



Assemblée générale

Distr. générale
11 août 2014
Français
Original : anglais

Soixante-neuvième session

Point 69 b) de l'ordre du jour provisoire*

Promotion et protection des droits de l'homme :
questions relatives aux droits de l'homme,
y compris les divers moyens de mieux assurer
l'exercice effectif des droits de l'homme
et des libertés fondamentales

Droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre à l'Assemblée générale le rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, Anand Grover, lequel rapport est soumis conformément aux résolutions 6/29 et 15/22 du Conseil des droits de l'homme.

* A/69/150.



Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale

Résumé

Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial analyse un certain nombre d'éléments essentiels qui influent sur la mise en œuvre effective et entière du cadre de protection du droit à la santé. Il commence par réaffirmer le caractère justiciable des droits économiques, sociaux et culturels, y compris le droit à la santé, en rappelant l'indivisibilité et l'interdépendance de tous les droits de l'homme et en mettant l'accent sur l'entrée en vigueur opportune du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en 2013 et du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications en 2014. Le Rapporteur spécial se penche ensuite sur la notion de réalisation progressive du droit à la santé et souligne à cet égard qu'il importe que les États qui ne s'acquitteraient pas de leurs obligations en la matière soient contraints de le faire par des décisions judiciaires qui prennent acte des moyens de ces États et prévoient un suivi judiciaire et la participation de la société civile. Il s'intéresse ensuite à l'application insuffisante du principe de responsabilité parmi les entreprises transnationales et demande que ces dernières aient à répondre devant un mécanisme international des violations des droits de l'homme dont elles seraient responsables. Le Rapporteur spécial souhaite également qu'il soit procédé à un examen du système actuel d'accords internationaux d'investissement et du système de règlement des différends entre investisseurs et États dans le but de donner des chances égales aux entreprises transnationales et aux États. Le Rapporteur spécial conclut son rapport par un ensemble de recommandations précises visant à combler les lacunes qui subsistent dans la pleine réalisation du droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé possible.

I. Introduction

1. L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels définit les différents aspects du droit à la santé. Ce droit a fait l'objet d'un examen plus approfondi et d'une interprétation dans l'observation générale n° 14 (2000) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Le cadre de protection du droit à la santé énoncé dans cette observation générale donne aux individus les moyens de veiller à ce que les États respectent, protègent et fassent appliquer ce droit. Certaines questions sont cependant à envisager dans le contexte non seulement de ce cadre de protection international mais également du droit interne relatif au droit à la santé.

2. Contrairement aux obligations immédiates qui incombent aux États en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a souvent été considéré comme une énumération de droits dont l'exercice n'a pas à être assuré immédiatement. Cela a conduit à penser que les droits économiques, sociaux et culturels peuvent être réalisés indépendamment des droits civils et politiques et peuvent ne pas relever de la compétence des instances judiciaires. Mais c'est oublier que la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, y compris le droit à la santé, constitue une condition nécessaire au plein exercice des droits civils et politiques. Il est en outre souvent supposé que la réalisation du droit à la santé dépend des ressources disponibles. Cette façon de penser est également erronée car les États ont également besoin de moyens pour assurer l'application et l'exercice des droits civils et politiques. Il leur faut par exemple disposer des ressources nécessaires pour doter de moyens adéquats les services chargés de mener des enquêtes et assurer le fonctionnement des tribunaux, afin que les accusés aient droit à un procès équitable.

3. La réalisation de certaines des obligations relatives au droit à la santé peut dépendre des ressources disponibles et être progressive mais ce n'est pas le cas de toutes. Il importe de déterminer au terme d'un examen minutieux si les ressources des États sont utilisées rationnellement de manière à assurer l'exercice du droit à la santé. Il est tout aussi important d'examiner l'ensemble de ces ressources et de passer en revue la part affectée à la réalisation du droit à la santé. Les politiques adoptées par les États en vue d'assurer progressivement l'exercice du droit à la santé devraient être raisonnables, accorder une attention particulière aux groupes vulnérables, avoir été élaborées avec la participation des collectivités intéressées et permettre aux États de s'acquitter, au minimum, de leurs obligations fondamentales.

4. La mondialisation et la libéralisation des marchés ont permis aux entreprises transnationales de s'implanter sur les marchés nationaux et de renforcer ainsi leur domination des marchés mondiaux. Alors que ces entreprises ont la possibilité d'influer sur les politiques internationales et nationales, les États n'ont pas été en mesure de les réglementer afin de les empêcher de porter atteinte au droit à la santé. Les mesures prises à ce jour pour encadrer les activités des entreprises transnationales n'ont pas force contraignante et n'ont pas convaincu les industries de prévenir des violations du droit à la santé. En outre, les accords internationaux d'investissement et les systèmes de règlement des différends entre investisseurs et États privilégient les entreprises transnationales au détriment des fonctions souveraines des États en matière de législation et de décisions judiciaires. Les accords internationaux d'investissement existants ne prévoient aucun mécanisme de contrôle des activités des entreprises transnationales et beaucoup ne reconnaissent

pas la prérogative qu'ont les États d'adopter et de faire appliquer des lois relatives à la santé. Ce rapport de forces inégal est perpétué par le fait que les États n'ont souvent aucune possibilité, en vertu des accords internationaux d'investissement, de s'opposer aux entreprises transnationales qui portent atteinte au droit à la santé. En outre, les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États se caractérisent par leur partialité, leur opacité et leur caractère arbitraire. Ils ne permettent pas à des tierces parties d'accéder au système pour prouver que leur droit à la santé a été bafoué et obtenir réparation.

II. Justiciabilité du droit à la santé

5. Si l'application du droit à la santé a considérablement progressé depuis l'élaboration du cadre de protection du droit à la santé, la possibilité d'invoquer ce droit devant des instances judiciaires (ou « justiciabilité ») demeure contestée. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels confirme la justiciabilité générale des droits économiques, sociaux et culturels, mais ne donne pas de précisions sur les aspects de ces droits qu'il est possible de faire valoir devant des instances judiciaires¹. Tous les aspects du droit à la santé relèvent de la compétence des instances judiciaires et des tribunaux se sont prononcés sur des obligations précises afférentes au droit à la santé et les ont fait appliquer.

6. Les droits économiques, sociaux et culturels suscitent depuis longtemps moins d'intérêt que les droits civils et politiques car on considère à tort qu'ils ne relèvent pas de la compétence des instances judiciaires, du fait de l'existence présumée de différences fondamentales entre ces deux séries de droit. À l'origine, il n'était question que d'adopter un seul pacte international relatif aux droits de l'homme, qui aurait porté à la fois sur les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. Cependant, lors de l'élaboration de cet instrument, la Commission des droits de l'homme a estimé que ces droits étaient de nature différente et a convaincu l'Assemblée générale de la nécessité d'établir deux pactes distincts (A/2929, chap. II, par. 9). Il a été avancé, pour justifier cette décision, que « [les droits civils et politiques] étaient des droits de l'individu z "contre" l'État, c'est-à-dire contre l'intervention illicite et injuste de l'État » alors que la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels exigeait de la part des États la prise de mesures concrètes (ibid. par. 10).

7. La distinction entre ces deux séries de droits est artificielle, étant donné qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre elles. Toutes deux peuvent, aux fins de leur mise en œuvre, nécessiter des mesures concrètes et dépendre des ressources disponibles et relèvent de la compétence des instances judiciaires. La nécessité, énoncée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques [art. 2 2)], de prendre « les arrangements » nécessaires est une obligation concrète dont la réalisation prend du temps et requiert des ressources (A/56/55, par. 21 à 23). Le droit à un procès équitable oblige par exemple les États à mettre à disposition des salles d'audience, des spécialistes dûment formés et d'autres moyens, ce qui nécessite du temps, des moyens financiers et des compétences spécialisées. Le Comité des droits de l'homme estime que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques impose aux États des obligations à la fois négatives et positives².

¹ Observation générale n° 9 (1998), par. 10.

² Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 (2004), par. 6 à 8.

Il a été supposé que les droits civils et politiques relevaient de la compétence des instances judiciaires et que leur exercice pouvait être immédiatement assuré car l'infrastructure et les moyens de mise en œuvre existaient déjà au moment de l'élaboration des pactes.

8. La Déclaration et le Programme d'action de Vienne soulignent que les deux séries de droits sont indissociables, interdépendantes et intimement liées. Le fait que pour réaliser les droits d'une série, il faut également réaliser ceux de l'autre renforce ce constat. Il n'est par exemple pas possible de garantir l'égalité de traitement des hommes et des femmes dans tous les domaines, comme le droit de fonder une famille énoncé à l'article 23 2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, si le droit des femmes à la santé sexuelle et procréative n'est pas assuré par la réalisation préalable de leur droit d'accès à des installations, biens et services en matière de santé³.

9. La dignité est le fondement de tous les droits de l'homme et est mentionnée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes. Dans sa résolution 421 (V) E, l'Assemblée générale a reconnu qu'il ne pouvait y avoir de dignité sans le plein exercice des droits civils et politiques aussi bien qu'économiques, sociaux et culturels. Certains tribunaux nationaux ou régionaux ont supprimé la distinction artificielle entre les deux séries de droits en définissant un droit à la santé invocable par la reconnaissance de la dignité. La Cour suprême indienne a par exemple statué que pour « renforcer la dignité humaine », le droit à la vie devrait inclure le droit de bénéficier des nécessités élémentaires⁴. Ce droit est devenu un aspect à part entière du droit à la santé. La Cour interaméricaine des droits de l'homme estime que le droit à la vie est assorti de l'obligation positive « d'instaurer des conditions de vie minimales qui soient compatibles avec la dignité de la personne humaine », ce qui consiste entre autres à assurer aux groupes vulnérables les facteurs fondamentaux déterminants de la santé⁵.

10. Le droit à la santé impose aux États des obligations ayant un effet immédiat, qui se recoupent en partie. Il s'agit notamment des obligations immédiates relatives à la non-discrimination et à la prise de mesures visant à réaliser progressivement les droits, de l'obligation fondamentale d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel des droits et des obligations de respecter et de protéger. Les obligations immédiates ne relèvent pas de l'article 2 1) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Les obligations fondamentales consistent à assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel d'un droit⁶ et ne se réalisent pas progressivement. Les devoirs de respect et de protection s'apparentent aux obligations de respecter et de donner effet inscrites dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – car le devoir de donner effet comprend le devoir de protéger⁷ – qui relèvent à n'en pas douter de la compétence des instances judiciaires.

11. La mise en œuvre de ces obligations à effet immédiat peut dans les faits dépendre des ressources disponibles. Les États peuvent par exemple ne pas vouloir fournir des médicaments d'un coût élevé mais sont tenus, dans le cas des

³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 14, par. 14.

⁴ *Francis Coralie Mullin v. Administrator, Union Territory of Delhi and others*, 1981, par. 6 et 8.

⁵ *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*, jugement du 17 juin 2005, par. 162 à 165.

⁶ Voir observation générale n° 3 (1990), par. 10, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

⁷ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31, par. 8.

médicaments essentiels, de s'acquitter de cette obligation⁸. Même quand la réalisation d'une obligation à effet immédiat dépend des ressources disponibles, un État ne peut invoquer le manque de ressources pour défendre ou justifier le fait qu'il ne se soit pas acquitté de l'obligation en question.

12. Les décisions de tribunaux régionaux ou nationaux ont prouvé que ces éléments du droit à la santé relevaient tout à fait de la compétence des instances judiciaires.

13. Des instances judiciaires se sont déjà prononcées sur l'obligation immédiate de non-discrimination dans le domaine de la santé. Par exemple dans l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, la Cour suprême du Canada a statué que la loi intitulée *Medical and Health Care Services Act* était source de discrimination à l'égard des personnes sourdes ou malentendantes car l'absence de services d'interprétation de la langue des signes empêchait ces dernières de bénéficier dans des conditions d'égalité des avantages prévus par la loi.

14. Ainsi que l'a noté le Haut-Commissaire aux droits de l'homme dans un rapport présenté au Conseil économique et social, les mesures régressives sont présumées contraires à l'obligation d'agir en vue de la réalisation progressive des droits économiques, sociaux et culturels (E/2007/82, par. 19). Il appartient aux États de prouver qu'une mesure régressive ne constitue pas une violation de cette obligation. Il faut alors qu'un tribunal décide si une telle violation a eu lieu ou non. Dans sa décision n° 39/84 de 1984, la Cour constitutionnelle du Portugal a examiné une situation de ce type : le Gouvernement avait tenté d'abroger la loi portant création du Service de santé national. La Cour a statué que, une fois qu'un État s'acquitte d'une obligation constitutionnelle, la Constitution en interdit l'annulation. L'obligation, uniquement positive à l'origine, est ainsi devenue à la fois positive et négative.

15. Les obligations fondamentales ont fait l'objet de décisions judiciaires dans le cadre du droit à la vie, en vertu duquel les États sont tenus de fournir à la population les nécessités élémentaires. Par exemple, dans l'affaire *Reynoso* (2012), la Cour suprême de l'Argentine a statué que l'État avait pour obligation de garantir l'accès des habitants aux biens et services de base nécessaires à leur santé et leur vie.

16. Des tribunaux ont donné effet à l'obligation de respect et de protection eu égard au droit à la santé. Dans l'affaire *Social and Economic Rights Action Center et Center for Economic and Social Rights c. Nigéria*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a précisé que, en ce qui concerne le droit à la santé, l'obligation de respect signifiait que l'État était tenu de « respecter la libre utilisation des ressources » d'un individu ou d'un groupe « aux fins des besoins liés aux droits »⁹. Dans l'affaire *Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme c. Grèce*, le Comité européen des droits sociaux a établi que l'État devait adopter des pratiques plus rigoureuses en matière de réglementation afin de protéger la qualité de l'air, notamment en réglementant les acteurs du secteur privé, dans le but de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait en matière de droit à la santé¹⁰.

17. Seules des instances judiciaires ou quasi judiciaires, par opposition à de simples mécanismes administratifs, peuvent garantir l'accès à des recours effectifs, qui est prévu dans le cadre de protection du droit à la santé. Pour qu'un recours soit

⁸ *Delhi High Court, Mohd. Ahmed (Minor) s. Union of India*, avril 2014, par. 68.

⁹ Communication n° 155/96, 2001, par. 45.

¹⁰ Réclamation n° 30/2005, 2006, par. 203.

effectif, il faut qu'un juge décide d'une réparation adéquate. Seul un juge peut déterminer si le droit à la santé a été violé et décider d'une réparation qui comprenne une restitution et des garanties de non-répétition. La restitution nécessite souvent d'imposer une obligation à une tierce partie, par exemple un hôpital qui est tenu de fournir des médicaments essentiels, et des garanties de non-répétition ne peuvent être obtenues que par des changements de politiques structurelles qui requièrent la participation d'autres organismes gouvernementaux. Les recours administratifs ne portent que sur les violations des dispositions statutaires pertinentes, dont le champ d'application ne permet pas d'imposer d'obligations à d'autres acteurs, et ne peuvent donc constituer de véritables recours.

18. L'entrée en vigueur du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels le 5 mai 2013 et du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications le 14 avril 2014 a mis fin aux débats sur la justiciabilité générale du droit à la santé. Il est recommandé aux États de veiller à ce que le droit à la santé relève de la compétence de leurs instances judiciaires nationales. La plupart des obligations relatives au droit à la santé peuvent incontestablement faire l'objet d'un recours judiciaire. C'est seulement dans le cas des obligations dont la mise en œuvre est progressive qu'il est nécessaire de procéder à des analyses plus approfondies pour confirmer qu'elles relèvent de la compétence des instances judiciaires.

III. Réalisation progressive du droit à la santé

19. Comme pour d'autres droits économiques, sociaux et culturels, et conformément à l'article 2 1) du Pacte, les États ont la possibilité de mettre progressivement en œuvre certains aspects du droit à la santé, étant entendu que ceux qui disposent de moyens restreints ne peuvent parfois mettre en place des programmes de santé qu'en plusieurs étapes.

20. Le fait que les États dépendent des ressources disponibles pour assurer l'exercice du droit à la santé complique la tâche du juge qui doit se prononcer sur de telles questions. Pour déterminer si un État a pris toutes les mesures que ses ressources disponibles lui permettent de prendre, il peut par exemple être nécessaire de connaître le montant des ressources dont dispose cet État. Les juges sont cependant généralement peu disposés à analyser le détail des ressources allouées par l'État car il est généralement considéré que les décisions relatives aux allocations budgétaires relèvent de la législature et du pouvoir exécutif et sortent donc du cadre adéquat d'une enquête judiciaire. Dans l'affaire *Soobramoney c. Ministre de la santé, KwaZulu-Natal* (1998), la Cour constitutionnelle sud-africaine a statué que les personnes atteintes d'insuffisance rénale chronique n'avaient pas droit à un traitement par dialyse intégralement pris en charge par l'État, contrairement aux patients atteints d'insuffisance rénale aiguë. Le droit du requérant à bénéficier d'un traitement par dialyse pris en charge par l'État a été évalué compte tenu de l'obligation constitutionnelle d'assurer progressivement l'exercice du droit à la santé des citoyens et de l'obligation de leur fournir des soins de santé d'urgence qui incombent à l'Afrique du Sud. La Cour a statué que le Gouvernement avait prouvé qu'il ne disposait pas des moyens financiers nécessaires pour fournir gratuitement à toutes les personnes atteintes d'insuffisance rénale chronique un traitement par dialyse et qu'il devait donc accorder la priorité aux soins d'urgence. La Cour est

parvenue à cette conclusion après avoir examiné des éléments prouvant que le Département de la santé avait déjà dépassé le budget qui lui avait été alloué. Elle n'a pas cherché à établir si le budget dont il était doté suffisait à assurer un degré raisonnable de santé.

21. L'incapacité ou la réticence des juges à s'enquérir des allocations budgétaires qui déterminent le montant des ressources disponibles est peut-être liée en partie au fait que le sens de l'expression « ressources disponibles » n'ait pas été clairement défini ni dans le cadre de protection du droit à la santé ni dans l'observation générale n° 3. Les « ressources disponibles » peuvent être interprétées de différentes manières. Il pourrait s'agir de l'intégralité ou d'un certain pourcentage du produit intérieur brut, ou bien seulement du montant du budget de la santé d'un État ou encore des montants affectés à certains problèmes de santé. En outre, s'il est indiqué dans l'observation générale n° 3 que les ressources disponibles comprennent également celles qui le sont par le biais de l'assistance internationale (par. 13), il n'est pas précisé s'il s'agit du montant véritablement disponible ou du montant qui aurait pu l'être si l'État s'était efforcé d'obtenir une telle aide. En outre, il est spécifié dans les Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels que les États ont pour obligation de mettre en valeur les ressources de la société de façon à accroître leurs ressources disponibles mais il n'est pas indiqué s'il faut inclure dans ces ressources disponibles les ressources qui pourraient raisonnablement être mises en valeur par un État mais ne l'ont pas encore été (par. 24). Il est cependant clair que l'expression « ressources disponibles » renvoie à l'ensemble des ressources « réelles » d'un État (par exemple, informatiques, techniques, organisationnelles, humaines, naturelles et administratives) sans se limiter aux allocations budgétaires¹¹. Les juges qui examinent le montant des ressources accordées par un État doivent garder à l'esprit le fait que l'État est tenu d'administrer rationnellement le budget existant et de mobiliser des ressources supplémentaires, ce qui peut par exemple l'amener à modifier sa politique fiscale ou à contracter judicieusement des dettes¹².

22. Les ressources dont dispose un État doivent cependant être affectées de manière à assurer la réalisation d'autres droits économiques, sociaux et culturels, outre la multitude d'impératifs concurrents auxquels fait face l'État. Lorsqu'on envisage d'affecter des fonds à d'autres obligations d'ordre économique, social et culturel, il convient de privilégier celles qui présentent un caractère immédiat ou fondamental. Par « ressources disponibles », il faudrait entendre le montant maximal de ressources qui puisse être affecté à un objectif de santé particulier sans nuire à d'autres services essentiels¹¹.

23. Bien que la nature des ressources disponibles diffère selon le contexte, l'expression doit être définie précisément afin de donner des orientations générales aux États et d'aider les juges à décider si le montant des ressources disponibles accordées par les États est acceptable. Même si les juges ne donnent pas d'instructions quant à l'allocation et l'utilisation des ressources, ils devraient

¹¹ Voir Rory O'Connell et autres, *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources* (Londres, Routledge, 2014), chap. 3.

¹² Diane Elson, Radhika Balakrishnan et James Heintz, « Public finance, maximum available resources and human rights », dans A. Nolan, R. O'Connell et C. Harvey (dir. de publication), *Human Rights and Public Finance: Budget and the Promotion of Economic and Social Rights* (Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Hart, 2013).

examiner attentivement le montant maximal des ressources dont l'État déclare disposer, car il appartient au Gouvernement de prouver que le montant de ses ressources disponibles ne lui permet pas de s'acquitter de certaines des obligations qui incombent aux États. Les juges peuvent donc ainsi être amenés à analyser le budget pour déterminer si l'enveloppe affectée au secteur de la santé ou à un objectif de santé particulier est insuffisante. Si un État diminue la part du budget qu'il accorde à la réalisation de ses obligations relatives au droit à la santé, alors même que son produit intérieur brut ou que le financement d'activités sans rapport avec les droits de l'homme augmentent, cela peut prouver que l'État a choisi de ne pas accorder suffisamment de ressources disponibles à la réalisation de ce droit et donc qu'il faillit aux obligations qu'il est censé réaliser progressivement¹¹. Les juges devraient également déterminer si l'État a déployé les efforts nécessaires pour obtenir une aide internationale ou développer les ressources de la société de façon à accroître le montant des ressources disponibles. Les États devraient être tenus de donner, sans restriction et dans la transparence, des précisions sur le calcul de leurs ressources disponibles, les allocations budgétaires et les efforts déployés en vue d'accroître les ressources disponibles afin de faciliter l'examen intégral et équitable qu'en fera un juge.

24. Quand une obligation devant être mise en œuvre progressivement comprend une composante fondamentale, les juges devraient déterminer si l'État s'est acquitté de cet aspect de l'obligation. Quand de tels droits n'ont pas été garantis, des tribunaux ont statué que le droit en question avait été violé sans même procéder à une analyse des ressources dont disposait l'État. Par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a noté que l'obligation de l'État de garantir les moyens de mener une vie décente doit être interprétée à la lumière des obligations à réaliser progressivement énoncées à l'article 26 de la Convention américaine des droits de l'homme¹³. La Cour n'a cependant pas invoqué le concept de réalisation progressive pour nuancer l'obligation qui incombait à l'État de fournir des conditions de vie minimales compatibles avec le respect de la dignité de la personne humaine mais a au contraire statué que l'État avait porté atteinte au droit à la vie du requérant et était tenu de fournir, entre autres, des médicaments, des aliments, de l'eau salubre et des services d'assainissement¹⁴. Ainsi, selon les obligations fondamentales énoncées dans le cadre de protection du droit à la santé, quand les juges établissent que certains droits de l'homme fondamentaux n'ont pas été respectés, ils peuvent conclure que l'État a failli à ses obligations en la matière sans se pencher sur la question de savoir s'il disposait des ressources suffisantes pour s'en acquitter¹⁵.

25. Les tribunaux se sont également prononcés sur l'utilisation faite par l'État des ressources disponibles compte tenu des politiques existantes et de l'obligation de non-régression. Un tribunal en particulier a statué que le manque de ressources disponibles ne pouvait justifier l'adoption de politiques régressives, déclaré sans ambiguïté que les prestations promises dans le cadre des programmes de santé devraient être assurées et donné au Gouvernement des instructions à cette fin¹⁶.

¹³ *Yakye Axa Indigenous Community. v. Paraguay*, jugement du 17 juin 2005, par. 163.

¹⁴ *Ibid.*, par. 176 et 221.

¹⁵ Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, jugement du 29 mars 2006; *Ximenes-Lopes c. Brésil*, jugement du 4 juillet 2006.

¹⁶ *Delhi High Court, Laxmi Mandal v. Deen Dayal Haringagar Hospital and others*, 2010, par. 61 à 70.

En outre, si les juges constatent qu'une somme a été allouée à la réalisation d'un droit particulier en matière de santé sans être utilisée ou qu'elle a été réaffectée à un autre usage, ils devraient considérer que l'État n'utilise pas le maximum de ses ressources disponibles et manque donc peut-être ainsi à ses obligations à réaliser progressivement¹¹. Il convient cependant de noter que les ressources affectées à des droits autres que celui de la santé peuvent avoir pour effet d'améliorer l'accès aux installations, biens et services en matière de santé, ainsi que leur disponibilité et leur qualité. Par exemple, les fonds consacrés à l'infrastructure routière peuvent améliorer l'accès aux centres médicaux¹².

26. Pour qu'un État s'acquitte de ses obligations à réaliser progressivement, il faut que les ressources dont il dispose soient judicieusement allouées. On peut considérer qu'elles le sont quand leur allocation permet de réduire les obstacles qui freinent l'accès sans discrimination à des installations, biens et services de santé disponibles et de qualité acceptable. Le fait de ne pas endiguer la corruption, qui conduit à une utilisation non rationnelle des ressources, peut être considéré comme un manquement d'un État à ses obligations progressivement réalisables¹². Les États doivent également veiller à ce qu'une utilisation apparemment plus rationnelle des ressources ne masque pas en fait le transfert de certains coûts à des acteurs non étatiques. Par exemple, une politique qui incite les patients à réduire leur séjour à l'hôpital et a donc pour effet de réduire le coût unitaire de traitement peut en réalité reporter ces coûts sur les personnes qui devront s'occuper des patients à domicile¹².

27. Certaines juridictions nationales ont fait porter leur contrôle juridictionnel non pas sur le contenu des politiques mais sur la façon dont elles étaient élaborées. Elles ont estimé que l'État s'acquittait de son obligation d'assurer la réalisation progressive du droit à la santé dès lors que sa politique était conçue de façon raisonnable¹⁷. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle sud-africaine, pour juger du caractère « raisonnable » d'une politique du logement et d'une politique de distribution de l'eau, a examiné notamment si les groupes vulnérables et les situations d'urgence avaient été pris en compte, si les politiques étaient suffisamment souples pour être actualisées à chaque révision gouvernementale, si les besoins à court, à moyen et à long terme avaient été pris en considération, si les politiques avaient été élaborées de manière transparente, participative et réfléchie, si elles s'appliquaient effectivement, si elles profitaient à tous équitablement, si elles n'étaient pas régressives et si les discriminations adoptées procédaient d'une politique gouvernementale légitime¹⁸. Lorsque les juges considèrent qu'une politique a été élaborée de façon raisonnable, il se peut toutefois qu'ils examinent également si sa mise en œuvre a eu des répercussions négatives disproportionnées sur tel ou tel groupe vulnérable, ce qui indique, le cas échéant, que l'État a enfreint son obligation d'assurer la réalisation progressive du droit à la santé.

28. Aux termes du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Comité est tenu également de « détermine[r] le caractère approprié des mesures prises par l'État partie » (art. 8, par. 4). Il a énoncé à cette fin plusieurs éléments à prendre en considération, notamment si les dispositions prises sont délibérées, concrètes et ciblées, si l'État

¹⁷ Voir la Cour constitutionnelle sud-africaine, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 2002, et la Haute-Cour de Nairobi, *Okwanda v. Minister of Health and Medical Services and others*, 2013.

¹⁸ *South Africa v. Grootboom*, 2001; *Mazibuko and others v. City of Johannesburg and others*, 2009.

partie a agi de manière non discriminatoire et non arbitraire, si l'allocation des ressources est conforme aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, si l'État partie a choisi la politique la moins restrictive pour les droits reconnus dans le Pacte, dans quel délai les mesures ont été prises et si les mesures tiennent compte de la situation des groupes vulnérables (E/C.12/2007/1, par. 8). Il convient d'entendre par « groupes vulnérables » non seulement les groupes particuliers visés dans l'observation générale n° 14, mais également les groupes touchés de manière disproportionnée par telle ou telle maladie, les groupes marginalisés du fait de l'exclusion politique, sociale ou économique dont sont victimes leurs membres, les groupes discriminés et stigmatisés, les groupes dont les membres sont empêchés en droit ou en fait de donner un consentement éclairé ou d'être pleinement autonomes et les groupes qui sont dans l'incapacité de faire respecter leurs droits ou d'avoir accès aux prestations de l'État ou auxquels l'on ne reconnaît pas de droits.

29. Lorsque l'on cherche à établir si un État s'est acquitté des obligations que lui impose le Pacte, il importe de garder à l'esprit que même des politiques judicieuses tirant parti au maximum des ressources disponibles de l'État peuvent aboutir à de mauvais résultats sanitaires en raison de circonstances extérieures, comme un afflux de réfugiés, le déclenchement d'une épidémie ou une récession économique. Même quand les moyens leur manquent, les États doivent s'acquitter de leurs obligations fondamentales et des autres obligations immédiates sans faire de discrimination. Il ne doit pas leur être permis d'invoquer les circonstances extérieures pour adopter des mesures régressives, par exemple procéder à des coupes dans les politiques sanitaires dans le cadre d'une réaffectation des ressources du secteur de la santé.

IV. Exercice du droit à la santé

30. L'exercice du droit à la santé étant tributaire du respect par l'État de ses obligations, il est regrettable qu'un grand nombre de jugements relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels ne soient pas pleinement exécutés par les États. Afin de favoriser la bonne application des jugements, les juges sont invités à rendre des décisions d'espèce qui tiennent compte des moyens de l'État et prévoient un contrôle par les juridictions et la participation de la société civile.

31. Les juges ne doivent pas perdre de vue le cadre et les objectifs d'ensemble quand ils détaillent la façon d'appliquer les jugements où figurent des obligations de faire. À la différence des jugements à caractère général, les jugements qui prévoient des mesures précises à l'intention d'organismes particuliers peuvent surmonter les obstacles s'opposant à leur mise en œuvre. Cette démarche, à l'inverse de celle consistant à imposer des objectifs précis, est à même de dissiper les craintes d'une atteinte à la séparation des pouvoirs. Dans son célèbre arrêt *T-760/08* (2008) qui a donné lieu à un bouleversement complet du système de santé colombien, la Cour constitutionnelle colombienne n'a ordonné aucun changement mais a fourni des orientations aux décideurs pour leur permettre de définir des objectifs, d'élaborer des politiques appropriées, de renforcer les capacités institutionnelles et de motiver leurs décisions¹⁹. S'agissant en particulier de l'obligation d'assurer la réalisation progressive du droit à la santé, les juges doivent veiller à la viabilité des

¹⁹ Voir Manuel José Cepeda-Espinoza, « Transcript: social and economic rights and the Colombian Constitutional Court », *Texas Law Review*, vol. 89, p. 1703.

changements qu'ils apportent s'ils veulent que leurs décisions soient largement acceptées dans la société et que soit garantie la pérennité des systèmes de soins²⁰.

32. Pour faire en sorte que les jugements complexes soient exécutés dans leur intégralité, il est indispensable de contrôler leur application. La Cour suprême indienne a eu recours à des ordonnances d'injonction permanente pour placer des administrations sous une surveillance juridictionnelle constante, leur inertie n'ayant pu être vaincue au moyen d'ordonnances d'injonction ordinaires²¹. La Cour constitutionnelle colombienne a créé une chambre de contrôle spéciale chargée de surveiller l'application de l'arrêt *T-760/08* et a dédié une partie de son site Web à la publication de toutes les ordonnances d'exécution de l'arrêt²². Pour assurer une meilleure mise en œuvre des jugements, le contrôle des juridictions doit se faire avec la participation du public²³.

33. La participation effective des populations concernées et des autres parties prenantes, de pair avec l'accès à l'information sur la santé, n'est pas seulement un élément essentiel du droit à la santé²⁴, mais également un outil indispensable pour contrôler l'exercice de ce droit. Les juges sont en mesure à cet égard de promouvoir l'accès à l'information ou même de reconnaître un droit constitutionnel à recevoir de l'administration des informations exactes sur la santé²⁵. Les parties intéressées peuvent contribuer avec l'État à assurer l'exercice du droit à la santé en offrant des services spécialisés et en faisant connaître les besoins des populations concernées.

34. Les États sont invités à ratifier le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à reconnaître que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a compétence pour recevoir et examiner les communications interétatiques. L'application effective du droit à la santé dans le cadre du Protocole facultatif permettra d'enrichir le contenu de ce droit et de développer la jurisprudence s'y rapportant. Des affaires sur des questions de santé ont été jugées au niveau international, par exemple les affaires *Alyne da Silva Pimentel v. Brazil* et *L. C. v. Peru* dont le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a été saisi²⁶. Celui-ci a non seulement décidé certaines mesures de réparation au bénéfice des plaignants, mais a également formulé des recommandations générales préconisant un changement de politique. Les recommandations générales visent à permettre à toutes les personnes dans la même situation que les plaignants d'exercer leur droit à la santé. Il conviendrait de les incorporer dans les accords de règlement à l'amiable entre les parties, assorties de contributions de tiers, les États pouvant utiliser ces accords pour dédommager non seulement les plaignants mais également toutes les personnes victimes des mêmes atteintes à leur droit.

²⁰ Ibid., p. 1701.

²¹ Voir *Vineet Narain and others v. Union of India and another*, 1998.

²² Voir la Cour constitutionnelle colombienne, *Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008* (Contrôle du respect de l'arrêt T-760 de 2008).

²³ Voir César Rodríguez-Garavito, « Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America », *Texas Law Review*, vol. 89, p. 1694.

²⁴ Voir l'observation générale n° 14, par. 12 b) iv).

²⁵ Voir la Cour constitutionnelle colombienne, arrêt *T-627/12* du 10 août 2012, p. 125.

²⁶ Communication n° 17/2008, constatations adoptées le 25 juillet 2011, et communication n° 22/2009, constatations adoptées le 17 octobre 2011.

35. Les États, directement ou indirectement, peuvent entraver l'exercice du droit à la santé sur le territoire d'un autre État. L'État qui n'est pas en mesure de protéger le droit à la santé de ses ressortissants contre des entités étrangères utilisant des mécanismes nationaux est invité à utiliser le dispositif de communication interétatique prévu par le Protocole facultatif.

V. Sociétés transnationales

36. La mondialisation et la libéralisation des échanges permettent aux sociétés transnationales d'accéder plus largement et plus facilement aux marchés fermés. Du fait de leur place croissante dans l'économie mondiale, elles influent sur les politiques adoptées aux niveaux national et international et empiètent sur la marge de manœuvre des États. Elles conditionnent les modes de consommation alimentaire²⁷ et favorisent la consommation du tabac, notamment dans les pays en développement²⁸. Elles lèsent également dans leurs droits de larges segments de population en toute impunité, provoquant des déplacements²⁹, la pollution d'eaux souterraines³⁰ et la privation de moyens de subsistance³¹. Elles commettent directement des violations graves des droits de l'homme, notamment dans les pays en développement et les pays les moins avancés³². Elles entravent grandement les lois, les politiques et la vie économique et sociale des États et violent les droits économiques, sociaux et culturels des individus et des populations locales, y compris le droit à la santé.

37. Il peut être difficile pour les États ou les particuliers de poursuivre en justice les sociétés transnationales étrangères qui mènent des activités préjudiciables par le biais de leurs filiales nationales. Le fait que les sociétés transnationales soient implantées dans plusieurs pays leur permet d'échapper à leur responsabilité pour la violation des droits de l'homme³³ ou peut donner lieu à des procédures longues devant de multiples juridictions³⁴.

38. L'ampleur des violations commises par les sociétés transnationales et la facilité avec laquelle elles peuvent se soustraire à leurs responsabilités plaident en

²⁷ Voir Corinna Hawkes, « Uneven dietary development: linking the policies and processes of globalization with the nutrition transition, obesity and diet-related chronic diseases », *Globalization and Health*, vol. 2, n° 4 (2006).

²⁸ Voir M. Otañez, H. Mamudu et S. Glantz, « Tobacco companies' use of developing countries' economic reliance on tobacco to lobby against global tobacco control: the case of Malawi », *American Journal of Public Health*, vol. 99, n° 10 (octobre 2009).

²⁹ Voir Human Rights Watch (HRW), « How can we survive here? » *The Impact of Mining on Human Rights in Karamoja, Uganda* (2014).

³⁰ Voir N. Cingotti *et al.*, « No fracking way: how the EU-US trade agreement risks expanding fracking », document d'information (Institut transnational, mars 2014).

³¹ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « India: urgent call to halt Odisha mega-steel project amid serious human rights concerns ». On peut consulter ce document à l'adresse suivante : <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13805&LangID=E>.

³² Olivier De Schutter, « The accountability of multinationals for human rights violations in European law », New York University School of Law, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper, n° 1, 2004.

³³ Amnesty International, « India: court decision requires Dow Chemical to respond to Bhopal gas tragedy », 3 juillet 2013.

³⁴ Reuters, « Ecuador plaintiffs file lawsuit in Canada against Chevron », 30 mai 2012.

faveur de la mise en place d'un mécanisme international chargé de faire comparaître les sociétés transnationales coupables d'atteintes aux droits de l'homme. Un tel mécanisme devrait venir à l'appui des législations nationales et n'aurait pas vocation à les affaiblir. Il devrait permettre aux États et aux particuliers de demander des comptes aux sociétés transnationales responsables de violations des droits de l'homme.

39. Les efforts déployés précédemment au sein des instances internationales pour imposer des obligations aux sociétés transnationales n'ont abouti qu'à l'adoption de directives non contraignantes³⁵. En 2003, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a adopté les 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), l'objectif étant alors d'assujettir directement les sociétés transnationales et les entreprises à des obligations contraignantes. La Commission des droits de l'homme n'a pas adopté ces normes, en raison notamment de la forte opposition des États et des milieux d'affaires. En 2005, dans sa résolution 2005/69, la Commission a prié le Secrétaire général de nommer un Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises.

40. Dans son rapport final de 2011, le Représentant spécial a présenté les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme pour la mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies (A/HRC/17/31, annexe). Le premier pilier, « protéger », rappelle que, en vertu du droit international des droits de l'homme, il incombe aux États de protéger les individus contre les agissements de tiers. Ce pilier impose aux États de prendre des mesures appropriées, notamment d'adopter des lois permettant de poursuivre en justice les sociétés transnationales coupables d'infractions (principe 1). On pourrait toutefois objecter que cette obligation de protéger qui incombe à l'État, bien qu'elle tienne une grande place dans le droit international des droits de l'homme, a été sans effet contre les sociétés transnationales.

41. Le deuxième pilier traduit l'obligation qu'ont les sociétés transnationales de respecter les droits de l'homme (principe 11). En vertu de cette obligation, les sociétés transnationales sont tenues de faire preuve de diligence raisonnable pour identifier et pallier les conséquences néfastes de leurs activités sur les droits de l'homme, en associant notamment à leur démarche les populations concernées. Dans la mesure toutefois où le cadre et les principes directeurs ne font que traduire les normes existantes du droit international et fondent cette obligation de respecter les droits de l'homme uniquement sur « une norme de conduite générale que l'on attend [des] entreprises » et non pas sur des obligations expressément énoncées dans un traité à force obligatoire (principe 11, commentaire), on a fait valoir qu'il n'existait aucune obligation juridiquement contraignante imposant aux sociétés transnationales d'exercer cette diligence raisonnable³⁶. Il a dû sembler logique de ne

³⁵ Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, adoptés par l'Organisation de coopération et de développement économiques en 1976; la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, adoptée par l'Organisation internationale du Travail en 1977; l'Initiative relative au Pacte mondial, lancée par le Secrétaire général en 1999.

³⁶ Voir Olga Martin-Ortega, « Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law at last? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32, n° 1 (mars 2014), p. 55 à 57.

pas prévoir d'obligations contraignantes dans une économie de marché, celle-ci incitant d'elle-même les sociétés transnationales à respecter leurs engagements. Les Principes directeurs indiquent par exemple que les sociétés transnationales, afin de respecter leurs obligations, peuvent adopter des politiques et des procédures prévoyant des incitations financières et d'autres primes de résultat pour leur personnel³⁷. Toutefois, l'adoption de mesures d'incitation fait du respect des droits de l'homme un moyen d'atteindre une fin (l'avantage promis) et ne favorise pas le respect des droits en tant que tel.

42. Le troisième pilier des principes d'action en matière de protection, de respect et de réparation stipule que les États doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque des atteintes aux droits de l'homme se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif (principe 25). À cette fin, il faudrait notamment que les entreprises établissent des mécanismes de réclamation au niveau opérationnel ou y participent (principe 29). Bien que la garantie d'accès à un recours participe de l'obligation de protéger incombant aux États, il arrive toutefois, lorsque ces derniers n'ont pas la capacité ou la volonté d'obliger les entreprises à répondre de leurs actes, que les moyens de recours efficaces contre ces entités fassent défaut³⁸.

43. En outre, les Principes directeurs ne tiennent pas compte du contexte politique qui peut exposer certains pays en développement à l'influence indue des sociétés transnationales. Il arrive que les intérêts commerciaux soient privilégiés au détriment des droits humains des communautés concernées, lesquelles continuent de dépendre des États lorsqu'il s'agit d'obliger les entreprises à répondre de leurs actes. Aussi, l'attribution de responsabilités à caractère non contraignant n'empêche pas les sociétés transnationales de commettre des atteintes aux droits de l'homme³⁹.

44. À cet égard, le Rapporteur spécial prend note avec satisfaction de l'adoption de la résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme par laquelle celui-ci a décidé de créer un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur un instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, qui sera chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises. Il se félicite de l'occasion qui est ainsi donnée d'élaborer un instrument à même de remédier au déséquilibre actuel entre les sociétés, les États et les particuliers.

45. Il est indispensable d'élaborer d'urgence un instrument international qui permette de traiter les aspects de plus en plus complexes propres à l'organisation plurijuridictionnelle des sociétés transnationales et à l'influence que celles-ci exercent à l'échelle mondiale. En outre, comme les États ne sont pas tous dotés d'un

³⁷ Ibid., p.16.

³⁸ Voir Iman Prinhandono, « Transnational corporations and human rights violations in Indonesia », *Australian Journal of Asian Law*, vol. 14, n° 1 (2013), p. 1 à 23; et G. Wass et C. Muslime, *Business, Human Rights, and Uganda's Oil. Part II: Protect and Remedy: Implementing State Duties under the UN Framework on Business and Human Rights* (ActionAid International Uganda and International Peace Information Service, 2013).

³⁹ Voir Chris Albin-Lackey, « Without rules: a failed approach to corporate accountability », dans Human Rights Watch, *World Report 2013*.

mécanisme réglementaire solide, parce que leur pouvoir de négociation est trop faible ou parce qu'ils n'ont pas la volonté de tenir leurs entreprises nationales responsables des préjudices qu'elles causent, ces sociétés devraient être soumises à des obligations.

46. Outre les mécanismes de responsabilisation et de suivi nécessaires, il faudrait prévoir un mécanisme d'application solide et efficace capable de prévenir les violations et d'y remédier. Il faudrait aussi un mécanisme d'examen des plaintes portées contre des sociétés transnationales et nationales par des particuliers ou des États. Les particuliers devraient pouvoir intenter un recours sur le territoire de leur État d'origine comme sur celui de l'État d'origine de la société transnationale lorsque cet État ne réglemente pas les activités de l'entreprise ayant porté atteinte au droit à la santé du plaignant.

47. Dans le même temps, une déclaration s'inspirant de la Déclaration universelle des droits de l'homme pourrait être adoptée, laquelle imposerait des obligations précises aux sociétés privées, et plus particulièrement aux sociétés transnationales pour ce qui est des droits de l'homme, ce qui permettrait de structurer les droits et obligations en jeu.

A. Accords internationaux d'investissement

48. Pour encourager l'activité économique et attirer les investissements, les États, et en particulier les pays en développement et les pays les moins avancés, pourraient conclure des accords internationaux d'investissement. Ce type d'accords, qui permet aux sociétés transnationales de réduire la marge de manœuvre politique des États, a contribué à renforcer l'influence de ces dernières sur la capacité des pouvoirs publics à mettre en place des politiques de santé publique⁴⁰.

49. Les accords internationaux d'investissement sont des contrats conclus entre deux ou plusieurs États, qui facilitent la création de conditions économiques propices aux investissements des sociétés transnationales dans les États d'accueil. Promus comme des moyens de stimuler l'économie nationale, ils ont parfois pour effet d'empiéter sur la souveraineté des États. Dans certains pays, les dirigeants d'entreprises peuvent conclure des accords de cette nature et lier ainsi les États, sans qu'aucun débat ne s'engage entre les représentants élus et sans l'accord de ces derniers. En outre, il arrive que les États ne puissent mettre fin à ces accords sans s'exposer à des conséquences économiques et financières. Comme ces accords sont conclus entre des États, ils n'obligent en aucune façon les sociétés transnationales à veiller au respect, à la protection et la réalisation du droit à la santé, les autorisant ainsi à poursuivre leurs activités lucratives même lorsqu'elles portent atteinte à la santé des particuliers.

50. Le droit à l'information et le droit à participer au processus de prise de décisions sont des conditions essentielles de l'exercice du droit à la santé, et ceux-ci sont compromis lorsque des accords internationaux d'investissement sont négociés et conclus dans le plus grand secret. Il faudrait que les communautés touchées puissent participer aux négociations. La divulgation d'informations relatives aux négociations peut permettre aux communautés et aux organisations de la société

⁴⁰ Voir Eric Peterson et Kevin Gray, « International human rights in bilateral investment treaties and in investment treaty arbitration », International Institute for Sustainable Development (Institut international du développement durable), 2003.

civile de faire pression sur les États pour les empêcher de signer de tels accords ou pour aider les pays à négocier de manière plus ferme, et faciliter la suppression de dispositions susceptibles de déboucher sur des atteintes aux droits de l'homme.

51. Certaines communautés touchées sont privées du droit d'accès à l'information au motif que ces renseignements doivent rester confidentiels car leur divulgation pourrait nuire aux intérêts économiques de l'État⁴¹. Fait troublant, la pratique qui consiste à priver d'informations des parties prenantes comme les groupes de la société civile est considérée comme non discriminatoire, même lorsque les mêmes informations sont communiquées aux entreprises sous le prétexte que celles-ci sont compétentes dans les domaines en rapport avec les accords de libre-échange⁴². Ces inégalités de traitement donnent aux entreprises les moyens d'interpréter en leur faveur les dispositions des accords internationaux d'investissement.

52. Si les accords internationaux d'investissement bénéficient aux investisseurs que sont les sociétés transnationales, c'est parce qu'ils accordent à celles-ci des droits, notamment le droit à un traitement juste et équitable, qui protègent leurs investissements dans l'État d'accueil. Les sociétés transnationales peuvent également saisir les tribunaux d'arbitrage commercial international pour violation présumée par l'État d'accueil, ou ingérence d'un État dans leurs activités lucratives ou bénéfices potentiels. En revanche, il arrive que les États ne peuvent engager de procédures contre les investisseurs, parce que les sociétés transnationales n'ont pas signé les accords internationaux d'investissement et ne sont donc nullement liées par ces instruments⁴³. Ces accords perpétuent et exacerbent le caractère asymétrique des rapports entre les investisseurs et les États.

53. Les accords internationaux d'investissement imposent aux États des obligations envers les investisseurs, qui peuvent nuire à la capacité qu'ont ces États de promulguer des lois sur la santé d'intérêt public. Les États doivent parfois modifier leur législation pour tenir compte des droits des investisseurs, même lorsque ces modifications sont susceptibles d'accroître les risques d'atteinte aux droits à la santé des particuliers. Par exemple, les accords de libre-échange peuvent restreindre l'exercice de ce droit, en empêchant les États de faire usage de la latitude permise par l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce en matière de santé publique. Les sociétés pharmaceutiques peuvent remettre en cause la législation des États d'accueil relative aux brevets si celle-ci contrevient aux droits des investisseurs tels que définis dans l'accord de libre-échange, même si elle est conforme à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁴⁴. Ainsi, les États peuvent se trouver dans l'incapacité de juguler la hausse du prix des médicaments et, partant, de s'acquitter pleinement de l'obligation qui leur est faite de garantir à leur population, et en particulier aux groupes vulnérables, un accès aux établissements et aux services de santé ainsi qu'aux articles sanitaires, notamment les médicaments de base.

⁴¹ Voir Central Information Commission (Inde), *D. G. Shah v. Ministry of Commerce and Industry, Department of Industrial Policy and Promotion*, 2011.

⁴² Voir Cour européenne de justice, arrêt du 7 juin 2013 rendu dans l'affaire T-93/11, *Stichting Corporate Europe Observatory c. Commission européenne*.

⁴³ M. Toral et T. Schultz, « The State, a perpetual respondent in investment arbitration? Some unorthodox considerations », dans Michael Waibel et al., éd., *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer Law International, 2010), p. 578.

⁴⁴ Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida, *The Potential Impact of Free Trade Agreements on Public Health* (Genève, 2012).

54. Les accords internationaux d'investissement prévoient parfois des exceptions dont les États peuvent se prévaloir pour défendre certaines lois d'intérêt public, comme les lois sur la santé publique. Toutefois, même lorsque ces dispositions existent, les droits des investisseurs priment parfois. Après avoir conclu un accord bilatéral d'investissement avec la Suisse, l'Uruguay a adopté des mesures de santé publique concernant les paquets de cigarettes et la publicité pour le tabac, conformes à la législation interne qui avait été promulguée en application de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé sur la lutte antitabac. Le fait que ces mesures soient conformes à l'exception de santé publique prévue par l'accord d'investissement bilatéral n'a pas empêché la société Philip Morris International d'engager une procédure de règlement des différends contre l'Uruguay, au motif que la législation de ce pays n'était pas raisonnable et portait atteinte au principe de la garantie d'un traitement juste et équitable⁴⁵.

55. Les accords internationaux d'investissement sont considérés comme un corpus juridique distinct et ne contiennent souvent aucune référence au droit à la santé. Néanmoins, ils devraient être interprétés de manière à ne pas enfreindre la législation sur les droits de l'homme, car tant ces traités qui visent à stimuler le développement que cette législation ont pour objectif commun de bénéficier aux populations. En vertu du régime actuel, un État peut faire l'objet d'une procédure de règlement des différends si, pour se conformer aux obligations lui incombant en matière de droits de l'homme, il contrevient à une des clauses de l'accord international d'investissement dont il est signataire. C'est ce qui s'est produit lorsque la société Éthyl a formé un recours contre la décision de santé publique prise par le Gouvernement du Canada en vue d'interdire la commercialisation d'un additif de carburant controversé, produit par l'entreprise susmentionnée⁴⁶. Dans une autre affaire, le tribunal a fait valoir que même si l'expropriation par l'État des biens du plaignant servait l'intérêt public sur le plan environnemental et était légitime, elle ne modifiait en rien le caractère juridique de la cession qui devait donner lieu à réparation⁴⁷.

56. Le coût élevé de l'arbitrage et la crainte d'un jugement défavorable peuvent avoir un effet dissuasif sur les États, lesquels seront moins enclins à s'acquitter de leurs obligations en matière de droit à la santé⁴⁸. Le règlement de ces différends peut aussi épuiser les ressources des États et les priver ainsi des moyens dont ils ont absolument besoin pour réaliser progressivement certains aspects du droit à la santé.

57. Même si les accords internationaux d'investissement peuvent contribuer au développement économique d'un pays, les États devraient néanmoins veiller à ce qu'ils contiennent des dispositions protégeant les droits de l'homme, notamment le droit à la santé. Le respect, la protection et le plein exercice des droits de l'homme doivent être garantis en permanence et demeurer l'objectif premier de toutes les mesures prises par les États. Aussi, les accords internationaux d'investissement

⁴⁵ Voir Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Phillip Morris Brands Sàrl, Phillip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, affaire n° ARB/10/7, décision rendue le 2 juillet 2013.

⁴⁶ *Ethyl Corporation c. Canada*, décision rendue le 24 juin 1998.

⁴⁷ Voir Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica*, affaire n° ARB/96/1, 17 février 2000, par. 71.

⁴⁸ D. Gantz, « The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement », *American University International Law Review*, vol. 19, n° 4 (2003), p. 684

devraient énoncer expressément les obligations incombant aux États en matière de droits de l'homme, lesquelles devraient pouvoir primer sur les droits des investisseurs dans des cas bien précis.

58. On ne saurait subordonner aux droits contractuels des investisseurs, la capacité qu'ont les particuliers de jouir de leur droit à la santé, qui est essentiel à la dignité de la personne.

59. Les États devraient revoir le régime actuel de traités d'investissement de manière à placer toutes les parties sur un pied d'égalité. Lors de la négociation, de l'examen ou de la renégociation des traités internationaux d'investissement, il faudrait s'assurer que les États ont le pouvoir de modifier leur législation et leurs politiques dans un sens qui permette de promouvoir les droits de l'homme, et ce, quel que soit l'impact de ces changements sur les droits des investisseurs. Une quarantaine d'États ont déjà commencé à renégocier des traités d'investissement bilatéraux afin de s'exposer le moins possible à des litiges et de limiter les droits des investisseurs⁴⁹. En 2011, l'Australie a modifié sa politique commerciale de sorte qu'aucun des accords commerciaux dont elle était signataire ne puisse contenir de dispositions susceptibles de limiter son droit d'apposer des mises en garde contre les dangers du tabac sur les produits du tabac et de subordonner ces produits à des normes d'emballage, ou de l'empêcher de maintenir son plan de remboursement de produits pharmaceutiques⁵⁰. Tant que le droit international ne pourra tenir les sociétés transnationales directement responsables de leurs atteintes aux droits de l'homme, il faudra incorporer aux accords internationaux d'investissement des dispositions permettant aux États d'engager la responsabilité des entreprises ayant commis les violations susmentionnées en vertu de la législation interne de l'État d'accueil ou de l'État d'origine. Les États devraient également veiller à ce que ces accords ne les empêchent pas d'appliquer des lois favorables aux droits de l'homme.

B. Règlement des différends entre investisseurs et États

60. Les accords internationaux sur les investissements comprennent une clause d'arbitrage prévue pour le règlement des différends entre investisseurs et États, qui ne peut être invoquée à l'encontre des États d'accueil que par les entreprises transnationales en cas de violation présumée de leurs droits. La clause d'arbitrage détermine le lieu où celui-ci aura lieu, la législation applicable et la procédure de nomination des arbitres. En 2013, on recensait 568 cas connus d'arbitrage faisant l'objet d'instances relevant d'accords internationaux sur les investissements. La plupart des actions intentées l'étaient contre des États en développement. Un total de 85 % de ces actions étaient intentées par des investisseurs établis dans des pays développés⁵¹. Le système est truffé de problèmes.

⁴⁹ Voir Mahnaz Malick, « Recent developments in international investment agreements: negotiations and disputes », International Institute of Sustainable Development, 2011; Y. Haftel et A. Thompson, « When do States renegotiate international agreements? The case of bilateral investment treaties », 2013; Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d6_en.pdf.

⁵⁰ Voir D. Gleeson, K. Tienhaara et T. Faunce, « Challenges to Australia's national health policy from trade and investment agreements », *Medical Journal of Australia*, vol. 196, n° 5 (2012), citant le Department of Foreign Affairs and Trade du Gouvernement australien.

⁵¹ Voir http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20113_en.pdf.

61. Le nombre de procédures d'arbitrage engagées à l'encontre d'États est susceptible d'augmenter en période de crise financière. À titre d'exemple, depuis la crise financière qui l'a frappée en 2001 et l'adoption de réformes économiques, l'Argentine a dû faire face à plus de 50 demandes d'arbitrage⁵¹. Dans le même ordre d'idées, l'Espagne et la Grèce ont connu une forte augmentation des actions en arbitrage intentées contre elles après les crises financières qu'elles ont subies⁵², et plus de 10 actions en arbitrage ont été enregistrées à l'encontre de l'Égypte après le Printemps arabe⁵³. Face à de telles crises, les États peuvent avoir besoin de revoir leurs politiques économiques et sociales pour s'adapter à l'évolution de la situation. Bien que de telles réorientations des politiques puissent être dans l'intérêt public, elles risquent de compromettre les investissements et d'empêcher les États de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu des accords internationaux sur les investissements.

62. Le système actuel de règlement des différends entre investisseurs et États subit également les effets néfastes de distorsions et de conflits d'intérêt. Le règlement des différends est contrôlé par une petite clique d'arbitres et d'avocats, et il peut arriver qu'une même personne exerce les fonctions d'avocat, d'arbitre et de conseiller auprès d'un investisseur ou pour le compte d'un État à des moments différents⁵⁴. De nombreux arbitres ont des liens étroits avec les milieux d'affaire et peuvent être enclins à protéger les bénéfices des investisseurs⁵⁵. Cela peut affecter l'indépendance et la neutralité des arbitres, est contraire au principe d'équité, et ne fait que compromettre davantage l'intégrité de l'arbitrage mené en vertu d'accords internationaux sur les investissements.

63. Les demandes d'annulation introduites par des États se plaignant d'avoir été victimes d'un manque d'impartialité ont, dans de nombreux cas, été rejetées. Dans l'un de ces cas, l'État a demandé qu'un arbitre se récuse en faisant valoir que la sentence qu'il porterait serait utilisée par lui pour améliorer ses chances de fournir ses services en tant qu'avocat dans le cadre d'une autre affaire⁵⁶. L'État n'a pas eu gain de cause. Une suspicion de manque d'impartialité apparaît également lorsqu'un arbitre possède un intérêt dans l'entreprise de l'investisseur en cause. Dans un cas de ce genre, la demande présentée par l'État en vue d'obtenir l'annulation de la sentence a été rejetée parce que cet aspect « n'avait eu aucune incidence significative sur la décision finale rendue par le Tribunal, celle-ci ayant de toute manière été prise à l'unanimité »⁵⁷.

64. Le montant de l'indemnité accordée se chiffre en millions de dollars et représente un coup supplémentaire porté contre les États en développement, les plus

⁵² Voir Cecilia Olivet et Pia Eberhardt, *Profiting from Crisis* (Amsterdam/Bruxelles, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, mars 2014).

⁵³ Voir www.brownrudnick.com/news-resources-detail/2013-10-beyond-the-realm-of-icsid-al-kharafi-sons-co-vs-libya.

⁵⁴ Voir Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Azurix Corporation c. la République argentine*, affaire n° ARB/01/12, 14 juillet 2006.

⁵⁵ Voir Cecilia Olivet et Pia Eberhardt, *Profiting from injustice*, (Amsterdam/Bruxelles, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, novembre 2012).

⁵⁶ Voir *Eureko c. Pologne*, jugement du 22 décembre 2006 rendu par le Tribunal de première instance de Bruxelles.

⁵⁷ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, affaire n° ARB/97/3, procédure d'annulation, par. 234 et 235.

duement touchés étant ceux qui subissent une crise ou sont en train de se remettre des effets qu'elle a pu provoquer. À titre d'exemple, dans l'affaire *Al-Kharafi c. Libye*, le requérant a reçu plus de 935 millions de dollars⁵⁸. En raison de la taille énorme des montants ainsi accordés par les tribunaux, ces jugements peuvent avoir un effet négatif sur l'aptitude d'un État à mettre en œuvre des politiques dans le domaine de la santé. À titre d'exemple, dans l'affaire *CME c. République tchèque*⁵⁹, l'indemnisation accordée à l'investisseur était égale à la totalité du budget de la santé de l'État⁶⁰. Les États peuvent être tenus de supporter non seulement les frais juridiques qu'ils ont encourus pendant l'arbitrage, mais aussi ceux engagés par le requérant s'il obtient gain de cause⁶¹. Même quand ils ont gain de cause, les États peuvent être tenus de verser des honoraires élevés aux arbitres⁶².

65. En outre, les procédures d'arbitrage sont opaques. Sauf dans certains cas, rien n'exige qu'un avis public annonçant l'arbitrage soit diffusé⁶³. Les personnes non parties à l'arbitrage ne sont souvent pas en mesure de participer à l'instance en qualité d'*amicus curiae*, ou simplement d'y assister. En vertu de certaines règles, cependant, des tierces parties peuvent être autorisées à présenter des mémoires dans des circonstances très limitées et à la discrétion du tribunal⁶⁴. En outre, les procédures d'arbitrage se déroulent à huis clos, ce qui empêche les personnes d'assister à l'arbitrage, à moins que, ainsi que certaines règles l'autorisent, les deux parties conviennent de tenir une audience publique⁶⁵. De plus, la sentence rendue par le tribunal est souvent obligatoire pour les parties, aucun appel n'étant autorisé⁶⁶.

66. Un système public, démocratique, ouvert et responsable constitué de tribunaux nationaux a été remplacé par un arbitrage privé, fermé et n'ayant de comptes à rendre à personne. Il faudrait assortir l'arbitrage d'un mécanisme d'examen doté des moyens de faire obstacle à l'arbitraire. Le caractère opaque de l'arbitrage, à l'issue duquel certaines sentences ne sont même pas rendues publiques, permet aux parties d'éviter de rendre des comptes, une obligation qui leur incomberait si elles avaient affaire à un système ouvert et transparent.

⁵⁸ Voir www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1554.pdf.

⁵⁹ Voir http://italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf.

⁶⁰ M. Desai et A. Moel, « Czech mate: expropriation and investor protection in a converging world », Document de travail n° 62/2004 de l'European Corporate Governance Institute, avril 2006.

⁶¹ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), Règles d'arbitrage, art. 42.

⁶² Mahnaz Malik, « The stakes of States in defending investment treaty arbitrations: a game of luck and chance? », Institut international du développement durable, 2011, p. 3.

⁶³ Centre International de règlement des différends relatifs aux investissements, Règlements administratifs et financiers, Règlement 22, Publication.

⁶⁴ Ibid., Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage, règle 37, Visites et enquêtes; mémoires de tierces parties; *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, 15 décembre 2001, par. 52; Centre International de règlement des différends relatifs aux investissements, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. République-Unie de Tanzanie*, affaire n° ARB/05/22, ordonnance de procédure 5.

⁶⁵ Règlements d'arbitrage de la CNUDCI, art. 28 3).

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised.pdf>.

⁶⁶ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, art. 53 1).

67. Un système d'arbitrage transparent et ouvert, obligé de rendre des comptes aux communautés des États d'accueil, devrait être créé d'urgence pour remédier aux graves problèmes que suscite la situation actuelle. L'arbitrage devrait également avoir lieu dans les pays d'accueil, afin de faciliter l'accès des communautés touchées. Les différends pourraient être tranchés par un comité choisi au sein d'un groupe international, permanent et représentatif au plan régional. Les arbitres ne devraient pas être autorisés à exercer les fonctions d'avocat ou de conseiller pour le compte d'investisseurs ou d'États dans les affaires d'arbitrage.

68. Un arbitrage ouvert mené par des arbitres impartiaux dont les activités seraient soumises à un examen de portée limitée permettra de réduire le caractère arbitraire des sentences, qui a enlevé toute légitimité aux procédures et a suscité des soupçons quant aux montants accordés aux requérants. Les États devraient aussi avoir le droit d'intenter des actions contre les investisseurs qui violent le droit à la santé de leurs ressortissants.

69. Le pouvoir discrétionnaire exercé par les arbitres lorsqu'il s'agit de permettre à des tierces parties de présenter des mémoires devrait être remplacé par le droit des communautés touchées de présenter des exposés écrits ou oraux.

70. Le rapporteur spécial note avec satisfaction que certains États stigmatisent déjà les inégalités inhérentes au régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et États. À titre d'exemple, l'Équateur a modifié sa constitution pour interdire son adhésion à des instruments dans lesquels il renoncerait à sa compétence souveraine dans l'arbitrage des litiges l'opposant à des particuliers ou des entreprises privées. C'est pour cette raison que ce pays a dénoncé la Convention pour le règlement des différends entre États et ressortissants d'autres États, pour être suivi dans cette voie par l'État plurinational de Bolivie et la République bolivarienne du Venezuela⁶⁷.

VI. Conclusions et recommandations

71. Il est nécessaire de fournir des précisions sur les questions de protection juridique, de réalisation progressive et d'application du droit à la santé. On contribuera ainsi à mettre en évidence le rôle important que joue le droit à la santé dans la capacité de chacun de vivre dans la dignité. Cela facilitera également la planification et la mise en œuvre des politiques en matière de santé, et l'obtention de meilleurs résultats suite aux efforts ainsi déployés. Dans le contexte du climat politique et économique actuel, qui est dominé par les entreprises transnationales, des mesures devraient être prises pour faire en sorte que des obligations ayant force de loi soient imposées à ces sociétés pour qu'elles respectent les droits de l'homme des individus.

72. Le Rapporteur spécial recommande que les États assurent la protection juridique du droit à la santé au niveau national, notamment en imposant l'obligation de respecter, protéger et réaliser le droit à la santé des individus.

73. Pour assurer l'application effective du droit à la santé dans les questions relevant de la compétence nationale, le Rapporteur spécial formule les recommandations ci-après :

⁶⁷ http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf.

a) Des orientations précises devraient être formulées à l'intention des autorités compétentes en vue de l'exécution de jugements et d'arrêts émanant de l'appareil judiciaire qui respectent, protègent et réalisent le droit à la santé;

b) Les États devraient veiller à ce que les jugements rendus par les tribunaux dans les affaires mettant en jeu le droit à la santé soient pleinement exécutés, à l'instar de tout autre arrêt judiciaire ayant pour objet d'assurer le respect des droits;

c) Les jugements et les arrêts devraient être exécutés avec la participation des communautés concernées et des autres parties prenantes;

d) Des systèmes de suivi de l'exécution des arrêts relatifs à la santé devraient être créés, de manière à permettre qu'une surveillance continue soit exercée par les organes juridictionnels, les organisations communautaires et de la société civile, et les autres parties prenantes;

e) Des voies de recours administratives devraient permettre aux arbitres d'examiner les allégations de violation du droit à la santé.

74. Le Rapporteur spécial recommande aux États de ratifier les protocoles facultatifs se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, de manière à reconnaître la compétence des comités respectifs à examiner les communications individuelles en vue d'assurer l'accès à un mécanisme judiciaire international pour les personnes dont le droit à la santé a été violé. Le Rapporteur spécial recommande en outre que les États reconnaissent la compétence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels à recevoir et examiner les communications entre États.

75. En ce qui concerne les obligations progressivement réalisables de l'État en matière de droit à la santé, le Rapporteur spécial recommande ce qui suit :

a) Le sens de l'expression « ressources disponibles » devrait être précisé afin de guider les États et d'aider les arbitres lorsqu'il s'agit pour eux de déterminer si le montant des ressources disponibles proposé par les États correspond bien à la réalité;

b) Les ressources disponibles comprennent le montant maximum de celles qui peuvent être affectées à la réalisation de tel ou tel objectif poursuivi dans le domaine de la santé sans pour autant compromettre d'autres services essentiels;

c) Le montant des ressources disponible pour les États devrait faire l'objet d'un examen effectué sous la forme d'une évaluation des budgets des États et des efforts qu'ils déploient pour mobiliser des ressources supplémentaires;

d) Pour faciliter un examen complet et équitable, les États devraient rendre publics, notamment en les communiquant aux arbitres, les renseignements sur le calcul de leurs ressources disponibles, sur leurs allocations budgétaires et sur les efforts qu'ils déploient pour augmenter lesdites ressources dans un esprit d'ouverture et de transparence;

e) Il faudrait déterminer si les ressources dont disposent les États sont affectées efficacement, en s'attachant avant tout à s'assurer que les politiques prévues à cet effet soient élaborées en fonction de critères raisonnables, une attention particulière étant accordée aux répercussions subies par les groupes vulnérables, ainsi qu'à la transparence et au caractère participatif de ce processus;

f) Les États devraient fournir les prestations promises dans le cadre des programmes de soins de santé en ce qui concerne les établissements de soins, les biens et les services prévus dans ce domaine. Le défaut de respecter cet engagement, ou l'affectation de fonds à d'autres fins, pourraient être considérés comme une violation des obligations qui leur incombent en matière de droit à la santé.

76. Le Rapporteur spécial recommande l'adoption d'un traité international prévoyant ce qui suit :

a) Imposer aux entreprises transnationales des obligations en matière de droits de l'homme, notamment en ce qui concerne le droit à la santé;

b) Empêcher les investisseurs d'empiéter sur les processus d'élaboration des politiques des États;

c) Créer une instance judiciaire accessible et efficace que les États et les particuliers pourraient saisir pour obliger les entreprises transnationales à assumer leurs responsabilités en cas de violation du droit à la santé.

77. Le Rapporteur spécial recommande également qu'en attendant qu'un traité international soit conclu, les États adoptent une déclaration sur les obligations des entreprises internationales en matière de droits de l'homme.

78. Le Rapporteur spécial recommande que les États examinent, renégocient ou concluent des accords internationaux d'investissement d'une manière ouverte et transparente, avec la participation des communautés concernées et d'autres parties prenantes. Les accords internationaux sur les investissements devraient comprendre des dispositions prévoyant ce qui suit :

a) Imposer des obligations en matière de droits de l'homme aux États d'accueil et d'origine, ainsi qu'aux investisseurs;

b) Permettre aux États d'accueil de modifier les lois en vigueur, ou d'en adopter de nouvelles, afin de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit à la santé, ou en période de crise affectant l'ensemble de l'État;

c) Permettre aux États d'engager des litiges en cas de non-respect ou de violation du droit à la santé par des investisseurs.

79. Le Rapporteur spécial recommande que les systèmes de règlement des différends entre investisseurs et États soient rendus transparents et soient modifiés de manière à :

a) Assurer que les arbitres agissent sans parti pris;

b) Créer un groupe permanent d'arbitres qui soit représentatif au niveau régional;

- c) Exiger que les détails d'un différend soient publiés et continuellement mis à jour dès qu'un investisseur émet une déclaration d'intention;
 - d) Veiller à ce que des tiers non impliqués dans un différend aient le droit d'assister aux procédures d'arbitrage;
 - e) Veiller à ce que les personnes qui ne sont pas parties à un différend, en particulier les membres des communautés concernées, aient le droit de présenter des exposés écrits et oraux;
 - f) Permettre que l'arbitrage ait lieu dans les pays d'accueil afin d'en faciliter l'accès aux parties intéressées;
 - g) Instaurer un système d'examen des sentences arbitrales afin de réduire les risques de traitement arbitraire.
-