haute considération.

Surya Deva
Président-Rapporteur du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises

Saad ALFARARGI
Rapporteur spécial sur le droit au développement

David R. Boyd
Rapporteur spécial chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable

Juan Pablo Bohoslavsky
Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels

Victoria Lucia Tauli-Corpuz
Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones

Livingstone Sewanyana
Expert indépendant pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable

Léo Heller
Rapporteur spécial sur les droits à l'eau potable et l'assainissement