



DROITS DE L'HOMME DANS LES POLITIQUES COMMERCIALES ET D'INVESTISSEMENT : LES PERSPECTIVES OFFERTES PAR UN TRAITÉ DE L'ONU SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET AUTRES ENTREPRISES

INTRODUCTION

Le régime de l'investissement et du commerce international est sous le feu des projecteurs. Plusieurs accords de grande envergure ont fait l'objet de vifs débats publics et leur avenir a été remis en cause dans certains cas au motif de leur impact. Bien que les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange se soient multipliés au cours des dernières décennies, leurs incidences sur les droits de l'homme n'ont pas été suffisamment prises en compte.

À titre d'exemple,¹ les exportations agricoles de l'Union européenne (UE) ont provoqué une chute des prix des denrées alimentaires dans les pays en développement au cours de ces dernières années, qu'il s'agisse du lait en poudre au Burkina Faso et au Bangladesh ou de la viande de volaille au Ghana. De nombreux petits exploitants ont été acculés à la pauvreté, voire évincés des marchés, les productrices étant parmi les premières touchées. Ce type d'exportations se traduit par des atteintes au droit à l'alimentation et à d'autres droits sociaux, et ruine les efforts déployés en vue d'améliorer la durabilité et de réduire les effets des modèles de production et de consommation sur le climat.

La demande de suppression des taxes à l'exportation pourrait entraîner une augmentation de l'activité minière, un secteur où les dommages écologiques, climatiques et les atteintes aux droits de l'homme, notamment via l'expropriation foncière au détriment des moyens de subsistance des femmes, ne sont que trop fréquents. Les dispositions relatives à la protection des investisseurs permettent aux investisseurs étrangers de contester les réglementations nationales et de réclamer

des milliards d'euros d'indemnités au titre de l'injustice ressentie ou d'une expropriation indirecte. Ils peuvent engager des poursuites, y compris contre les réformes qui concernent la propriété foncière, l'approvisionnement en eau ou les soins de santé ou qui cherchent à protéger les droits de l'homme et l'environnement.²

La CIDSE et ses organisations membres coopèrent étroitement avec des organisations locales, généralement des organisations de femmes, qui travaillent avec des communautés dont les droits et les moyens de subsistance ont été remis en cause par ce type d'accords commerciaux. Nous menons une action de plaidoyer afin que cette réalité soit prise en compte dans le cadre de divers accords, notamment ceux que l'UE a conclus avec le Pérou, la Colombie, l'Amérique centrale, l'Inde ou divers pays et régions d'Afrique. Nous avons proposé de réformer certains instruments en y insérant des clauses afférentes aux droits de l'homme et des évaluations d'impact sur la durabilité.³ Nous avons analysé les récents cycles de négociation, notamment entre l'UE et le Canada ou les États-Unis, afin de déterminer s'ils étaient conformes aux normes internationales relatives aux entreprises et aux droits de l'homme.

Adoptés par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies en 2011, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme couvrent explicitement les accords internationaux afférents au commerce et à l'investissement et soulignent clairement que la protection des droits de l'homme dans ce contexte est une obligation permanente qui incombe aux États. Ils enjoignent à ces derniers de veiller à conserver des capacités suffisantes en matière de politiques et de règlements pour s'acquitter de cette obligation.

¹ Armin Paasch (MISEREOR), «The fig-leaf approach to human rights», D+C Development and Cooperation, 11 octobre 2016. <https://www.dandc.eu/en/article/eu-trade-policies-do-not-take-human-rights-account-appropriately>.

² Au Guatemala, par exemple, des notes internes du gouvernement obtenues grâce à la loi sur la liberté d'information montrent que le risque d'un tel procès a lourdement pesé sur la décision du gouvernement de ne pas contester une mine d'or controversée et ce, malgré les protestations des citoyens et bien que la Commission interaméricaine des droits de l'homme en ait recommandé la fermeture. Lorna Gold (Trocaire) entre autres, «The impact on and opportunities in relation to TTIP», 2016, <https://www.trocaire.org/sites/default/files/resources/policy/trocaire-attac-submission-to-jobs-committee-jan-2016.pdf>.

³ Propositions soumises par la CIDSE à la Commission européenne dans le cadre de la consultation publique sur le manuel d'évaluation de l'incidence des négociations commerciales de l'UE sur le développement durable, 2015.

Par ailleurs, le Conseil des droits de l'homme a adopté en 2014 la résolution 26/9 portant sur la création d'un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant qui réglerait les activités des sociétés transnationales et autres entreprises au titre du droit international des droits de l'homme. Les modalités permettant à ce traité de résoudre les conflits potentiels entre le commerce et les politiques d'investissement d'une part, et les droits de l'homme, d'autre part, et d'assurer la primauté de ces derniers, figuraient parmi les questions clés abordées lors des première et deuxième sessions du groupe en 2015 et 2016.

Pour contribuer à ce débat au travers d'une analyse plus approfondie, la CIDSE a commandité une étude au Professeur Markus Krajewski de l'Université d'Erlangen-Nürnberg (Allemagne). Cette étude, intitulée «Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights»,⁴ illustre, au travers d'exemples concrets, les domaines d'antagonisme potentiel entre les obligations d'un État en vertu de ses accords de commerce et d'investissement actuels, et ses obligations au titre du droit international des droits de l'homme. L'étude se penche ensuite sur les différents scénarios de réforme envisagés pour les instruments et mécanismes de réglementation du commerce et de l'investissement. Enfin, elle examine dans quelle mesure un futur traité sur les entreprises et les droits de l'homme aiderait à surmonter les limites et les lacunes de ces réformes et à assurer la primauté du droit relatif aux droits de l'homme sur le droit relatif au commerce et aux investissements.

LES RAISONS D'UNE RÉFORME FONDAMENTALE

”

« L'activité d'entreprise [...] est une vocation noble orientée à produire de la richesse et à améliorer le monde pour tous. »

Pape François, *Laudato Si'* sur la sauvegarde de la maison commune, 129.

La CIDSE estime que la contribution des entreprises au bien-être des populations et au respect des droits de l'homme va de pair avec la réforme des politiques commerciales et d'investissement. Comme indiqué précédemment, de nombreux éléments attestent des incidences négatives que la pratique de ces accords et que les interventions des sociétés peuvent avoir sur les droits de l'homme en général, et sur les moyens de subsistance des femmes en particulier.

Des questions de justice sont fondamentalement en jeu. La capacité d'amender des lois nationales injustes, telles que la loi minière au Guatemala – qui autorise l'usage du cyanure et n'impose que 1% de redevances – peut-elle être entravée par les dispositions des accords de commerce et d'investissement ? Les investisseurs étrangers doivent-ils bénéficier d'un accès privilégié à des cours d'arbitrage privés lorsqu'ils s'estiment lésés dans leurs droits, alors que les particuliers et les communautés dont les droits ont été bafoués doivent se battre

pour avoir accès à la justice? En pratique, les accords de commerce et d'investissement déséquilibrent les rapports de force en élargissant la panoplie d'outils dont les entreprises internationales disposent pour influencer les décisions concernant la réglementation nationale sur les droits du travail, de la santé et sur les normes environnementales. Cette situation est préjudiciable à la démocratie et aux obligations internationales et constitutionnelles de respect de la dignité humaine, des droits de l'homme et du bien commun qui incombent aux États.

Ces questions sont au cœur d'une inquiétude croissante des citoyens et de vastes mobilisations contre les accords de commerce et d'investissement dans leur forme actuelle. De récentes évolutions politiques ont souligné la nécessité de repenser notre système d'échange international, la réalité des filières d'approvisionnement mondiales des entreprises et les réglementations nationales inadéquates ou inappliquées. Ces problèmes ne peuvent être résolus au plan national. En complément des efforts considérables déployés par les acteurs locaux, y compris les mouvements sociaux, la société civile et les acteurs ecclésiastiques, d'autres mesures sont nécessaires au plan international pour assurer un respect constant des droits de l'homme, ainsi que la cohérence des politiques avec les engagements internationaux en matière de développement durable et de changement climatique.

LES RÉFORMES DE LA POLITIQUE COMMERCIALE ET LEURS LIMITES

La CIDSE et ses organisations membres préconisent diverses réformes des accords de commerce et d'investissement, pour éviter tout repli et au contraire favoriser un élargissement de l'espace politique alloué à la protection des droits de l'homme au plan national. Nous avons réussi à convaincre l'UE de la nécessité d'intégrer de solides chapitres sur les droits de l'homme dans les études d'impact sur la durabilité des accords de commerce. Mais ces évaluations d'impact n'arrivent généralement à leur terme qu'après que les négociations commerciales ont considérablement progressé et qu'il est devenu difficile de changer de cap.

Les organisations membres de la CIDSE ont par ailleurs proposé que les droits de l'homme figurent dans les clauses d'exception des accords de commerce et d'investissement, pour s'assurer que les dispositions desdits accords ne puissent contrecarrer l'adoption de mesures répondant à un objectif de respect, de protection ou de réalisation des droits de l'homme, de respect des principes démocratiques et de l'État de droit dans les politiques internes et internationales.⁵ Cette clause modèle, élaborée par le Professeur Lorand Bartels pour MISEREOR et pour l'Institut allemand des droits de l'homme, proposait en outre la création d'un mécanisme de plainte pour la société civile et offrait la possibilité de réécrire les clauses problématiques des accords de commerce. Elle n'a toutefois pas été retenue.

Jusqu'ici, l'expérience montre que les Principes directeurs, mais non contraignants, de l'ONU n'ont pas incité les États à revoir fondamentalement les modalités pratiques de leurs accords de commerce et d'investissement et qu'il conviendrait de passer à la vitesse supérieure.

⁴ <http://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/ensuring-the-primacy-of-human-rights-in-trade-and-investment-policies.html>.

⁵ Lorand Bartels, « A Model Human Rights Clause for the EU's International Trade Agreements », MISEREOR / German Institute for Human Rights, 2014. http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Studie_A_Model_Human_Rights_Clause.pdf.

L'Accord économique et commercial global (CETA) conclu entre l'UE et le Canada ne contient aucune disposition qui ressemble à une mise en œuvre des Principes directeurs, et cela vaut aussi pour la clause du « droit de réglementer » qui n'est assortie d'aucune obligation en matière de droits de l'homme. Selon une étude commanditée par CAFOD, il en va de même pour le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), négocié entre l'UE et les États-Unis.

Les textes de négociation du TTIP ne disent pas clairement que les mesures prises par les gouvernements pour se prémunir d'effets préjudiciables pour les droits de l'homme et pour améliorer la performance des entreprises en matière de droits de l'homme relèvent des « objectifs légitimes de la politique publique ». ⁶ Comme le souligne le professeur Krajewski, les dispositions relatives au « droit de réglementer » reposent en outre sur une perception erronée de la nature des accords de commerce et d'investissement : elles ne remettent généralement pas en cause le droit de réglementer des États. Mais elles limitent le choix politique aux options qui affectent le moins les bénéficiaires des sociétés et qui obligent les États à verser des compensations lorsque leurs mesures entrent en conflit avec les dispositions de l'accord commercial. Les clauses relatives au « droit de réglementer » s'avèrent donc en grande partie inefficaces.

L'idée d'une cour de justice internationale des investissements a été avancée pour remplacer les panels privés qui jusqu'ici tranchent les litiges entre les États et les investisseurs étrangers. Cela revient à dire que les investisseurs étrangers jouiraient d'un droit spécial de poursuites à l'encontre des organismes d'État. Or, il existe déjà plusieurs instances auprès desquelles les investisseurs peuvent engager des poursuites judiciaires et défendre leurs droits commerciaux. Alors que dans le même temps, la fourniture d'un accès significatif aux tribunaux pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme pétine...

LES PERSPECTIVES OFFERTES PAR UN TRAITÉ DE L'ONU

”

« L'activité d'entreprise devrait s'employer à promouvoir de meilleures conditions de vie et de bien-être pour les populations pauvres et les communautés autochtones. »

Mgr Álvaro Ramazzini, Évêque de Huehuetenango, Guatemala, lors d'un panel au Parlement européen, mars 2017.

Ce qui précède montre clairement que les réformes actuelles en matière de politique commerciale sont restées limitées. Il conviendrait d'établir des règles de droit international précises en vue de garantir la primauté des droits de l'homme sur le droit commercial et le droit des investissements. L'étude du Professeur Krajewski propose et explique des clauses modèles dans trois domaines spécifiques des politiques de commerce et d'investissement, qui pourraient figurer dans un traité sur les entreprises et les droits de l'homme. La CIDSE insiste sur les aspects primordiaux suivants :

» 1. RÉGLEMENTER LA RELATION ENTRE LES DROITS DE L'HOMME ET LES ACCORDS DE COMMERCE ET D'INVESTISSEMENT

Les dispositions du traité pourraient réglementer la relation entre les accords de commerce et d'investissement et les droits de l'homme par l'entremise d'une clause spécifique de suprématie ou d'exigences garantissant le respect des droits de l'homme dans les litiges de commerce et d'investissement et par l'inclusion d'obligations et de clauses relatives aux droits de l'homme dans les futurs accords de commerce et d'investissement.

Tous les traités internationaux étant sur un pied d'égalité, le traité de l'ONU pourrait instituer une primauté formelle des obligations en matière de droits de l'homme sur les accords de commerce et d'investissement au travers d'une clause explicite de suprématie, de sorte qu'en cas de conflit entre lui (le traité) et un autre accord conclu entre deux ou plusieurs de ses parties signataires, il prévale sur cet accord. Ce serait le scénario offrant la protection la plus forte. À défaut, le traité pourrait inclure une disposition disant que les parties signataires incorporeront une clause d'exception dans leurs accords de commerce et d'investissement, faisant référence aux obligations et aux instruments relatifs aux droits de l'homme et couvrant les politiques internes et internationales.

S'agissant des litiges afférents au commerce et aux investissements, la CIDSE est d'avis qu'aucun nouvel accord conférant aux investisseurs un droit particulier de poursuivre les États ne devrait être conclu et que les accords existants qui prévoient des mécanismes spéciaux de règlement des litiges devraient être résiliés. Si ces accords existants devaient être maintenus, une disposition du traité visant à reconnaître ses obligations conventionnelles en matière d'investissement et de règlement des litiges commerciaux pourrait établir une norme minimale.

L'étude du professeur Krajewski note que le rééquilibrage et la restructuration de la relation entre les règles d'investissement et de commerce et les droits de l'homme dans le cadre d'un traité a peu de chances d'avoir un impact négatif sur le commerce et les investissements de ses parties signataires.

» 2. ÉVALUATIONS D'IMPACT SUR LES DROITS DE L'HOMME

Le traité pourrait obliger les États à procéder à des analyses d'impact sur les droits de l'homme avant, pendant et à l'issue de la négociation d'un nouveau traité de commerce et d'investissement et à examiner périodiquement l'impact de ce traité sur les droits de l'homme.

Au vu de l'analyse qui précède, des évaluations d'impact sur les droits de l'homme s'avèrent nécessaires pour veiller à ce que les droits des femmes, des peuples autochtones, des petits exploitants, des travailleurs informels, des enfants et des personnes handicapées ainsi que les obligations en matière de droits de l'homme qui en découlent et qui incombent aux États reçoivent toute l'attention voulue. Pour rendre les politiques commerciales cohérentes avec la durabilité et les droits de l'homme, les évaluations d'impact doivent éclairer les décisions

⁶ CAFOD, «Leader or laggard? Is the UK meeting its commitments on business and human rights?», novembre 2016.

relatives au mandat de la négociation – en envisageant un plus large éventail de scénarios – tout au long du cycle de négociation et durant la mise en œuvre de l'accord commercial. Le traité pourrait également préciser les termes et conditions de l'évaluation.

» 3. OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME POUR LES SYSTÈMES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION ET DE GARANTIE D'INVESTISSEMENT

Le traité sur les entreprises et les droits de l'homme pourrait préciser les obligations des organismes de crédit à l'exportation et de garantie des investissements.

Une étude commanditée par MISEREOR et d'autres organisations arrive à la conclusion que l'organisme allemand de crédit à l'exportation et la banque publique KfW IPEX n'ont pas correctement identifié les risques environnementaux et humains liés à la construction et au fonctionnement de deux centrales au charbon en Afrique du Sud avant d'accorder un soutien et un financement partiel à ces projets. L'exploitation des mines de charbon et les centrales électriques au charbon ont des incidences négatives sur l'eau, l'alimentation et la santé des communautés locales, c.-à-d. sur des droits de l'homme liés à l'environnement.⁷

Comme le déclarent les Principes directeurs des Nations unies, le crédit à l'exportation et les assurances ou garanties d'investissement jouent un rôle important dans le contexte des entreprises et des droits de l'homme. Les incitations économiques en faveur des investisseurs étrangers ou des exportateurs ne sont généralement pas considérées par les accords de commerce et d'investissement (à l'exception de l'Agence multilatérale de garantie des investissements). Or, ils peuvent avoir une incidence considérable sur la situation des droits de l'homme dans le pays hôte ou importateur. La plupart des systèmes nationaux de garantie des crédits à l'exportation et de garantie des investissements se fondent sur des lois ou des politiques nationales. En dehors des approches communes volontaires de l'OCDE, il n'existe pas, au plan international, de règles contraignantes pour les organismes de garantie des exportations ou des investissements.

Le traité pourrait apporter une valeur ajoutée dans ce domaine en fixant des normes qui instaurent une égalité de traitement. L'objectif serait que les entreprises qui reçoivent un appui financier ou autre ne se rendent ni coupables ni complices d'atteintes aux droits de l'homme et que cet appui ne les y incite pas. Les obligations pourraient être remplies au travers de mesures concrètes, telles que les exigences en matière d'évaluation d'impact sur les droits de l'homme et / ou du devoir de diligence relatif à la protection des droits de l'homme et par la suppression des avantages en cas d'abus.

« Une étude de l'impact sur l'environnement ne devrait pas être postérieure à l'élaboration d'un projet de production ou d'une quelconque politique, plan ou programme à réaliser. Il faut qu'elle soit insérée dès le début, et élaborée de manière interdisciplinaire, transparente et indépendante de toute pression économique ou politique. »
Laudato Si' sur la sauvegarde de la maison commune, 183.

CONCLUSIONS

Cette étude permet à la CIDSE de proposer quelques dispositions qui pourraient figurer dans le traité et servir de base à une discussion plus large. Le groupe de travail intergouvernemental qui se réunira au mois d'octobre 2017 entamera les négociations sur le projet de texte du traité, le moment est donc propice à la formulation de telles propositions. Pour la CIDSE et ses organisations membres, il est essentiel que l'élaboration du traité ne se fasse pas dans une bulle, mais en tenant compte de tous les paramètres, y compris de sa relation avec les accords de commerce et d'investissement, afin de renforcer plutôt que de restreindre la protection des droits de l'homme.

Comme le déclare le professeur Markus Krajewski dans ses conclusions, le régime international des accords de commerce et d'investissement souffre actuellement d'une véritable crise de légitimité ; c'est une occasion pour introduire de nouvelles approches juridiques eu égard à la relation entre les droits de l'homme et les politiques commerciales et d'investissement.

Le régime du commerce et de l'investissement est à la croisée des chemins. Depuis que l'Accord économique et commercial global (CETA) a été conclu, il est cité en exemple pour l'élaboration des accords de commerce de nouvelle génération, y compris les futurs accords bilatéraux britanniques. Le CETA présente pourtant d'évidentes limites, comme nous l'avons souligné précédemment. L'UE cherche aussi à façonner un nouveau modèle d'accords d'investissement, à commencer par les accords en cours de négociation avec des pays comme le Myanmar. C'est donc le moment ou jamais de favoriser le débat, la réflexion autour des questions de justice et de nouvelles idées et mesures afin de mettre le commerce et l'investissement au service de la protection plutôt que des atteintes aux droits de l'homme et de rétablir la confiance des citoyens dans la capacité des gouvernements à agir dans l'intérêt commun.

⁷ MISEREOR / Action Aid / MACUA. « When only the coal counts – German co-responsibility for human rights in the South African coal sector », 2017.

Ce document est disponible en allemand, anglais, espagnol, français et italien sur www.cidse.org/resources

La CIDSE est une famille internationale d'organisations catholiques œuvrant pour la justice sociale. Ensemble, nous nous employons à promouvoir la justice, à mobiliser les forces de la solidarité mondiale et à créer un changement transformationnel pour mettre fin à la pauvreté et aux inégalités. Pour ce faire, nous dénonçons les injustices et les inégalités du système, de même que la destruction de la nature. Nous croyons en un monde où chaque être humain est en droit de vivre dignement.

Contact:

Denise Auclair – auclair@cidse.org – CIDSE – Rue Stévin 16, B-1000 Brussels
T: +32 2 230 77 22 – F: +32 2 230 70 82 – www.cidse.org