



Assemblée générale

Distr. générale
12 juillet 2016
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Trente-troisième session

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable**

Note du Secrétariat

Le Secrétariat a l'honneur de transmettre au Conseil des droits de l'homme le rapport thématique de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, Alfred de Zayas, conformément à la résolution 30/29 du Conseil.

* Nouveau tirage pour raisons techniques (26 août 2016).

** Les annexes au présent rapport sont distribuées telles qu'elles ont été reçues.

GE.16-11938 (F) 050816 080816



* 1 6 1 1 9 3 8 *

Merci de recycler



I. Introduction

1. Dans sa résolution 30/29, le Conseil des droits de l'homme a invité l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable à continuer de réaliser des études sur les effets sur l'ordre international, qui s'exercent au détriment des droits de l'homme, des accords internationaux d'investissement, des accords bilatéraux d'investissement et des accords multilatéraux de libre-échange.

2. Le présent rapport complète l'analyse contenue dans le rapport que l'Expert indépendant a présenté en 2015 au Conseil (A/HRC/30/44 et Corr.1) et dans celui qu'il a soumis la même année à l'Assemblée générale (A/70/285 et Corr.1). Il s'intéresse à l'aggravation de la « paralysie réglementaire » provoquée par les règlements de différends entre investisseurs et États¹, et démontre que le système juridictionnel des investissements qui a été récemment proposé présente les mêmes failles de fond que l'actuel système de règlement des différends entre investisseurs et États. Pour l'essentiel, le nouveau système proposé ne prévoit pas les garanties fondamentales qui feraient de lui un dispositif juridique indépendant conforme aux exigences d'une procédure régulière. Cette analyse est partagée par l'Association des magistrats allemands et une association de magistrats espagnols, dans des points de vue publiés respectivement les 4 février 2016² et 23 mai 2016³. Le système juridictionnel des investissements continuerait d'exposer les États aux mêmes types de réclamations futiles et abusives que celles qui caractérisent les procédures extrêmement coûteuses, lentes et à l'issue imprévisible engagées dans le cadre du système de règlement des différends entre investisseurs et États. D'importants problèmes de constitutionnalité et de légalité se posent lorsque des acteurs non étatiques exercent des « prérogatives » qui échappent au contrôle public et à celui de la justice.

3. Les incidences sur les droits de l'homme, en droit et dans la pratique, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et en particulier du système de règlement des différends qu'ils ont institué, sont également examinées. L'Expert indépendant reconnaît que le système multilatéral de l'OMC est plus transparent que les pratiques ayant cours dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange. Il a bon espoir que l'OMC, grâce aux apports reçus de la société civile lors de ses discussions publiques, finira par découvrir que sa vocation est d'utiliser le commerce pour promouvoir les droits de l'homme et le développement. Néanmoins, les problèmes fondamentaux posés par les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange se reflètent dans les pratiques de l'OMC, notamment en ce qui concerne l'agriculture et la propriété intellectuelle. Un contrôle plus strict par les parlements nationaux et l'Union interparlementaire (UIP) s'impose si l'on veut redéfinir le commerce dans un cadre respectueux des droits de l'homme. La dixième Conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Nairobi en décembre 2015, aurait pu aboutir à de bons résultats si les engagements pris dans le cadre du Programme de Doha pour le développement avaient été respectés, mais la

¹ *World Investment Report 2015* (publication des Nations Unies, numéro de vente E.15.II.D.5) ; <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> ; « Investor-state dispute settlement: the arbitration game », *The Economist*, 11 octobre 2014 ; Comité économique et social européen, *Avis du Comité économique et social européen sur la protection des investisseurs et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de commerce et d'investissement de l'UE avec des pays tiers*, Bruxelles, 27 mai 2015.

² http://ttip2016.eu/files/content/docs/Full%20documents/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf. Voir aussi, en français, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_fr.htm.

³ <http://juecesparalademocracia.blogspot.ch/> ; <http://ciarglobal.com/es/jpd-rechaza-arbitraje-ttip/>.

Conférence a gravement pâti de l'intransigeance de certains États qui ont cherché à enterrer le Programme et ont empêché tout progrès en matière de sécurité alimentaire et de protection de l'environnement.

4. Les problèmes sont si complexes et leurs conséquences si graves qu'il ne faut voir dans le présent rapport qu'une analyse encore inachevée. En effet, il faudra continuer à surveiller les effets néfastes des anciens accords bilatéraux d'investissement et accords de libre-échange et déterminer si les initiatives visant à réformer le système et à éliminer les dispositions déloyales figurant dans ces accords débouchent sur un régime économique plus démocratique et plus équitable, ou si des violations flagrantes continuent d'être commises en toute impunité. Le rôle des parlements est essentiel s'agissant de garantir la protection des droits de l'homme tout en favorisant le commerce. La Conférence parlementaire sur l'OMC tenue en juin 2016 a montré que les problèmes étaient connus. Mais le monde attend plus que de simples paroles.

II. La protection de l'investissement en chiffres et en faits

5. Le commerce mondial ne cesse de s'accroître. Selon les chiffres de la Banque mondiale, les exportations mondiales de marchandises ont atteint 19 110 milliards de dollars des États-Unis en 2014⁴. Selon l'OMC, le volume du commerce des services pour cette même année a dépassé 4 870 milliards de dollars⁵. Les droits de douane sont déjà faibles et ne constituent pas un obstacle considérable au commerce. Il n'est plus nécessaire d'adopter de nouveaux « accords de libre-échange », lesquels sont des instruments asymétriques qui accordent des privilèges aux investisseurs sans leur imposer d'obligations contraignantes.

6. Au cours des dernières décennies, le nombre d'accords bilatéraux d'investissement et d'accords de libre-échange a dépassé les 3 200, selon les prévisions difficiles à croire et souvent exagérément optimistes des représentants chargés des questions commerciales. L'appel des sirènes de l'investissement étranger direct (IED) reste puissant. Les tenants des accords de protection de l'investissement affirment que de tels accords sont indispensables pour attirer l'IED. Des groupes d'intérêt privés comme la Chambre de commerce internationale répètent inlassablement que tous les gouvernements devraient à titre prioritaire se doter de normes solides de protection de l'investissement afin de favoriser de nouveaux flux d'IED, vecteurs de prospérité⁶. Pourtant, aucun élément concret ne le confirme. Bien sûr, certaines études économétriques soutiennent que les accords attirent les investissements, mais d'autres concluent que ces instruments n'ont aucun effet ou ont une incidence négative⁷. En 2015, la Commissaire au commerce de l'Union européenne, Cecilia Malmström, a déclaré que la Commission était consciente que la plupart des études n'établissaient pas l'existence d'un lien de causalité direct et exclusif entre accords et investissement⁸. Le Brésil se taille la part du lion dans les flux d'IED à destination de l'Amérique latine et pourtant, il n'a conclu aucun accord bilatéral d'investissement. L'Afrique du Sud a dénoncé plusieurs accords bilatéraux d'investissement au motif que,

⁴ <http://data.worldbank.org/topic/trade>.

⁵ https://www.wto.org/french/res_f/statis_f/its2015_f/its15_toc_f.htm, p. 11.

⁶ Chambre internationale de commerce, Autriche, *Bilateral investment treaties and investor-State dispute resolution*, 2014.

⁷ Lauge Poulsen, « The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance », dans *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Karl P. Sauvant, éd. (New York, Oxford University Press, 2010) ; Jason Yackee, « Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence », University of Wisconsin Legal Studies Research Paper n° 1114 (22 mars 2010).

⁸ www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-008187&language=EN.

comme l'expliquait un haut fonctionnaire de ce pays, elle n'enregistrait pas d'entrées importantes d'IED en provenance de nombreux partenaires avec lesquels elle avait conclu de tels accords, tout en continuant dans le même temps de recevoir des investissements en provenance de pays avec lesquels elle n'avait pas conclu d'accords bilatéraux⁹.

7. À la date de janvier 2016, on comptait à l'échelle mondiale 696 affaires de règlement de différends entre investisseurs et États, qui concernaient 107 pays¹⁰. Compte tenu de l'opacité du système, et étant donné que de nombreuses affaires ne sont pas rendues publiques, les chiffres réels pourraient être supérieurs. Un quart des affaires enregistrées aboutissent à un règlement, qui prévoit fréquemment des paiements ou une modification des textes de loi destinée à satisfaire les investisseurs. Toutefois, de par leur nature même, les activités commerciales supposent une prise de risque. Les investisseurs qui trouvent le risque trop élevé devraient contracter une assurance-risques ou renoncer à investir. L'État n'a pas à garantir un profit aux investisseurs. Par ailleurs, les tribunaux locaux sont là pour assurer une protection.

8. Quelque 72 % des procédures connues ont été intentées contre des économies en développement ou en transition. Le nombre des affaires visant des pays développés croît à mesure que les investisseurs, les arbitres et de nouveaux accords ouvrent le système de règlement des différends entre investisseurs et États à de nouveaux domaines. Ce type de règlement conduit à socialiser les pertes et à privatiser les profits¹¹, créant ainsi un terreau favorable aux troubles sociaux.

9. Le nombre de ces affaires augmente. Alors qu'on dénombrait en tout trois cas connus en 1995, 70 nouveaux cas ont été enregistrés en 2015. Selon la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED¹², les investisseurs obtiennent gain de cause dans 60 % des affaires déclarées recevables. En principe, les États ne « gagnent » jamais ; ils peuvent tout au plus espérer être « acquittés » et, même dans ce cas, ils ne recouvrent au mieux qu'une partie des frais de justice engagés, lesquels se chiffrent habituellement à des millions de dollars. Dans l'affaire *Yukos Universal Limited (île de Man) c. Fédération de Russie*, les avocats ont facturé 74 millions de dollars et les trois membres du tribunal arbitral ont perçu 7,4 millions. Le montant accordé par le tribunal a été de 50 milliards de dollars¹³.

10. Les principaux bénéficiaires financiers des sentences issues du règlement de ces différends ne sont pas de petits investisseurs ou des entreprises de taille moyenne, dont les investissements seraient grandement nécessaires pour la création d'emplois et le développement à long terme, mais des monopoles réalisant un revenu annuel d'au moins 1 milliard de dollars, et des particuliers ayant un patrimoine net supérieur à 100 millions de dollars¹⁴.

11. Dans la pratique, l'« immobilisme réglementaire » résultant de la simple existence du système de règlement des différends entre investisseurs et États a déjà dissuadé de nombreux États de prendre des mesures, pourtant impérieuses, pour protéger la santé et l'environnement. Peter Kirby, du cabinet juridique Fasken Martineau, a eu ce commentaire désabusé sur le règlement des différends entre investisseurs et États : « C'est un moyen de

⁹ Xavier Carim, « International investment agreements and Africa's structural transformation: a perspective from South Africa », South Centre Investment Policy Brief n° 4, août 2015, p. 4.

¹⁰ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Hub/Home/504>.

¹¹ Transnational Institute, *Socialising losses, privatizing gains* (Amsterdam, 2015).

¹² *World Investment Report 2015*, p. 116.

¹³ www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2014/09/iisd_itn_yukos_sept_2014_1.pdf.

<http://globalarbitrationreview.com/news/article/35248/us50-billion-yukos-awards-set-aside-hague/>.

¹⁴ Pia Eberhardt, *The zombie ISDS: rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die*, (Bruxelles, Corporate Europe Observatory, 2016), p. 14.

pression en ce sens qu'il permet à une des parties de menacer l'autre de saisir la justice pour obtenir une indemnisation si elle prend telle ou telle mesure. Cela peut parfois changer les comportements »¹⁵. Le cabinet Steptoe and Johnson a estimé que les dispositifs protégeant les investisseurs pouvaient servir à empêcher les États d'agir déloyalement et qu'ils pouvaient aussi constituer un puissant moyen pour les investisseurs étrangers et les associations industrielles de militer contre des modifications législatives¹⁶. Certains accords reconnaissent formellement la souveraineté de l'État, mais la réalité est différente. Le professeur David Boyd a fait observer que, s'il existait dans les accords commerciaux des dispositions prétendument destinées à protéger le droit des gouvernements de réglementer, beaucoup de groupes d'arbitrage n'en tenaient pas compte ou en faisait une interprétation étroite qui leur ôtait pratiquement toute utilité¹⁷. Le professeur David Schneiderman a décrit sans ambages ce système comme une forme naissante de supraconstitution qui visait à protéger l'action économique des politiques publiques majoritaires¹⁸.

12. Plusieurs accords régionaux de grande envergure, faisant intervenir près de 90 États, sont en cours de négociation, le plus souvent en secret. On citera l'Accord de partenariat transpacifique¹⁹, le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, l'Accord économique et commercial global, négocié entre l'Union européenne et le Canada, et l'Accord sur le commerce des services. S'ils entrent en vigueur, avec leurs chapitres sur l'investissement, le filon de l'arbitrage sera beaucoup plus massivement exploité. Comme le prix Nobel Joseph Stiglitz l'a dit pertinemment, « les grandes sociétés cherchent actuellement à obtenir subrepticement, par des accords négociés en secret, ce qu'elles n'ont pas pu obtenir dans le cadre d'un processus politique ouvert²⁰, et s'il y a jamais eu un mécanisme partial de règlement des différends, c'est bien celui-ci²¹ ».

III. De la responsabilité de protéger à la responsabilité d'agir

13. La notion de responsabilité de protéger²² a été énoncée au Sommet mondial de 2005. En théorie, suivant la manière dont elle est interprétée et appliquée, elle permet de réaffirmer le devoir qui incombe à chaque État de protéger la population relevant de sa juridiction contre les dangers intérieurs ou extérieurs en prenant des mesures de prévention et de réparation pour combattre la violence structurelle causée par des acteurs étatiques ou non étatiques. Cela dit, une interprétation étroite de la responsabilité de protéger, utilisée comme prétexte à des ingérences étrangères dans les affaires intérieures d'un État, crée des dangers qui ont été soulignés lors du débat de l'Assemblée générale de juillet 2009, lequel a mis en évidence le risque de détournement géopolitique de la responsabilité de protéger pour éluder l'interdiction impérative du recours à l'emploi de la force énoncée à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies. La responsabilité de protéger peut faire progresser les droits de l'homme mais son utilisation médiatique à la manière d'un slogan

¹⁵ Pia Eberhardt, op. cit., p. 13.

¹⁶ www.steptoe.com/publications-9867.html.

¹⁷ www.thestar.com/opinion/commentary/2016/01/11/dont-let-trade-deals-hamper-climate-progress.html.

¹⁸ David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, (New York, Cambridge University Press, 2008), p. 3.

¹⁹ www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17006.

²⁰ Joseph Stiglitz, « Developing countries are right to resist restrictive trade agreements », *The Guardian*, 8 novembre 2013.

²¹ Joseph Stiglitz, « The secret corporate takeover of trade agreements », *The Guardian*, 13 mai 2015.

²² www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml ; A/63/677.

et les périls d'une application arbitraire et sélective de cette responsabilité porteraient atteinte à l'autorité de la Charte²³.

14. L'Expert indépendant propose de reformuler la doctrine de la responsabilité de protéger et de dépasser la perspective étroite de la protection des populations contre les crimes de guerre et le génocide pour l'élargir au devoir de protéger les populations contre la guerre, les interventions militaires et la violence structurelle. Il est dans l'intérêt de la communauté internationale de réaffirmer le devoir de protéger et de promouvoir activement les droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux. Il incombe aux Gouvernements, aux parlements et aux tribunaux d'agir au nom de l'intérêt public pour la stabilité économique, le développement social, la préservation de l'environnement, la sécurité alimentaire et l'amélioration des normes en matière de santé et de travail, au travers de la fiscalité et par des mesures de précaution et de prévention contre les dangers liés aux organismes génétiquement modifiés²⁴, à la fracturation hydraulique²⁵, à l'exploitation de mines à ciel ouvert, aux pesticides, à la pollution de l'air et de l'eau, à la corruption, aux monopoles et aux échanges commerciaux asymétriques. Ces obligations générales de gouvernance sont le fondement d'une société organisée. Les détenteurs des droits concernés par la responsabilité d'agir sont les personnes et les peuples, notamment les peuples autochtones, les détenteurs de devoirs en la matière étant les gouvernements, les parlements et les tribunaux.

15. Les tribunaux ne sauraient devenir les instruments de l'injustice, ni se prêter à l'exécution de sentences manifestement iniques dans le cadre du règlement de différends entre investisseurs et États. Ils doivent faire usage de leurs compétences constitutionnelles et implicites pour refuser d'exécuter des décisions associées à des violations de droits ou à un enrichissement injustifié, ou qui sont manifestement infondées, comme c'est le cas lorsque les arbitres fabriquent des interprétations outrancièrement extensives.

16. Les droits de l'homme et libertés fondamentales consacrés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que dans de nombreux instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme, comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), la Charte sociale européenne, la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, constituent des obligations conventionnelles contraignantes et non de simples engagements.

17. Il semble que les investisseurs et les sociétés transnationales aient une conception étroite du droit de commercer, du droit de propriété et du droit au profit. Cette conception s'appuie sur les « lois du marché »²⁶, une sorte de fondamentalisme idéologique ou de pensée de groupe dont on trouve le reflet dans un discours de l'ancien directeur de l'OMC, Pascal Lamy, qui affirmait le 26 septembre 2010 lors d'une conférence de l'Institut des

²³ www.un.org/press/en/2009/ga10850.doc.htm.

²⁴ www.globalresearch.ca/the-seeds-of-suicide-how-monsanto-destroys-farming/5329947.

²⁵ www.alternet.org/environment/8-dangerous-side-effects-fracking-industry-doesnt-want-you-hear-about.

²⁶ Cet énoncé cache plus qu'il n'explique. Le « marché » n'a rien d'une loi naturelle ; c'est un faisceau de rapports de force. Lorsque une personne dogmatique invoque, comme une formule magique, « les lois du marché », elle dit ce que les mégasociétés veulent entendre. Un « investissement » peut être profitable ou non. Il faut promouvoir la réalisation d'investissements à long terme dans les activités socialement utiles, mais la gestion d'actifs qui vise à les essorer pour en tirer une rente, des dividendes et des plus-values choque la société. Extraire des richesses, ce n'est pas en créer. Le fondamentalisme du marché et la notion démagogique de libre-échange procèdent d'une croyance utopique et millénaire dans la « main invisible » du marché et dans l'effet, inexistant, de « ruissellement ».

Nations Unies pour la formation et la recherche que « le commerce garantit la réalisation concrète des droits de l'homme²⁷ ». Le « droit à la concurrence » est aussi un des « droits » préférés des néolibéraux. Or le commerce, la propriété et la concurrence ne sont pas des fins en soi ; ils doivent être considérés par rapport à d'autres droits et soumis à des règles raisonnables. La concurrence suppose des règles du jeu équitables, d'où, souvent, la nécessité de prendre des mesures volontaristes pour corriger les déséquilibres. La concurrence sans solidarité est prédatrice, en particulier lorsqu'elle est faussée en faveur des méga-entreprises et des monopoles²⁸.

IV. Primauté du régime des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

18. L'ensemble des États parties potentiels à l'Accord de partenariat transpacifique, au Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, à l'Accord économique et commercial global et à l'Accord sur le commerce des services sont liés par le régime des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et la plupart sont parties aux instruments universels et régionaux des droits de l'homme, parmi lesquels le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne. Le principe *pacta sunt servanda* oblige les états à remplir de bonne foi les obligations qui leur incombent en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et leur interdit de conclure des accords susceptibles de retarder, de contourner, de compromettre ou de rendre impossible l'exécution de ces obligations. Néanmoins, en s'entretenant des effets du commerce sur les droits de l'homme avec de hauts fonctionnaires, des représentants chargés des questions commerciales et des personnes représentant les intérêts d'entreprises du secteur privé, l'Expert indépendant a constaté que ses interlocuteurs ne percevaient pas immédiatement en quoi les droits de l'homme étaient touchés. Par conséquent, il présente ci-après un résumé des dispositions d'instruments relatifs aux droits de l'homme qui ont été ou risquent d'être affectées.

A. Pacte international relatif aux droits civils et politiques

19. En vertu de l'article premier de cet instrument, tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes, de déterminer librement leur statut politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel. Ils peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles et ne peuvent pas être privés de leurs propres moyens de subsistance. Les États parties sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et ne peuvent y faire échec en concluant des accords commerciaux qui, dans les faits, privent les peuples de leurs ressources naturelles ou impliquent l'appropriation illicite de terres ou des déplacements de population. Conformément à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, toute utilisation de terres autochtones requiert le consentement préalable de ces peuples, donné librement et en connaissance de cause. La convention (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail concernant les peuples indigènes et tribaux, 1989, prévoit des consultations et une participation de la base vers le sommet²⁹.

²⁷ https://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl172_f.htm.

²⁸ Ha-Joon Chang, « Kicking away the ladder », *Foreign Policy In Focus* (Silver City, NM, Interhemispheric Resource Center, décembre 2003).

²⁹ A/70/301.

20. L'article 2 du Pacte garantit le droit de toute personne à un recours utile, par exemple à une indemnisation en cas de dommage environnemental causé par des sociétés transnationales. Toutefois, même une décision prononcée par la plus haute juridiction d'un État contre une société transnationale peut ne pas être exécutée lorsque cette société engage une procédure contre l'État en vertu du mécanisme de règlement des différends et refuse d'indemniser les victimes (voir, par exemple, l'affaire *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. République de l'Équateur*, que l'Expert indépendant a évoquée dans d'autres rapports). Autre problème : lorsque les victimes sont des particuliers, elles n'ont pas qualité pour agir au titre du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et états ou pour saisir les tribunaux du système juridictionnel des investissements.

21. L'article 6 du Pacte porte sur le droit à la vie. Beaucoup des activités des sociétés transnationales menacent ce droit ainsi que le droit à la santé³⁰. C'est le cas par exemple lorsque des exploitations minières à ciel ouvert, des boues d'hydrocarbures, des déchets toxiques et la radioactivité contaminent de vastes zones. L'État est tenu de prendre des mesures de précaution contre de tels dangers et on ne saurait accepter que des plaintes d'entreprises pour « manque à gagner » s'ensuivent. On sait que des sociétés transnationales ont déjà divulgué les noms de syndicalistes à la police ou à des groupes paramilitaires, et que de telles dénonciations ont conduit à la disparition ou à l'assassinat de défenseurs des droits de l'homme³¹. Afin de satisfaire les intérêts de sociétés transnationales, il est arrivé que l'on fasse intervenir la police nationale et même l'armée contre des manifestants, dont certains ont parfois été tués. La pratique dite du « renouvellement perpétuel » des brevets dans l'industrie pharmaceutique peut aussi être à l'origine de décès en raison du manque d'accès à des médicaments génériques et à des dispositifs médicaux à des prix abordables.

22. L'article 12 du Pacte porte sur le droit de circuler librement. Certains très grands projets ont abouti au déplacement forcé de populations et à la perte de leurs terres d'origine, de leurs lieux de culte et de leurs cimetières³². Les industries du pétrole, du gaz et de l'exploitation minière ont dévasté des paysages et détruit des écosystèmes, obligeant des populations à partir, sans que certaines puissent jamais retourner chez elles en raison d'une grave pollution de l'environnement.

23. L'article 14 a trait au droit à un procès équitable. Toutes les procédures judiciaires doivent être menées par des tribunaux indépendants, conformément aux principes de la transparence et de la responsabilité. Les tribunaux chargés du règlement de différends entre investisseurs et États ont à maintes reprises été montrés du doigt pour leur manque d'indépendance, de transparence, de prévisibilité et de responsabilité. Cette régression porte atteinte à l'état de droit fondé sur les juridictions ordinaires. Certaines décisions arbitrales violent le principe de la séparation des pouvoirs, comme cela a été le cas dans l'affaire Chevron, où les arbitres ont ordonné au Gouvernement de l'Équateur de s'immiscer dans les affaires de l'ordre judiciaire indépendant du pays en passant outre la décision des tribunaux nationaux.

³⁰ Dans l'allocution qu'elle a prononcée à la soixante-neuvième Assemblée mondiale de la santé, le Directeur général de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), Margaret Chen, a lancé une mise en garde au sujet « des catastrophes d'origine humaine créées par des politiques qui placent les intérêts économiques au-dessus des préoccupations relatives aux vies humaines et à la planète qui les abrite », http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_3-fr.pdf.

³¹ Horacio Verbitsky et Juan Pablo Bohoslavsky, *Cuentas Pendientes* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013) ; www.theguardian.com/world/2016/jun/21/berta-caceres-name-honduran-military-hitlist-former-soldier.

³² A/HRC/32/40.

24. L'article 19 porte sur le droit d'accéder à l'information, ce qui inclut l'information relative aux accords de libre-échange et d'investissement. De très nombreuses parties prenantes (groupements de consommateurs, spécialistes de la protection de l'environnement, syndicats et professionnels de la santé) ont besoin de données précises pour évaluer les conséquences d'accords commerciaux pour la population, et elles ne devraient pas avoir à dépendre de lanceurs d'alerte pour les obtenir. Le secret a un effet corrosif sur la démocratie et sur l'état de droit.

25. L'article 21 concerne le droit de réunion pacifique. Des personnes ont déjà été harcelées, arrêtées, et certaines tuées pour avoir manifesté contre des mégaprojets³³.

26. L'article 24 porte sur les droits de l'enfant. Les dommages et intérêts versés à des sociétés transnationales en application de sentences issues de procédures de règlement de différends entre investisseurs et États réduisent d'autant les crédits publics destinés à faire progresser les droits de l'enfant, à réduire la mortalité infantile et à améliorer l'éducation.

27. L'article 25 concerne le droit de prendre part à la direction des affaires publiques. Ce droit est systématiquement bafoué lors de l'élaboration et de la négociation d'accords bilatéraux d'investissement et d'accords de libre-échange en secret, et de l'adoption de tels instruments sans contrôle parlementaire. Étant donné les dangers que le règlement des différends entre investisseurs et États et le système juridictionnel des investissements comportent pour l'état de droit et les droits de l'homme, ces accords doivent être soumis à référendum. Les parlements ne doivent pas ratifier précipitamment des accords qui ont été négociés sans la participation des nombreuses parties prenantes, ou qui ont suscité l'opposition massive de la population lorsque leurs dispositions ont été rendues publiques. Plus de 3,3 millions d'Européens ont signé une pétition contre le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement et 97 % des personnes interrogées dans le cadre d'une consultation publique menée par la Commission européenne se sont prononcées contre ce partenariat³⁴.

28. L'article 26 garantit l'égalité de tous devant la loi. L'attribution de droits spéciaux à des investisseurs étrangers sans en faire bénéficier les entreprises et les investisseurs nationaux constitue un manquement à ce droit ainsi qu'au principe de non-discrimination.

29. L'article 27 concerne les droits des minorités. Les peuples autochtones sont protégés en vertu de l'article premier du Pacte, mais les minorités sont en droit de demander également la protection de leur culture et de leurs moyens de subsistance, lesquels sont fréquemment mis à mal par des sociétés transnationales qui détruisent leur environnement, leurs lieux de chasse et de pêche et leurs points d'accès à l'eau potable.

B. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

30. Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États et le système juridictionnel des investissements nuisent à la jouissance de la plupart des droits consacrés par les dispositions du Pacte, comme l'explique le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans ses observations générales.

31. L'article 6 porte sur le droit au travail. Des accords de grande ampleur tels que l'Accord de libre-échange nord-américain ont pour effet de détruire des millions d'emplois et de niveler les droits des travailleurs par le bas. Des emplois du secteur manufacturier ont ainsi été délocalisés des usines des États-Unis vers les maquiladoras mexicaines,

³³ A/HRC/29/25.

³⁴ Pia Eberhardt, *The zombie ISDS*, p. 5. *Yet the European Commission failed to see the elephant in the room; why include investor-State arbitration at all ?*

notoirement connues pour offrir des conditions de travail infrahumaines et des salaires dérisoires.

32. L'article 7 concerne le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables. Dans l'observation générale n° 23 (2016) qu'il lui consacre, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels souligne que ce droit doit être protégé dans le cadre des accords commerciaux.

33. L'article 8 porte sur le droit de former des syndicats et le droit de grève. Cibles des sociétés transnationales, des syndicalistes ont déjà été victimes de licenciements, et parfois de violences perpétrées par des sociétés de sécurité privées et des groupes paramilitaires.

34. L'article 9 garantit le droit à la sécurité sociale. La délocalisation d'emplois vers des pays à la législation sociale plus faible ou inexistante est contraire à l'engagement pris par les États parties d'agir en vue d'assurer progressivement la réalisation de ce droit. Dans son observation générale n° 19 (2007) sur le droit à la sécurité sociale, le Comité indique que les accords de libéralisation du commerce ne devraient pas entamer la capacité d'un État partie d'assurer le plein exercice du droit à la sécurité sociale.

35. L'article 10, qui a trait à la protection de la famille, fait obligation aux États parties d'accorder à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, une protection et une assistance aussi larges que possible. En outre, les États parties sont tenus d'accorder aux mères un congé payé avant et après la naissance des enfants et de protéger les enfants contre l'exploitation économique et sociale.

36. L'article 11 porte sur le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants. Dans les pays en développement, la sécurité alimentaire est d'une importance cruciale. Les menaces de contentieux dans le cadre du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États émanant des industries agroalimentaires subventionnées de pays développés retient les pays en développement d'adopter des politiques agricoles visant à garantir la sécurité alimentaire³⁵. Les dommages et intérêts qui sont accordés à l'issue de procédures de règlement des différends entre investisseurs et États ou ceux qui pourraient l'être par des tribunaux dans le cadre du système juridictionnel des investissements privent les États de ressources dont ils ont absolument besoin pour satisfaire à leurs obligations en matière de santé, de logement et d'éducation.

37. L'article 12 a trait au droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible. La pratique du renouvellement perpétuel des brevets à laquelle se livre l'industrie pharmaceutique réduit l'accès aux médicaments génériques³⁶. La rétention délibérée de médicaments indispensables constitue une violation du droit à la vie.

38. L'article 13 porte sur le droit à l'éducation. En accentuant encore le caractère déjà inéquitable des règles du jeu, la privatisation de l'éducation rend plus difficile pour les familles démunies d'aider leurs enfants à s'extraire de la pauvreté.

39. L'article 15 garantit le droit de chacun à sa propre culture. Cette notion recouvre le droit de parler sa propre langue et de l'utiliser dans la production cinématographique, télévisuelle et musicale. Une population inondée de films et d'émissions de télévision bon marché d'origine étrangère finira par perdre son identité. Les gouvernements ont l'obligation de préserver les cultures de leurs populations, qui font partie du patrimoine mondial, conformément à l'objectif de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation,

³⁵ Principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme.

³⁶ A/69/299.

la science et la culture tendant à promouvoir la diversité et à lutter contre l'impérialisme culturel.

40. L'article 25 est essentiel pour les peuples autochtones et les peuples non autonomes, au même titre que l'article premier relatif à l'autodétermination. Il y est réaffirmé qu'aucune disposition du Pacte ne sera interprétée comme portant atteinte au droit inhérent de tous les peuples à profiter et à user pleinement et librement de leurs richesses et ressources naturelles. Les industries forestière, pétrolière, gazière et minière pillent les ressources des peuples autochtones.

41. Les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 5, 6, 8 à 11, 13 et 14), la Charte sociale européenne, la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples créent des obligations contraignantes qui commandent aux parties de prendre des mesures volontaristes d'application et d'action positive pour remédier aux profondes inégalités qui existent ainsi qu'aux séquelles du colonialisme et de la discrimination.

42. Bien que la relation entre commerce et droits de l'homme soit une évidence, certains investisseurs et certaines entreprises pensent pouvoir continuer d'évoluer dans un environnement d'où ces droits sont absents. Les faits sont considérés comme étant « sans conséquences » parce que le bulldozer néolibéral continue d'avancer, indifférent aux intérêts de milliards d'êtres humains qui sont exploités et dont l'habitat est saccagé.

V. Mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, système juridictionnel des investissements et souveraineté de l'État

43. Une étude approfondie des liens entre commerce et droits de l'homme a amené l'Expert indépendant à revenir sur son soutien conditionnel à la mise en place d'un tribunal international de l'investissement (voir A/HRC/30/44 et Corr.1, par. 62 i) et 66 a), et A/70/285 et Corr.1, par. 55 a)). Après avoir réévalué les dangers liés au système juridictionnel des investissements, il considère que la proposition de création d'un tel dispositif est pour l'essentiel une opération de changement d'image.

44. En septembre 2015, la Commissaire au commerce de l'Union européenne, Cecilia Malmström, a proposé de remplacer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États par un système juridictionnel des investissements. Malgré certaines améliorations, comme la mise en place d'un mécanisme d'appel et la nomination de juges, ce système ne règle pas les problèmes de fond que pose le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, et il aggrave encore la situation en multipliant par le facteur 10 le nombre de litiges potentiels, accentuant ainsi la paralysie réglementaire³⁷. Le système juridictionnel des investissements doit être rejeté pour les raisons suivantes :

a) Il s'agit d'un système à sens unique, dans le cadre duquel les investisseurs peuvent intenter une action contre les États sans que l'inverse soit possible. Il repose sur le principe de l'arbitrage et n'est qu'un pseudo-tribunal n'offrant pas les garanties fondamentales d'un système judiciaire indépendant, comme l'ont mis en évidence l'Association des magistrats allemands et une association de magistrats espagnols ;

³⁷ Natacha Cingotti et coll., *Investment court system put to the test*, (Canadian Centre for Policy Alternatives, Corporate Europe Observatory, Amis de la terre Europe, Forum Umwelt und Entwicklung et Transnational Institute, Amsterdam/Bruxelles/Berlin/Ottawa, 2016) ; Maude Barlow et Raoul Marc Jennar, « Le fléau de l'arbitrage international », *Le Monde diplomatique*, février 2016.

b) Le système n'impose pas d'obligations aux investisseurs, comme le devoir de ne pas nuire à autrui ou de respecter les normes relatives à l'environnement, à la protection sociale, au travail, à la santé ou à la sécurité ;

c) Les investisseurs étrangers, contrairement aux investisseurs et aux entreprises du pays, jouissent de privilèges et peuvent contourner les juridictions nationales. Il n'ont pas l'obligation d'épuiser les recours internes ;

d) Les interprétations larges des termes et expressions « investissement », « expropriation indirecte », « traitement juste et équitable » et « attentes légitimes » permettent aux investisseurs de poursuivre les États en justice, même lorsque la législation qu'ils contestent est d'intérêt public ;

e) La charge de la preuve est inversée, de sorte qu'il appartient aux États de prouver que leur législation sociale est « légitime » et non « excessive », ce qui incite les investisseurs à attaquer en justice les mesures prises au nom du principe de précaution et les dispositions législatives relatives à la santé et à l'environnement ;

f) L'effet paralysant d'un tel dispositif sur la réglementation, ou « immobilisme » réglementaire, se trouve intensifié, et des États peuvent ainsi renoncer à adopter des lois sociales par crainte de se voir condamnés à verser des millions de dollars de dommages et intérêts ;

g) Le système n'accorde pas qualité pour agir aux victimes d'actions menées par les investisseurs.

45. Le système juridictionnel proposé pourrait être saisi de certains différends entre investisseurs et États qui sont en attente de règlement, ces procédures donnant lieu de manière identique au paiement de frais de justice et au versement de dommages et intérêts susceptibles d'atteindre plusieurs milliards de dollars. Les affaires en question sont les suivantes :

a) *Philip Morris Brands Sàrl et consorts c. Uruguay* : cette affaire datant de 2010 et toujours pendante concerne les poursuites engagées par le géant du tabac contre l'Uruguay pour avoir mis en oeuvre ses obligations au titre de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) pour la lutte antitabac ;

b) *Lone Pine Resources Inc. c. Canada* : cette affaire a trait à l'instauration au Québec, au nom du principe de précaution, d'un moratoire sur la fracturation hydraulique ;

c) *Vattenfall AB et consorts c. Allemagne* (2009) : cette affaire porte sur l'imposition à Hambourg de normes environnementales relatives à l'utilisation de l'eau dans une centrale électrique à charbon ;

d) *Vattenfall AB et consorts c. Allemagne* (2012) : cette affaire a trait à la décision de l'Allemagne de mettre fin progressivement à l'utilisation de l'énergie nucléaire ;

e) *TransCanada Corporation et TransCanada PipeLines Limited c. États-Unis d'Amérique* : cette affaire est liée à la décision du Président Obama de s'opposer au projet controversé de l'oléoduc Keystone XL dans le cadre de l'engagement des États-Unis dans la lutte contre les changements climatiques ;

f) *Cosigo Resources, Ltd. et consorts c. Colombie* : l'affaire concerne le refus d'accorder un permis d'exploitation minière dans la forêt amazonienne. La Colombie se voit réclamer des dommages et intérêts d'un montant de 16,5 milliards de dollars pour perte de profits.

46. Le système juridictionnel proposé pourrait en outre être saisi d'affaires similaires à d'autres sur lesquelles un arbitrage favorable aux entreprises a déjà été rendu dans le cadre

du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. C'est le cas des affaires suivantes :

a) *William Ralph Clayton et consorts c. Canada* : le litige tenait au fait qu'une étude d'impact sur l'environnement avait empêché la concrétisation d'un projet d'installation d'une grande carrière et d'un terminal maritime dans un site écologiquement sensible ;

b) *Metalclad Corporation c. Mexique* : cette affaire concernait le refus d'autoriser l'installation d'un dépôt de déchets toxiques.

47. Ces affaires soulèvent à la fois des questions relatives aux droits de l'homme et des questions constitutionnelles. Un État peut-il constitutionnellement autoriser pareille immixtion dans son champ d'action en matière de politiques publiques ? Un État peut-il renoncer à l'obligation qui lui incombe de prendre des mesures de précaution, de faire réaliser des études d'impact sur les droits de l'homme, la santé et l'environnement, de réglementer la fiscalité ou de relever le salaire minimum³⁸ ? La Constitution fait obligation à l'État de protéger la population non seulement contre une armée ennemie qui voudrait envahir le territoire, mais aussi contre des acteurs privés, y compris les monopoles, les cartels et les sociétés prédatrices. L'État est tenu d'interdire certaines activités commerciales en vue de protéger la vie et le bien-être de la population. Aucun État ne peut faire abstraction des tribunaux ordinaires, lesquels agissent en toute indépendance, dans la transparence et de manière responsable.

48. Une autre question qui se pose est celle de l'effet juridique du consentement qui aurait été donné. Les États qui ratifient les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange ont-ils véritablement donné leur consentement à l'attribution de compétence au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États ou au système juridictionnel des investissements ? Le consentement est-il pleinement effectif ou seulement implicite ? Il existe en droit international coutumier une norme impérative selon laquelle la compétence est fondée sur le consentement. Cette règle s'appuie sur la pratique des États souverains.

49. À titre d'illustration, il est intéressant de rappeler que la compétence de la Cour internationale de Justice n'est pas universelle ou automatique, mais qu'elle est subordonnée à une déclaration faite par les États en vertu de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice. Cette déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour peut également être retirée. Deux États ou plus peuvent déclarer reconnaître la compétence de la Cour internationale de Justice par la voie d'un compromis spécial. La compétence de la Cour peut en outre être établie par le biais de dispositions conventionnelles en vertu desquelles un État s'engage à accepter la compétence de la Cour. On trouve de telles dispositions dans plus de 300 instruments. L'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en est un exemple. D'autres instruments sont assortis de protocoles facultatifs qui prévoient la saisine automatique, tels les Protocoles facultatifs se rapportant à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Comme c'est le cas pour l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, le consentement donné peut être retiré.

50. Sans le consentement de l'État ou des États concernés, les tribunaux n'ont pas compétence. Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États et le système juridictionnel des investissements, avec leurs « clauses parapluie » et leurs « clauses de survie » enfreignent la règle de la compétence par consentement. Étant donné

³⁸ Principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme ; James Harrison et Alessa Goller, « Trade and Human Rights : what does "impact assessment" have to offer? », *Human Rights Law Review*, vol. 8, n° 4, 2008, p. 587 à 615.

que les États peuvent refuser la compétence de la Cour internationale de Justice, ils peuvent a fortiori refuser celle des tribunaux arbitraux spéciaux composés de trois arbitres privés, particulièrement lorsqu'ils empiètent sur les fonctions fondamentales de l'État.

51. L'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que lorsque la situation a fondamentalement changé par rapport à celle qui existait au moment de la signature d'un accord (*rebus sic stantibus*), l'accord peut être modifié ou résilié. D'autres dispositions de la Convention permettent de modifier ou de résilier un accord en cas d'erreur (art. 48), de dol (art. 49), de corruption (art. 50) ou d'exercice de la contrainte (art. 51 et 52).

52. Comme il ressort clairement des déclarations de diplomates ainsi que de travaux de recherche universitaires, au moment où la plupart des États, en particulier les États en développement, ont conclu des accords bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange, pratiquement personne n'imaginait que, dans le cadre des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, des arbitres en viendraient à contester les fonctions ontologiques de l'État dans les domaines de la fiscalité, de la santé et des normes relatives au travail et à l'environnement, passant outre la législation nationale et les jugements des tribunaux nationaux. Pour un tel abandon de souveraineté, il aurait fallu prévoir dans les textes des traités et accords une formulation d'une clarté absolue, au lieu d'un libellé vague se prêtant à une interprétation fantaisiste. Le droit international coutumier postule qu'un État ne peut renoncer à sa souveraineté par hasard ou par inadvertance, car l'ordre public international ne saurait tolérer qu'un État se soustraie à sa responsabilité d'agir. Si un État le fait, l'accord peut être considéré comme étant *contra bonos mores*.

53. À l'occasion de conversations avec des représentants de groupes d'intérêt et des représentants chargés des questions commerciales, l'Expert indépendant a été amené à se poser la question de savoir pourquoi, en fait, les États concluaient des accords bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange. La meilleure réponse est peut-être celle qui a été donnée par le politologue danois Lauge Poulsen, qui a mené des recherches à l'échelle mondiale et a interrogé de nombreux responsables gouvernementaux sur cette question. Poulsen indique que « tant les données qualitatives que les données économétriques incitent fortement à penser qu'un cadre de rationalité limitée est le mieux à même d'expliquer la popularité des accords bilatéraux d'investissement dans le monde en développement ... Surestimant les avantages des accords bilatéraux d'investissement et ignorant les risques qu'ils comportaient, les gouvernements des pays en développement ont souvent considéré ces instruments comme de simples "marques de bonne volonté" »³⁹. Selon Poulsen, les pays en développement comptaient que les accords attireraient davantage d'investissements étrangers, même si cette conviction n'a jamais été étayée par des preuves concrètes et ne s'est pour l'essentiel pas vérifiée, et ils s'en remettaient, au détriment de leurs populations, à la « publicité » positive liée à ces traités et aux conseils de la CNUCED⁴⁰. Poulsen relève que les gouvernements étaient en grande partie inconscients des risques politiques et économiques liés à ces accords, dont la négociation ne durait que quelques heures, sans même parfois que des avocats ou les experts des ministères de la justice y soient associés. Poulsen conclut que « la majorité des pays en développement (...) ont accepté l'un des plus puissants régimes du droit international qui soient, entérinant la mondialisation économique, sans même s'en rendre compte à l'époque »⁴¹. Cette analyse soulève la question de la bonne foi de ceux qui sont chargés de « vendre » les accords, révèle un manque de diligence raisonnable inadmissible et pourrait faire naître des

³⁹ www.cbs.dk/files/cbs.dk/abstract.pdf.

⁴⁰ Lauge Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015) ; www.oecd.org/trade/benefitlib/.

⁴¹ Lauge Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy*, p. xvi.

soupçons de malversations et de corruption. L'élaboration des accords ne peut être un jeu dont le but consisterait pour l'une des parties à amener l'autre, par la ruse, à conclure un accord toxique puis à l'empêcher de s'en dégager, au travers de « clauses de survie ». En bref, un mécanisme de protection des investissements ne saurait entraîner le transfert aux parties privées d'éléments de souveraineté importants de l'État. Les contrats ayant des objectifs ou des conséquences abusifs ne sont pas valables et doivent être déclarés nuls et non avenus en vertu de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴².

54. Si l'on considère que la compétence est fondée sur le consentement, il serait instructif de consulter les travaux préparatoires des accords bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange et de déterminer si les investisseurs et les sociétés transnationales ont fait preuve d'une diligence raisonnable et d'une transparence totale, et si les États ont bien compris les enjeux et exprimé un consentement valide. Lorsqu'elles concluent des accords, les deux parties ont des attentes rationnelles. Aucun État ne consentira à un accord dans le cadre duquel les conséquences négatives risquent de l'emporter sur les avantages potentiels. Si les dangers et les conséquences négatives ne sont pas énoncés clairement, on ne peut tenir le consentement pour acquis.

VI. Les règles et la pratique de l'Organisation mondiale du commerce

55. L'Expert indépendant tient à remercier le personnel du Secrétariat de l'OMC de ne pas avoir ménagé son temps pour répondre à son questionnaire (voir les annexes III et IV) et de lui avoir expliqué, dans le cadre d'entretiens bilatéraux, de nombreux aspects du travail important qu'il mène.

56. Il remercie également l'ancien Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, Olivier de Schutter, de l'avoir fait bénéficier de son éclairage en ce qui concerne les incidences des règles et de la pratique de l'OMC sur le droit à l'alimentation et, plus généralement, sur les droits de l'homme.

57. L'Expert indépendant reconnaît que l'activité commerciale engendre une multitude de problèmes sur le plan des droits de l'homme, mais l'existence d'organisations multilatérales comme l'OMC lui donne confiance. De telles organisations ont la possibilité de mettre le commerce au service des droits de l'homme et du développement et disposent de mécanismes à cet effet, comme en témoigne, par exemple, l'adoption de la Déclaration de Doha, qui est à l'origine d'une prorogation de la période de transition pour les pays les moins avancés, les exonérant de l'obligation de mettre en application les dispositions relatives à la protection des produits pharmaceutiques⁴³ par des brevets. La bonne volonté des États parties et l'évolution des mentalités vers davantage de solidarité internationale sont un point de départ.

58. Depuis la troisième Conférence ministérielle tenue à Seattle en 1999 et le tollé suscité dans la société civile par les effets préjudiciables du commerce sur les droits de l'homme, l'OMC a pris conscience de manière grandissante des aspects du commerce liés aux droits de l'homme. Au lendemain de la crise alimentaire mondiale de 2008, le

⁴² Le contrat entre Shylock et Antonio, le marchand de Venise, était *contra bonos mores* car le non-remboursement d'une dette ne peut se solder par la mort. Par analogie, le fait qu'un État ne soit pas en mesure de rembourser un investisseur ne peut avoir pour conséquence un interventionnisme du type de celui qui était pratiqué au XIX^e et au XX^e siècles, à l'époque où régnait un impérialisme non déguisé, ou de celui dont ont plus récemment fait preuve le FMI et les banques centrales lorsque ces institutions ont imposé des « mesures d'austérité » et des « privatisations » ; A/65/260 et A/69/273.

⁴³ Annexe IV.

Secrétaire général de l'ONU a créé l'Équipe spéciale de haut niveau sur la crise mondiale de la sécurité alimentaire, avec la participation de plus de 20 organisations internationales, dont l'OMC et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), en vue de définir une action coordonnée face à la crise. Une initiative trilatérale menée de concert avec l'OMS et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) permet également d'entretenir un dialogue sur les politiques générales et de partager des données d'expérience. Depuis 2001, l'OMC organise chaque année un forum public⁴⁴, dans le cadre duquel pas moins de 1 500 représentants de la société civile, du secteur universitaire, du monde des affaires, des médias, des gouvernements, des milieux parlementaires et d'organisations intergouvernementales mettent en commun leurs connaissances et formulent des recommandations quant aux moyens d'exploiter les perspectives de coopération multilatérale et de croissance qui s'offrent et de mettre en œuvre au mieux les engagements du Programme de Doha pour le développement.

59. Si l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) laisse un certain champ d'action aux États membres grâce à une disposition leur permettant d'exclure de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation commerciale pourrait nuire à la vie des personnes, des animaux ou des végétaux, ou causer des atteintes à l'environnement, disposition qui pourrait éventuellement être invoquée pour exclure les cultures d'organismes génétiquement modifiés (OGM)⁴⁵, la marge de manœuvre des États est loin d'être garantie et la paralysie réglementaire pourrait encore les empêcher d'adopter des mesures de précaution. La priorité à accorder aux droits de l'homme, à la santé et à la protection de l'environnement doit être exprimée clairement.

60. L'OMC a tenu sa dixième Conférence ministérielle à Nairobi du 15 au 19 décembre 2015. Dans un communiqué de presse conjoint publié avant cette réunion, les Rapporteurs spéciaux sur le droit à l'alimentation et sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible se sont associés à l'Expert indépendant pour exhorter les gouvernements à donner corps au Programme de Doha pour le développement et à ne pas trahir les engagements pris pour répondre aux besoins des économies en développement. « Si le commerce entend œuvrer pour les droits de l'homme et le développement, il devrait contribuer à la réalisation des droits à une alimentation suffisante, au meilleur état de santé physique et mentale possible et à un environnement sain. » Rien ne saurait justifier un manquement au Programme de Doha : « Il convient de réaffirmer les obligations relatives aux droits de l'homme dans le contexte des règles du commerce mondial pour faire en sorte que les négociations et les règles de l'OMC soutiennent les efforts de développement visant à éliminer les causes profondes de la faim, de la maladie et de la pauvreté, renforcent la protection et la promotion des droits de l'homme et garantissent à terme la réalisation des objectifs de développement durable récemment adoptés. »⁴⁶.

61. La majorité des États présents à Nairobi étaient favorables à la réaffirmation du cadre de Doha, mais l'opposition de certains pays développés a empêché tout consensus. Selon certaines informations, des pressions auraient été exercées sur les pays en développement en vue de l'introduction de nouveaux sujets qui affaibliraient la promotion du droit au développement. En réponse au questionnaire envoyé par l'Expert indépendant, l'Arabie saoudite a indiqué que « [l]a priorité absolue de l'OMC devrait être d'achever les travaux de Doha. La majorité des membres de l'OMC sont des pays en développement. L'aboutissement du Cycle de Doha permettrait de répondre aux besoins des pays en développement et favoriserait grandement leur croissance économique et leur intégration

⁴⁴ Anciennement connu sous le nom de « symposium public », www.wto.org/french/forums_f/public_forum_f/public_forum_f.htm.

⁴⁵ Annexe IV.

⁴⁶ www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16870&LangID=E.

dans l'économie mondiale. L'achèvement du Cycle de Doha pour le développement permettrait en outre de remédier aux distorsions commerciales et aux déséquilibres inhérents aux divers accords de l'OMC et préserverait le traitement spécial [et] différencié et les flexibilités accordés aux pays en développement... Le préambule de l'Accord de Marrakech⁴⁷ instituant l'OMC évoque expressément l'objectif du « relèvement des niveaux de vie, [de] la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective ».

62. Dans le cadre de l'action qu'elle mène pour promouvoir le commerce, l'OMC devrait faire passer l'individu avant les bénéfices, et le développement avant l'expansion des monopoles. Comme la Directrice du Washington Centre for Economic and Policy Research, Deborah James, l'a fait observer en 2015 : « Bien qu'il existe un consensus mondial pour les faire évoluer, les règles de l'OMC sont demeurées inchangées depuis des décennies. Ces règles ne permettent pas aux pays en développement qui ne pratiquaient pas les subventions en 1994 de le faire au-delà du montant ... *de minimis* qui est autorisé pour tous les membres de l'OMC. Pendant ce temps, les États-Unis et l'Europe sont autorisés à attribuer chaque année des dizaines de milliards de subventions à l'exportation qui ont des effets de distorsion sur les échanges, et ils n'ont pas encore mis en œuvre la suppression de ces subventions à laquelle ils ont pourtant consenti il y a près de dix ans ».

63. La mise en œuvre de ces engagements se trouverait facilitée si l'OMC était intégrée dans le système des Nations Unies et assujettie aux buts et principes des Nations Unies. Cette intégration, par application des articles 57 et 63 de la Charte des Nations Unies, garantirait que l'OMC, en plus de contribuer activement aux travaux du Conseil économique et social, comme elle s'enorgueillit légitimement de le faire, tiendrait dûment compte des droits de l'homme dans son énoncé de mission.

64. La Conférence ministérielle de Nairobi a abouti à certains accords sur les subventions aux exportations agricoles, l'aide alimentaire et d'autres questions. Il convient toutefois de noter que l'Accord sur les technologies de l'information, qui vise des produits tels que les équipements de navigation par GPS et du matériel médical, dont les appareils d'imagerie par résonance magnétique, a été rédigé pour l'essentiel par des pays à revenu élevé. Aucun des membres du groupe des pays les moins avancés n'était représenté aux négociations et un seul des pays à revenu faible ou intermédiaire y a participé.

65. Il eût été souhaitable et conforme aux engagements en faveur de la réduction de la pauvreté d'adopter une déclaration claire sur la légitimité de la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire, qui permettrait aux pays de détenir de tels stocks et d'être en mesure de faire face aux pénuries alimentaires et aux fluctuations des prix sur le marché mondial.

66. Si certains pays en développement ont réussi à obtenir des concessions au sujet du coton – un enjeu important pour les États de l'Afrique de l'Ouest –, les pays riches ont gagné la partie sur les subventions aux exportations agricoles car les régimes généraux de subvention tels que la Politique agricole commune de l'Union européenne n'ont pas été supprimés. Des observateurs ont relevé que « les règles du jeu inégales qui ont cours à l'OMC et permettent de considérer les régimes de subvention des pays riches comme « admissibles » tandis que les pays pauvres se voient empêchés de subventionner leurs agriculteurs continueront de prévaloir »⁴⁸.

67. Trois mois à peine après la conclusion de l'accord sur les objectifs de développement durable, la Conférence ministérielle de Nairobi n'a pas mis en œuvre l'objectif 17.10, qui prévoit que les États s'attachent à « promouvoir un système

⁴⁷ www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm.

⁴⁸ www.globaljustice.org.uk/blog/2015/dec/23/what-really-happened-wto-summit.

commercial multilatéral universel, réglementé, ouvert, non discriminatoire et équitable sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, notamment grâce à la tenue de négociations dans le cadre du Programme de Doha pour le développement ». Ce paradoxe illustre la nécessité de repenser le système commercial mondial et l'approche idéologique asymétrique retenue par certains négociateurs. L'un des problèmes avec l'OMC, au-delà de Doha et de Nairobi, est la philosophie communément reçue selon laquelle le « progrès » s'assimile à la croissance du volume des échanges et des exportations ou à une augmentation du produit intérieur brut. La Charte des Nations Unies défend une autre idée du progrès, caractérisée par les notions de développement, de solidarité et de promotion des droits de l'homme s'inscrivant dans un ordre international devenant progressivement plus démocratique et plus équitable.

68. En dépit de certains commentaires de la presse des États-Unis et de l'Union européenne annonçant la « mort » du Cycle de Doha pour le développement, les paragraphes 30, 31 et 34 de la Déclaration ministérielle de Nairobi donnent des raisons d'espérer⁴⁹. Tout en admettant l'existence d'une impasse, les ministres observent que le Programme de Doha pour le développement est fondé sur le principe d'un engagement unique, ce qui signifie que les pays occidentaux ne peuvent décider à leur guise des volets qu'il convient de privilégier. Il paraît opportun pour les pays en développement de continuer à batailler sur les questions à faire figurer dans la négociation de l'engagement unique du Programme de Doha. Il ne saurait en aucun cas être question que des accords plurilatéraux conditionnels, tels que ceux envisagés par les États-Unis et l'Union européenne, soient intégrés dans le cadre des traités de l'OMC, à moins qu'un consensus se dégage à leur sujet au cours d'une conférence ministérielle⁵⁰. Pourtant, à la Conférence ministérielle de Bali, tenue en 2013, les pays en développement ont renoncé à leur plus puissant moyen de pression en acceptant que l'Accord sur la facilitation des échanges soit un accord séparé. Étant donné toutefois que cet accord n'est pas encore entré en vigueur, on peut penser que les pays en développement attendent pour déposer leurs instruments de ratification d'avoir obtenu satisfaction sur leurs propres revendications, y compris les décisions de Nairobi relatives aux « produits escomptés », sous la forme d'un protocole unique intégrant les résultats du Programme de Doha pour le développement.

69. Dans le document final de la onzième session de la Conférence parlementaire sur l'OMC, tenue les 13 et 14 juin 2016, on peut lire ce qui suit : « Nous nous réjouissons de la décision sur la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire. Nous appelons à la conclusion de négociations visant à apporter une solution durable à ce problème ... Nous pensons que la question de la sécurité alimentaire est cruciale pour les pays en développement et que les règles de l'OMC doivent soutenir les efforts déployés en vue de lutter contre la faim. Dans l'optique de cette même décision, nous souhaitons également souligner l'importance d'une prompt adoption d'une proposition de mécanisme de sauvegarde spéciale ... Aussi, il faudra se montrer flexibles, ouverts et inclusifs, et faire preuve d'engagement politique en vue de faire avancer les questions encore ouvertes du Programme de Doha pour le développement. ».

⁴⁹ https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc10_f/mindecision_f.htm.

⁵⁰ <http://thewire.in/17950/news-of-dohas-death-may-be-premature-but-india-china-must-fight-to-save-the-day/>; Chakravarthi Raghavan, *The Third World in the Third Millennium CE* (Penang, Third World Network, 2014).

VII. Règlement des différends par l'Organisation mondiale du commerce

70. Le 24 février 2016, un groupe spécial de l'OMC chargé du règlement des différends a adopté une décision allant à l'encontre des efforts que l'Inde déploie pour créer de l'énergie renouvelable en développant l'utilisation des panneaux solaires⁵¹. On aurait pu penser qu'après la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, chacun serait favorable à ce type d'initiative, mais les groupes spéciaux de l'OMC chargés du règlement des différends semblent enfermés dans leurs dogmes et incapables de faire preuve de souplesse et de tenir compte des nouvelles priorités qu'imposent les changements climatiques. En dépit de quelques initiatives intéressantes prises dans ce domaine, comme la création du Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC, on répugne encore à opter pour une interprétation large des exceptions générales prévues dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1994)⁵².

71. La Mission solaire nationale de l'Inde, qui vise à développer l'énergie renouvelable dans le pays conformément à l'objectif de développement durable n° 7, qui consiste à garantir l'accès de tous à des services énergétiques fiables, durables et modernes, à un coût abordable, est une stratégie raisonnable. Elle permettrait de créer des emplois au niveau local et de fournir de l'énergie propre à des millions de personnes grâce à la production de 100 gigawatts d'énergie solaire par an, dans le droit fil des objectifs de la Convention-cadre sur les changements climatiques. L'affaire a été portée devant l'OMC par les États-Unis, qui protestaient contre les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux énoncées par l'Inde, selon lesquelles une partie des cellules solaires devait être produite dans le pays. L'Inde, qui a tenté sans succès de parvenir à un règlement avec les États-Unis, va peut-être devoir modifier son programme solaire pour éviter les sanctions de l'OMC. Le groupe spécial a estimé que les mesures prises par l'Inde étaient contraires à l'article 2.1 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce et à l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1994), et qu'elles n'étaient ni visées par la dérogation prévue à l'alinéa a) de l'article III:8 de l'Accord général, ni justifiées au regard des exceptions générales prévues aux alinéas j) et d) de l'article XX de l'Accord général. Le groupe spécial a conclu que les avantages revenant aux États-Unis avaient été compromis. L'Inde a fait appel de la décision le 30 avril 2016⁵³. Le 13 mai, elle a annoncé qu'elle engagerait pas moins de 16 procédures contre les États-Unis⁵⁴.

72. L'organisation Les Amis de la Terre a réagi comme suit à la décision de l'OMC : « Cette décision de l'OMC défavorable à la Mission solaire nationale de l'Inde illustre de quelle manière les arcanes des règles commerciales peuvent être utilisées pour affaiblir les gouvernements qui encouragent le développement des énergies propres et l'emploi local. L'encre sur le document de l'Accord de Paris sur les changements climatiques a à peine eu le temps de sécher qu'à l'évidence, le commerce entrave encore toute action réelle contre les changements climatiques. »⁵⁵. Ce cas est emblématique des défauts de l'approche favorable aux entreprises, qui empiète sur la marge d'action réglementaire des États, et de ce que l'on appelle le « consensus de Washington », qui empêche systématiquement les

⁵¹ https://www.wto.org/french/news_f/news13_f/ds456rfc_06feb13_f.htm;
www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/us-launches-new-wto-challenge-against-india-solar-incentives ; et https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds456_f.htm.

⁵² https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/06-gatt_f.htm.

⁵³ https://www.wto.org/french/news_f/news16_f/ds456apl_20apr16_f.htm.

⁵⁴ www.pv-magazine.com/news/details/beitrag/india-confirms-it-will-file-16-solar-cases-against-us-under-wto-dispute_100024597/#axzz49OIWaeFn.

⁵⁵ www.bbc.com/news/world-asia-india-35668342.

États d'élaborer des politiques industrielles⁵⁶. Il est nécessaire que l'ONU fasse campagne pour intégrer les droits de l'homme dans les travaux de l'OMC et pour établir, à l'intention des groupes spéciaux chargés du règlement des différends, des directives claires accordant l'importance voulue aux droits de l'homme et aux questions liées à la santé et à l'environnement.

VIII. Facilitation du commerce et de la réalisation des droits de l'homme

73. L'ONU étant l'organisation internationale numéro un, les États devraient veiller à ce qu'elle puisse coordonner les travaux de toutes les autres organisations internationales ou, du moins, empêcher celles-ci d'agir à l'encontre des buts et principes de sa Charte. Il n'est pas normal que d'autres organisations comme l'OMC, la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI), ainsi que des acteurs non étatiques, dont des entreprises transnationales, disputent à l'ONU l'orientation des travaux de la communauté internationale et pèsent sur la jouissance des droits de l'homme par des milliards de femmes, d'hommes, d'enfants et de personnes âgées. Au lieu de se faire concurrence, les institutions devraient mieux coordonner leurs travaux. On ne peut se permettre, au XXI^e siècle, de voir une multitude d'organisations internationales orienter l'ordre international dans des directions différentes, souvent opposées. Le régime de l'investissement international n'est pas un régime juridique autonome ; il doit être mis en conformité avec la Charte des Nations Unies et les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. La « fragmentation du droit international » n'implique pas que des régimes juridiques contradictoires puissent coexister et que des différends doivent être tranchés par trois arbitres privés. Les droits de l'homme sont trop importants pour être subordonnés au mercantilisme⁵⁷. En cas de conflit, seules les plus hautes juridictions de droit public peuvent statuer à la lumière de l'ensemble des normes du droit international. Jusqu'à ce qu'elle soit modifiée par les États Membres, la Charte des Nations Unies reste le principal instrument qui établit la structure et le fonctionnement de l'ordre international.

74. L'article 103 de la Charte des Nations Unies prévoit que tous les instruments doivent être compatibles avec la Charte. Si des accords commerciaux ou des directives de l'OMC nuisent par certains aspects à la réalisation des buts et principes énoncés dans la Charte, notamment à la mise en œuvre des droits de l'homme et du développement, ils doivent être réexaminés. Pour cela, il faut reconnaître que les droits de l'homme ne sont pas un obstacle au commerce, mais que le commerce peut compromettre gravement la réalisation des droits de l'homme.

75. Le rejet de l'Accord de partenariat transpacifique, du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, de l'Accord économique et commercial global et de l'Accord général sur le commerce des services n'aura pas de répercussions apocalyptiques, ne paralysera pas le commerce mondial et ne bloquera pas les flux d'IED. Il faut faire en sorte que le commerce profite désormais à tous les membres de la société, pas seulement aux sociétés transnationales. Objectivement, il n'est plus nécessaire de conclure de nouveaux accords de libre-échange, instruments qui ont jusqu'ici procuré des avantages à un petit nombre et causé du tort à beaucoup. Le fait que les entreprises s'approprient des

⁵⁶ Robert Wade, « The role of industrial policy in developing countries », dans CNUCED, *Rethinking Development Strategies after the Global Financial Crisis*, vol. I, p. 67 à 80 ; José Salazar-Xirinachs, Irmgard Nübler et Richard Kozul-Wright (éd.), *Transforming Economies: Making industrial policy work for growth, jobs and development* (Genève, BIT, 2014).

⁵⁷ Juan Hernández Zubizarreta et Pedro Ramiro, *Contra la lex mercatoria* (Barcelone, Icaria editorial, 2015).

fonctions de l'État bouleverse l'ordre constitutionnel et rend impossible le respect des obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme. Avant les accords de libre-échange et le règlement des différends entre investisseurs et États, l'économie mondiale, loin d'être défavorable aux entreprises, prospérait grâce à des échanges vigoureux.

76. Le débat ne vise donc pas à déterminer si le « libre-échange » devrait exister ou non. Les avantages découlant d'un système de libre-échange responsable ne sont pas contestés. Relever les droits de douane ou revenir à des communautés autonomes qui ne feraient pas de commerce n'est pas imaginable. Il ne s'agit pas de choisir entre laxisme et totalitarisme. S'ils sont opérés de manière responsable et soumis à des contrôles démocratiques, les échanges commerciaux favorisent le développement dans le respect des principes de la transparence et de la responsabilité. Il est rappelé aux gouvernements, aux parlements et aux tribunaux qu'il leur incombe de s'employer à instaurer un ordre économique juste au sens de la résolution S-6/3201 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} mai 1974.

IX. Un instrument qui rendrait contraignants les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme

77. On ne pourrait instaurer un ordre international démocratique et équitable, comme le prescrit la Charte des Nations Unies, en déréglementant le commerce, les marchés et les services financiers. Si les entreprises sont en droit d'attendre une protection contre des gouvernements corrompus et des expropriations arbitraires, les gouvernements ont de leur côté besoin de se prémunir contre la corruption que pourraient exercer des investisseurs, des spéculateurs ou des sociétés transnationales. Les individus et les peuples doivent disposer d'une protection et de voies de recours contre d'éventuelles violations de la part des entreprises, l'accaparement des terres et l'exploitation.

78. Les observateurs dénoncent de longue date cette anomalie qui fait que les entreprises ont veillé à ce que leurs investissements bénéficient d'une protection privilégiée et ont créé des tribunaux d'arbitrage privés pour faire appliquer leur conception du « droit », alors qu'il n'existe pas en regard de tribunal chargé de protéger les gouvernements des violations des entreprises ni de mécanisme permettant de protéger les particuliers victimes de conséquences négatives des activités commerciales. Cette asymétrie normative doit être corrigée.

79. Cinquante ans après l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, il n'existe toujours pas de mécanisme d'application pour ces instruments. Cette lacune nuit à la crédibilité des institutions des Nations Unies, qui continuent d'adopter des « constatations », des déclarations et des résolutions que de nombreux États et acteurs non étatiques s'empressent d'ignorer. Puisqu'il existe des mécanismes d'application pour les accords commerciaux et autres de l'OMC et un système de règlement des différends entre investisseurs et États, il est impératif de créer des mécanismes similaires à l'échelle mondiale pour les instruments relatifs aux droits de l'homme. Les avancées promises par le Pacte mondial des Nations Unies et les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ne se sont pas concrétisées, tout simplement parce que l'autoréglementation ne fonctionne jamais.

80. Il conviendrait d'imposer des obligations contraignantes aux investisseurs et aux entreprises dans le cadre des accords de commerce et d'investissement et d'habiliter les juridictions de droit public à connaître des violations et à sanctionner les auteurs. Bien que les Principes directeurs soient fondés sur le droit contraignant, ils sont enfreints en toute impunité, comme l'illustre la façon dont les accords bilatéraux d'investissement et les

accords de libre-échange empiètent sur la marge d'action réglementaire des États. L'instrument envisagé devrait prévoir la création d'un organe de suivi et d'application qui lui soit propre ou être intégré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels sous la forme de protocoles facultatifs, et disposer que les décisions de l'organe chargé de surveiller son application sont juridiquement contraignantes, au même titre que celles de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme. Les États doivent se doter d'une législation civile et pénale concernant les incidences des activités commerciales sur les droits de l'homme ; il s'agirait d'invoquer la doctrine de la responsabilité de l'État pour obtenir que les manquements puissent donner lieu à des poursuites là où les entreprises exercent leurs activités ou sont enregistrées.

81. En juin 2014, le Conseil des droits de l'homme a adopté la résolution 26/9, qui porte création d'un groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un tel instrument⁵⁸. Le groupe de travail a tenu sa première réunion à Genève en juillet 2015⁵⁹ ; il serait bon que sa deuxième réunion, prévue pour octobre 2016, bénéficie de l'appui de tous les États et de la société civile. Le Forum sur les entreprises et les droits de l'homme⁶⁰ contribue à ce processus.

82. Au-delà de l'instrument envisagé, il faut de toute urgence renforcer le droit pénal national et international, notamment la législation antitrust, afin de traiter les affaires de fraude, de corruption⁶¹, de blanchiment d'argent, de complot, de collusion, d'évasion fiscale, de délits d'initiés, de pillage de fonds de pension, de mise en danger d'autrui et d'atteintes à l'environnement. En l'occurrence, la Convention des Nations Unies contre la corruption et l'Office des Nations Unies à Vienne pourraient faciliter l'avancement du processus. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée est elle aussi pertinente en la matière, étant donné que certaines des activités des sociétés minières, notamment l'extraction d'or, de diamants et de coltan⁶², ainsi que le commerce de l'ivoire⁶³, engendrent des infractions et des violations graves des droits de l'homme.

83. Un instrument relatif à la responsabilité juridique des entreprises ne devrait pas se limiter à définir la responsabilité civile des sociétés transnationales. Lorsque les actions des entreprises causent des décès ou des blessures graves, ou entraînent la destruction de sites et de biens appartenant au patrimoine commun de l'humanité, la responsabilité pénale des sociétés concernées doit également être engagée. En effet, certaines activités des sociétés pétrolières, gazières et minières provoquent de graves dégradations de l'environnement, en même temps qu'elles mettent en danger des millions de personnes. Ces atteintes, qui sont le fait non seulement de personnes morales, mais aussi de personnes physiques siégeant dans des conseils d'administration, pourraient très bien être jugées comme des crimes contre l'humanité par application de l'alinéa k) du paragraphe 1 de l'article 7 du Statut de Rome

⁵⁸ <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty/un-human-rights-council-sessions>.

⁵⁹ Kinda Mohamadieh et Daniel Uribe, « Des débats historiques s'ouvrent sur un instrument juridiquement contraignant relatif aux entreprises et aux droits de l'homme », *South Bulletin*, numéro 87-88, 23 novembre 2015. Le 25 septembre 2015, le Pape François a déclaré devant l'Assemblée générale : « Nous devons éviter toute tentation de tomber dans un nominalisme de déclarations à effet tranquilisant sur les consciences. Nous devons veiller à ce que nos institutions soient réellement efficaces dans la lutte contre tous ces fléaux. », http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html.

⁶⁰ <http://www.ohchr.org/fr/Issues/Business/Forum/Pages/ForumonBusinessandHumanRights.aspx>.

⁶¹ www.theage.com.au/interactive/2016/the-bribe-factory/day-1/the-company-that-bribed-the-world.html.

⁶² www.congoweeek.org/en/coltan-facts.html.

⁶³ <http://iworry.org/crisis/?gclid=CONuwKXxks0CFVlaGwod6hMH2g>.

de la Cour pénale internationale. Dans les cas où les activités des entreprises forcent des populations à se déplacer, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 7 s'applique. Les procès de Nuremberg ont ouvert la voie avec la poursuite et la condamnation de dirigeants des entreprises I.G. Farben, Flick et Krupp, pour complicité dans les crimes nazis. En 1946, Bruno Tesch, dirigeant d'entreprise responsable de la production du Zyklon B, a été traduit en justice et condamné. Aujourd'hui, la responsabilité pénale des entreprises qui fabriquent des armes d'emploi aveugle telles que les mines terrestres, les bombes à sous-munitions, les munitions à uranium appauvri et le phosphore blanc peut et doit être examinée par la Cour pénale internationale. Il n'y a aucune raison pour que les dirigeants d'entreprise jouissent de l'impunité. La compétence universelle devrait être expérimentée dans les cas qui s'y prêtent.

84. À ce jour, les victimes des violations commises par les entreprises ne disposent pas de recours appropriés. Pour le Conseil des droits de l'homme, cette situation pose un sérieux problème, qui appelle non seulement des analyses diagnostiques, mais également la formulation de recommandations concrètes et la recherche de solutions applicables en pratique. Il est nécessaire de renforcer le système de mise en œuvre des droits de l'homme pour combattre le dispositif d'impunité des entreprises qui prévaut.

X. Action préventive et corrective

85. **Tout en souscrivant aux analyses d'économistes, de sociologues et de juristes tels que Jeronim Capaldo⁶⁴, Noam Chomsky⁶⁵, Michael Hudson⁶⁶, Deborah James⁶⁷, George Kahale⁶⁸, Richard Kozul-Wright⁶⁹, Isabel Ortiz⁷⁰, Max Otte⁷¹, Lauge Poulsen⁷², Jeffrey Sachs⁷³, Joseph Stiglitz⁷⁴, Gus van Harten⁷⁵ et Robert Wade⁷⁶, et en s'appuyant**

⁶⁴ https://stoptipitalia.files.wordpress.com/2014/02/capaldottip_rejoinder.pdf.

⁶⁵ Noam Chomsky, *Who Rules the World?* (Londres, Penguin, 2016) ; www.youtube.com/watch?v=P2lsEVlqts0.

⁶⁶ www.counterpunch.org/2016/05/11/the-dangers-of-free-trade-agreements-ttips-threat-to-europes-elderly ; Michael Hudson, *Killing the Host* (Petrolia, Counterpunch Books, 2015).

⁶⁷ www.globalexchange.org/events/speaker/deborah-james.

⁶⁸ Douglas Thomson, « Kahale calls for overhaul of BIT system », *Global Arbitration Review*, vol. 9, n° 3 (11 avril 2014) ; www.chambersandpartners.com/global/person/50001/george-kahale-iii.

⁶⁹ www.euractiv.com/section/trade-society/news/un-blasts-eu-for-backing-global-deal-for-isds-but-not-for-country-bailouts.

⁷⁰ www.ilo.org/newyork/events-and-meetings/WCMS_237980/lang--en/index.htm ; www.ilo.org/global/docs/WCMS_214366/lang--en/index.htm.

⁷¹ www.youtube.com/watch?v=P_FBjYZBWH0 . Max Otte estime que le règlement des différends entre investisseurs et États constitue « une perte complète de pouvoir politique ».

⁷² www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/260380/bis-13-1284-costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf ; www.rowmaninternational.com/books/rule-makers-or-rule-takers.

⁷³ www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/mar/24/could-the-ttip-trade-deal-undo-development-gains ; www.huffingtonpost.com/roger-hickey/economist-jeffrey-sachs-s_b_5823918.html.

⁷⁴ Joseph Stiglitz, *Rewriting the Rules of the American Economy* (New York, W.W. Norton, 2015) ; *The Great Divide: Unequal Societies and what we can do about them* (New York, W.W. Norton, 2015).

⁷⁵ <http://thetyee.ca/Opinion/2016/01/18/TPP-Foreign-Investors/> ; <http://thetyee.ca/Opinion/2013/11/12/Harper-Gives-Up-Sovereignty>.

⁷⁶ Robert Wade « Growth, inequality, and poverty: arguments, evidence, and economists », dans *Global political economy*, John Ravenhill, éd. (Oxford, Oxford University Press, 2014) ; « Current thinking about global trade policy », *Economic and Political Weekly*, vol. 49, n° 6 (8 février 2014) ; « “Market versus State” or “market with State”: how to impart directional thrust », *Development and Change*, vol. 45, n° 4 (juillet 2014).

sur les études réalisées par d'autres rapporteurs et des groupes de travail, l'Expert indépendant estime qu'il est urgent de demander au Conseil des droits de l'homme d'intervenir afin que les bonnes propositions figurant dans ces analyses et études ne soient pas balayées par l'indifférence des entreprises. Les sociétés transnationales sont devenues une sorte de Léviathan qu'il faut dompter. En effet, tout exercice de pouvoir, politique ou économique, ayant des répercussions sur la vie des populations doit faire l'objet de contrôles démocratiques et être compatible avec les buts et principes de la Charte des Nations Unies. C'est à partir de cette assertion qu'ont été formulées les recommandations ci-après.

À l'intention des États

86. Les États devraient instaurer un moratoire sur l'exécution des décisions issues du règlement des différends entre investisseurs et États jusqu'à ce que la Cour internationale de Justice ait évalué le système dans son intégralité. Ils devraient élaborer un nouvel instrument multilatéral prévoyant que les tribunaux ne peuvent exécuter de telles décisions sans en avoir vérifié la compatibilité avec les obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme et avec l'ordre public.

87. Les États devraient s'abstenir de conclure de nouveaux accords bilatéraux d'investissement et accords de libre-échange, ceci valant également pour l'Accord de partenariat transpacifique, le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, l'Accord économique et commercial global et l'Accord général sur le commerce des services, à moins qu'il ait été procédé à des évaluations de leurs effets sur les droits de l'homme, la santé et l'environnement et que des informations complètes soient divulguées, que les parties prenantes soient consultées et que la participation du public soit assurée. Dans la mesure du possible, des référendums devraient être organisés.

88. Les États devraient vérifier la légalité des dispositions des accords bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange, des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États et des systèmes juridictionnels de règlement des différends relatifs aux investissements, ainsi que des règles et pratiques de l'OMC, pour s'assurer qu'ils sont compatibles avec leur propre constitution et avec les obligations qui leur incombent en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme.

89. Les États voudront peut-être envisager d'invoquer les procédures interétatiques du Comité des droits de l'homme (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 41) et des tribunaux régionaux des droits de l'homme. Les États européens devraient vérifier la compatibilité de l'Accord économique et commercial global et du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement avec leurs obligations relatives aux droits de l'homme auprès de la Cour européenne des droits de l'homme. Les États américains devraient apprécier la compatibilité des accords commerciaux avec la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Les États africains devraient s'assurer que les accords sont compatibles avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Les États membres de l'Union européenne devraient s'assurer de la constitutionnalité des accords commerciaux auprès de la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁷.

⁷⁷ Le 4 mai 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la validité de la directive de 2014 sur les produits de tabac à la suite du recours formé par British-American Tobacco (BAT) et Philip Morris, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-05/cp160048fr.pdf?version=meter+at+null&module=meter-Links&pgtype=article&contentId=&mediaId=&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.ch%2F&priority=true&action=click&contentCollection=meter-links-click>.

90. Les États devraient procéder à des évaluations a posteriori des effets sur les droits de l'homme, la santé et l'environnement des accords commerciaux existants, et modifier ceux-ci si nécessaire.

91. Les États devraient collaborer avec le groupe de travail intergouvernemental pour élaborer un instrument contraignant sur la responsabilité sociale des entreprises et l'adopter dans les meilleurs délais. Cet instrument devrait prévoir des sanctions en cas de non-respect des Principes directeurs relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises ainsi que des mécanismes de suivi et d'application. Il devrait prévoir des voies de recours pour les victimes d'activités délictueuses des sociétés transnationales.

92. Les États devraient mettre en œuvre le Programme de Doha pour le développement dans le droit fil de l'objectif de développement durable 17.10. L'Accord sur la facilitation des échanges ne devrait pas entrer en vigueur tant que les objectifs du Programme de Doha pour le développement n'auront pas été atteints.

À l'intention des parlements

93. Aucun parlement ne devrait approuver d'accord commercial sans avoir exercé de fonction de contrôle et sans avoir examiné la compatibilité de l'accord considéré avec les obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme à la lumière des études d'impact.

94. Les parlements devraient interdire aux négociateurs de prévoir dans les accords d'investissement des périodes d'engagement de non-cession antidémocratiques⁷⁸. L'ajout d'avenants aux textes existants sans débat démocratique n'est pas acceptable.

95. Les parlements devraient invoquer les procédures de révision et de résiliation pertinentes prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités pour modifier les accords commerciaux et abolir le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.

96. Les parlements et l'UIP devraient intensifier leur coopération avec l'OMC dans le domaine des droits de l'homme, de la santé et de l'environnement.

À l'intention des juridictions nationales

97. Les juridictions nationales ne devraient exécuter les sentences arbitrales étrangères qu'après en avoir examiné la légitimité à la lumière des obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme. Les sentences arbitrales qui empiètent sur la marge d'action réglementaire des États devraient être rejetées car contraires à l'ordre public national et international. Il conviendrait d'utiliser de manière systématique l'exception d'ordre public prévue à l'article 5 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères pour prévenir toute ingérence dans les principales fonctions des États.

À l'intention de la Cour internationale de Justice

98. La Cour internationale de Justice devrait se prononcer, dans le cadre des contentieux qui s'y prêtent ou dans un avis consultatif, sur l'obligation *erga omnes* qu'ont les États de se conformer au régime conventionnel des droits de l'homme.

⁷⁸ Dans les accords d'investissement, ces périodes sont généralement comprises entre dix et trente ans si l'on tient compte de la durée minimum et des clauses de survie. L'Expert indépendant ignore si d'autres accords prévoient des périodes d'engagement de non-cession aussi longues qui empêchent les gouvernements élus futurs de les réexaminer. Les gouvernements démocratiques ne doivent en aucun cas être liés par de tels accords qu'ils légueront à leurs successeurs.

Aucun accord commercial, mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États ou système juridictionnel des investissements ne peut faire obstacle à la mise en œuvre des obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme. La clause de suprématie de la Charte des Nations Unies (art. 103) et les principes généraux du droit, dont les principes de la bonne foi, de l'interdiction des accords *contra bonos mores* et de l'interdiction de l'abus de droit, priment les accords commerciaux et les sentences arbitrales qui n'y sont pas conformes.

À l'intention de l'Organisation mondiale du commerce

99. L'OMC devrait intégrer les droits de l'homme dans toutes ses activités et formuler des directives à l'intention des groupes spéciaux chargés du règlement des différends afin d'éviter que soient rendues des décisions allant à l'encontre de droits protégés par les instruments relatifs aux droits de l'homme.

100. Les groupes spéciaux de règlement des différends de l'OMC devraient interpréter les exceptions prévues dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1994) dans un sens favorable aux initiatives concernant la sécurité alimentaire, la santé et l'environnement et d'une façon propre à faciliter l'émergence de solutions face au problème des changements climatiques. L'OMC devrait mettre ses politiques en adéquation avec celles de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et du HCDH.

À l'intention de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

101. La CNUCED devrait convoquer une conférence mondiale ayant pour objet de réviser les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange en vigueur, d'abolir le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États et de déclarer le système juridictionnel des investissements incompatible avec le droit constitutionnel des Nations Unies.

À l'intention des institutions nationales des droits de l'homme et des organisations de la société civile

102. Les institutions nationales des droits de l'homme et les organisations de la société civile devraient apporter leur concours pour la réalisation d'études d'impact sur les droits de l'homme, la santé et l'environnement. Elles devraient diffuser des informations sur les accords commerciaux et leurs incidences sur les droits de l'homme, et réclamer la tenue de référendums.

À l'intention du Conseil des droits de l'homme

103. Le Conseil des droits de l'homme devrait devenir l'espace international où les gouvernements rivalisent à qui exposera les moyens les plus efficaces pour réaliser les droits de l'homme, renforcer l'état de droit et instaurer la justice sociale. La concurrence en matière de réalisation des droits de l'homme est la plus saine qui soit. Le Conseil des droits de l'homme devrait devenir le cadre privilégié pour la présentation par les gouvernements des meilleures pratiques concernant la mise en œuvre de bonne foi des engagements, l'interprétation large des instruments relatifs aux droits de l'homme et l'inclusion de toutes les parties prenantes. Le Conseil ne doit pas être une sphère politisée où les États se servent des droits de l'homme comme d'armes pour écraser leurs adversaires politiques, où les droits de l'homme passent au second rang ou se retrouvent à la merci de la « tendance du moment » et où l'application du droit international se ferait à la carte.

XI. Note

104. L'Expert indépendant fait sienne les observations récentes de Lawrence Summers publiées dans le *Financial Times* : « La promotion de l'intégration mondiale peut se convertir en un processus inspiré par la base, au lieu d'être imposé d'en haut ... Il faudrait pour cela abandonner les accords commerciaux internationaux au profit d'accords internationaux d'harmonisation, dans lesquels les priorités seraient inversées, des questions comme les droits des travailleurs et la protection de l'environnement passant avant celles concernant la dévolution de pouvoirs aux producteurs étrangers. »⁷⁹.

105. La crédibilité des procédures spéciales dépend en partie de la mise en œuvre des recommandations formulées par les rapporteurs spéciaux et les groupes de travail, dont les rapports ne sont qu'examinés brièvement avant d'être archivés et aussitôt oubliés. Lorsqu'ils ont mis en place les procédures spéciales, les États n'entendaient certainement pas réunir des Cassandres dont les conclusions et les avertissements seraient systématiquement ignorés. Le vertige moral qui nous prend face aux violations graves des droits de l'homme ne devrait pas nous paralyser, mais nous faire vivement réagir. Il faudrait créer un mécanisme doté de ressources financières suffisantes pour suivre et apprécier, à partir de repères, dans quelle mesure les recommandations des rapporteurs spéciaux sont prises en compte. Il conviendrait d'instituer un mandat de rapporteur spécial chargé du suivi. La procédure de l'Examen périodique universel et les services consultatifs du HCDH pourraient fournir une aide complémentaire pour la mise en œuvre.

106. Pour conclure, l'Expert indépendant tient à rendre hommage une nouvelle fois au personnel dévoué, dur à la tâche et compétent du HCDH, et il invite le Conseil des droits de l'homme et l'Assemblée générale à faire en sorte que des ressources beaucoup plus importantes soient allouées au HCDH.

⁷⁹ www.ft.com/cms/s/2/5e9f4a5e-ff09-11e5-99cb-83242733f755.html#axzz4C6q6RIgt.

Annexe I

Activities of the Independent Expert since the last report

- Participation at side-events during the 30th, 31st and 32nd sessions of the HR Council and side-events during UPR sessions.
- 20 July: Lecture on transnational organizations and human rights, University of Jaén.
- 25 September: Lecture on the rights of children in UN monitoring bodies, University of Leiden.
- 30 September: WTO Public Forum, Geneva.
- 13 October: Expert Consultation on Trade and Investment and Human Rights, Geneva.
- 15 October: Lecture at the European Parliament and Bi-laterals with European Commission representatives to discuss the proposed Investment Court System, Brussels.
- 5 November: Lecture on “The UN’s contribution to democracy” at the Leuven Centre for Global Governance Studies.
- 27-28 January: Lecture at the conference “Strategy meeting on catalysing reform of trade negotiation processes”, organized by the Electronic Frontier Foundation/Open Society Foundations, Brussels.
- February-March: Bilateral consultations with South Centre, Geneva.
- 19 April: Keynote speaker at the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Strasbourg.
- 28 April: Conference on CETA and TTIP organized by Food Watch, Paris.
- 12 May: Bilateral consultations with WTO secretariat, Geneva.
- 23 May: Bilateral consultations with Lelio Basso Foundation, Geneva.
- 26 May: Bilateral consultations with IPU trade expert, Geneva.
- 2-3 June: CETIM conference on transnational corporations, Barcelona.
- 6-10 June: Annual meeting of Special Procedures, Geneva.
- 10 June: Working lunch on UN Reporting of Violence against Women in Politics organized by the National Democratic Institute, Geneva.
- 13-14 June: Annual Session of the Parliamentary Conference on the WTO organized jointly by the Inter-Parliamentary Union and the European Parliament, Geneva.
- 22 June: Keynote speaker at a meeting on trade and human rights organized by the NGO Committee on Development, Geneva.
- 3-4 July: Seminar on International Criminal Law, organized by the Lelio and Lisli Basso ISSOCO Foundation, Rome.

Annexe II

Excerpt of the Conclusions and Recommendations of the G-77 High- Level Panel of Eminent Personalities of the South. The Future Architecture of South-South Cooperation: Challenges and Opportunities held in Bangkok, Thailand, 9-10 March 2016

In this context, Investor-State-dispute settlement (ISDS) arbitration agreements should be rejected and those currently in existence should be abolished, because ISDS is incompatible with international ordre public and its mere existence has led to a dangerous “regulatory chill” and consequent violations of the international human rights treaty regime. The ontological function of States is to legislate and regulate in the public interest and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) reaffirms that all suits at law (including investment disputes) must be adjudicated by independent tribunals that respect the principles of transparency and accountability. Creation of a privatized system of dispute settlement is incompatible with the obligations under the ICCPR and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). Private arbitrators cannot replace the system of public justice, which is an achievement of the rule of law.

Annexe III

Questionnaire of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order on the impact of WTO agreements, rules and practice on human rights, particularly food security

Brief responses are welcome (e.g. in bullet points) and are not required for all questions.

This questionnaire is addressed to member and observer States of the World Trade Organization (WTO), inter-governmental organizations and civil society organizations. The identity of civil society organizations, should they so wish, will remain confidential (only the country where they operate may be disclosed).

Priorities of the WTO

1. Some countries, particularly developed countries, are proposing to introduce “new issues” into the WTO agenda, including investment, competition policy, government procurement and e-commerce, along the lines that have been shaped in the Trans-Pacific Partnership (TPP) or which are shaping up in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). There is, however, a pending agenda to be addressed — including issues of agriculture reform (e.g. removal of developed country subsidies e.g. cotton), the strengthening of Special and Differential Treatment flexibilities for developing countries to have more policy space for industrialization etc. What should be the WTO’s priorities and why?

2. What measures, if any, are envisaged or have been adopted to mainstream human rights into all WTO activities, including guidelines for WTO dispute settlement panels? How can WTO ensure that the human rights treaty obligations of WTO member States are not compromised by WTO rules and that the human rights treaty regime is always taken into account when elaborating, negotiating, adopting or implementing WTO policy, agreements and rules.

Impact Assessments and other measures

3. Please provide examples of how measures, such as opinion polling, consultation of all stakeholders, human rights, health and environmental impact assessments have been used prior to the adoption of past WTO rules and recommendations, and how these mechanisms may be effectively employed in current negotiations.

4. The Special Rapporteur on the right to food, Olivier de Schutter, proposed that the WTO Secretariat should, “Maintain and deepen the existing constructive dialogue with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Encourage WTO members to conduct human rights impact assessments prior to the conclusion of trade agreements or to accepting new schedules of commitments”. To what extent have his recommendations been implemented?^a

^a http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/10/5/Add.2.

Negotiation, ratification and implementation process

5. How and to what extent can all stakeholders participate in the negotiation, ratification and implementation of WTO agreements, for example the TRIPs Agreement, to ensure that ecosystems are preserved and human rights are respected, protected and fulfilled in this regard, and that food security and access to generic drugs are promoted and not delayed or undermined. Please include best practices and recommendations for meaningful consultation and participation in these processes.

6. Numerous States and non-governmental organizations have criticized a lack of transparency and inclusiveness during the WTO Nairobi Ministerial Conference. What procedures should be put in place so that Ministerial Conferences do not end up presenting what is effectively an ultimatum text at the final hour with no opportunity for the majority of delegations to negotiate but merely an option to give an up or down vote? How can the negotiating texts be responsive to the concerns of the majority of WTO Members and not just the powerful?

7. The WTO Doha Round remains on-going as there was no consensus to close it in Nairobi. Heads of States at the 2015 Sustainable Development Summit agreed to “promote a universal, rules-based, open, non-discriminatory and equitable multilateral trading system under the World Trade Organization, including through the conclusion of negotiations under its Doha Development Agenda” (target 17.10).^b Is your government supporting the implementation of the Doha Development Agenda? If not, why not?

Conflict of laws

8. Bearing in mind that the UN Charter is akin to a world constitution, and that Article 103 of the Charter is effectively a supremacy clause, any conflict with other treaties must give precedence to the UN Charter. However, WTO law operates outside the UN system. There is therefore an incoherence that needs to be addressed so that WTO rules are fully compatible with UN constitutional law. Would your government support the primacy of human rights law over trade agreements? How can WTO ensure that State measures taken for poverty alleviation, employment, food security, enjoyment of economic, cultural and social rights, health and environmental protection are not delayed or undermined by trade “imperatives”. Should this issue of priorities be raised by the international community, e.g. in the UN General Assembly or before the International Court of Justice by advisory opinion?

9. Please explain what are the pros and cons of incorporating WTO into the UN family and making it work in tandem with the Purposes and Principles of the UN (Articles 57 and 63, UN Charter)?

Dispute Resolution

10. A WTO Panel recently ruled that local content requirements maintained by India for solar cells and modules violate India’s national treatment obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994 and the WTO Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs). This decision marks the first time that a WTO Member has sought to justify a departure from WTO practice by reference to its international obligations on climate change. The argument was rejected by the WTO panel, although India invoked its treaty obligations under the United Nations Framework Convention on Climate Change,

^b <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sustainabledevelopmentgoals>.

and the exception provided for in GATT Article XX (d). This raises an issue of “fragmentation of international law”. Does your country have local content policies? If yes, please give an example. The WTO’s Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMS) prohibits the use of local content policies in goods. Has this been an impediment to your industrialization strategies or to the promotion of local employment?

11. What are the pros and cons of creating a dispute settlement mechanism within WTO competence to examine human rights violations resulting from the application of WTO agreements, rules and regulations?

12. What other recourse and remedies would be available to States, corporations, groups and individuals, including indigenous peoples, in a situation where human rights are violated as a consequence of the application of WTO agreements concerning agriculture and the environment. Would a petitions mechanism assist in reaching friendly settlement?

Annexe IV

WTO Secretariat replies to the questionnaire of the Independent Expert on the promotion of a democratic and international order

Priorities of the WTO

Question 1

- When WTO Members adopted the Nairobi Ministerial declaration^a by consensus on 19 December 2015, they set the priorities for the WTO. The Ministerial Declaration recognizes that differences do exist on the way forward and recognizes that “Many Members want to carry out the work on the basis of the Doha structure, while some want to explore new architectures” (parag. 32 of the Ministerial Declaration).
- The Declaration highlights an important element in its paragraph 34, when it says that “any decision to launch negotiations multilaterally on such issues would need to be agreed by all Members.
- In Paragraph 34 also, our Members have tasked officials to work towards finding ways to advance negotiations and requested the Director-General to report regularly to the General Council on these efforts.

Question 2

- WTO Members have never discussed nor adopted any specific measures to mainstream human rights into WTO activities, including in relation to dispute settlement.
- However, WTO rules do not prevent governments from implementing human rights obligations.
- The WTO recognizes the benefits of sustainable development as one of its goals. WTO agreements include sufficient policy space to allow governments to pursue legitimate objectives other than trade, including human rights.

Impact Assessments and other measures

Question 3

- All WTO bodies serve as a forum for Members to discuss specific issues and share experiences on trade and trade-related matters.
- WTO Members within the framework of these committees often request WTO Secretariat to produce analysis and factual reports on specific issues pertinent to the work of these committees.
- Given the member-driven nature of the organization, stakeholder consultations are the primary responsibility of each individual member of the WTO; For information purposes, the WTO Secretariat reaches out to all stakeholders through the WTO Public Forum or activities in several regions in developing countries.

^a https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc10_e/mindecision_e.htm.

Question 4

- The WTO Secretariat engages actively with other international organisations and also participates in numerous joint initiatives.
- In the wake of the global food crisis in 2008, the UN Secretary General established the High Level Task Force on Global Food Security Crisis (HLTF) involving more than 20 international organizations^b towards a coordinated and synergic response to the crisis. The WTO Secretariat has participated in the HLTF deliberations since its inception and contributed very actively to the formulation of the joint policy framework (called Comprehensive Framework of Action) to assist the various stakeholders in dealing with the global food security challenge.
- Specifically on the issue of Right to Food, the Framework advises the national governments and other stakeholders to be guided by the “Voluntary guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of food security”^c adopted by governments at the FAO Council in 2004.
- The WTO Secretariat also contributes to and participates in other international efforts to support global food security including in the deliberations of the G20 and the Committee on World Food Security (CFS).
- In the WTO Committee on Agriculture, a number of observer international organizations are regularly invited to participate in the CoA meetings. The CoA undertakes annually a dedicated discussion on food security-related aspects relevant to LDCs and net food-importing developing countries and a number of organizations active in the domain of food security (like the FAO, WFP) are specifically invited to contribute to that debate.
- The long-term objective of the WTO Agreement on Agriculture is to establish a fair and market-oriented trading system through a programme of fundamental reform. The agricultural reform programme is furthered through the negotiations. The negotiations on agriculture take place in the context of the Special Sessions of the Committee on Agriculture and are based on WTO Members’ contributions and proposals.

Negotiation, ratification and implementation process**Question 5**

- The WTO TRIPS Agreement was consciously crafted and carefully negotiated to safeguard policy space, particularly in the vital area of public health. For the first time in a multilateral treaty, it expressly articulated the role of the IP system as a policy tool intended to advance broader public policy objectives: it stated that the IP system should promote both technological innovation and the transfer and dissemination of technology, and that this should work for the mutual advantage of producers and users of technological knowledge as well as promoting social and economic welfare and a balance of rights and obligations.

^b Both the WTO and UN Office of the High Commissioner for Human Rights are represented on the Task Force.

^c The guidelines recognize the primary responsibility of States for the realization of the right to food and advises them on a repertory of actions consistent with their international obligations. The agricultural reform programme launched under the Uruguay Round Agreement on Agriculture is specifically acknowledged in the Guidelines as a contributory factor to strengthening an enabling environment for the progressive realization of the right to food.

- The practical experience of WTO Members implementing the Agreement has since borne out the breadth of the scope for public health policies that the TRIPS Agreement supports, both for diverse forms of innovation and for measures to leverage access to the fruits of innovation such as new medicines, as well as safeguards against abuse of IP rights.
- A major step towards policy coherence for public health for the WTO was the subsequent adoption of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health of December 2001 ('the Doha Declaration'). The Doha Declaration situated a multilateral trade agreement squarely within a public health context, stating that the TRIPS Agreement had to be part of wider national and international action to address public health problems. The Declaration has helped catalyse cooperation across the multilateral system to promote a more coherent and inclusive approach to innovation and access to medicines, as reflected most recently in the Sustainable Development Goals (target 3.b).
- The Doha Declaration led, on the initiative of the African Group, to a consensus among WTO Members in 2005 to establish a formal amendment to the TRIPS Agreement that would remove a potential legal obstacle for countries most dependent on imports to meet their needs for affordable medicines. This was the first agreement to amend the entire package of WTO multilateral trade agreements, and it was entirely geared to ensure access to medicines for the most vulnerable.
- The Doha Declaration is also at the origin of an extended transition period for least developed country WTO Members that exempts them from the obligation to protect and enforce patents for pharmaceutical products, as well as undisclosed test data that are submitted for the purpose of obtaining marketing approval. In 2015, the LDC Group took the leadership in negotiations with all other WTO Members that ultimately led to a consensus decision to further extend the transition period until January 2033. This second extension of the transition period is an example of the all-inclusiveness of the negotiating process at the WTO. It aims at facilitating access to affordable medicines and represents a significant contribution to an early implementation of the SDG goals.
- The effect of the Doha Declaration as a catalyst for coherence at the international level was seen in its role of making public health issues a central focus of work carried out by the WTO on IP and international trade, in its inclusion in a series of World Health Assembly (WHA) resolutions on ensuring accessibility to essential medicines and public health, innovation and IP, in its use as a point of reference in the negotiations on the WHO Global Strategy and Plan of Action on Public Health, Innovation and Intellectual Property (GSPA-PHI), and in identifying health-related flexibilities that have been dealt with under the WIPO Development Agenda, as well as in a number of important declarations and resolutions adopted by other UN bodies (e.g. UN ECOSOC High-Level Segment Ministerial Declaration, Implementing the internationally agreed goals and commitments in regard to global public health, 2009; UN Political Declaration on HIV and AIDS: Intensifying our efforts to eliminate HIV and AIDS, 2011).
- Exemplifying this coherent and inclusive approach, an active program of coordinated technical assistance and policy dialogue, led at Director General level and centred on public health imperatives, has unfolded in the form of a trilateral initiative undertaken by the WHO, WIPO and WTO. Reaching well beyond the three specialised agencies, this program has drawn widely on diverse policy perspectives and practical experiences, to build a solid foundation of policy insights and empirical data so as to illuminate the pathway to more coherent outcomes and to build capacity in developing countries to take informed policy choices according to

national needs and circumstances. This policy dialogue and technical assistance has long been consciously planned and implemented to include a wide spectrum of voices from civil society, the not for profit and philanthropic sector, diverse industry players, competition authorities, and experts from the United Nations system including UNCTAD, UNAIDS and UNDP.

- With respect to food security, there seem to be numerous concerns about the right to food and intellectual property. The fear is that farmers will get increasingly dependent on new plant varieties that are protected by IPRs and that in time this would lead to a reduction in agro-biodiversity. To the extent they concern IP protection, the TRIPS Agreement already accommodates them in significant respects through the policy space it leaves to countries. Under Article 27.3 (b) countries are not required to provide patent protection for inventions of (i) plants and animals and (ii) essentially biological processes for their production. Where Members do not provide patent protection for new plant varieties, they are required to protect plant varieties through an effective *sui generis* system (i.e. a system created especially for this purpose). Members also have the option of using a combination of both systems of protection, namely TRIPS provisions on patents and a *sui generis* system. There is no further explicit guidance in the TRIPS Agreement as to what is to be considered an effective *sui generis* system. These provisions have been discussed in the TRIPS Council. For, example, when the delegation of the US put forward what it considered to be an 'effective' system, this was countered by the Indian delegation. There was also a vigorous debate on whether or not TRIPS requires Members to comply with UPOV 1991, with no conclusion drawn. (See Summary prepared by the WTO Secretariat in WTO document IP/C/W/369/Rev.1, 9 March 2006, 16-20 and 20-24.) Further, Article 27.2 allows WTO Members to exclude from patentability inventions whose commercial exploitation they find necessary to prevent to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment. This provision could be used, for example, to exclude GM crops, provided the member also prevents the commercial exploitation of such products in its territory.

Question 6

- The Nairobi Ministerial Declaration was adopted by consensus and incorporates a number of decisions such as on Agriculture (Export Competition, Special Safeguard Mechanism for Developing Country Members; Public Stockholding for Food Security Purposes), Cotton and LDC issues (Preferential Rules of Origin for Least developed countries; Implementation of Preferential Treatment in Favour of Services and Service Suppliers of Least Developed Countries and Increasing LDC Participation in Services Trade).
- It reiterates the importance of LDCs, Small and Vulnerable Economies (SVEs) and Art. 12 Members ... and pledges to work towards keeping Development at the heart of the negotiations.
- Part III of the Declaration clearly reflects the different views that WTO Members have on the way forward for the organization.
- That being said, the Director-General and some members have stressed that "the preparatory process for Ministerial Conferences can be improved in order to maintain transparency and inclusivity throughout the process".^d

^d https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/hod_10feb16_e.htm.

Question 7

- This question seems to be addressed to governments and not to the WTO Secretariat.

International law**Question 8**

- The WTO regularly associates itself with the objectives and activities of the UN such as the MDGs and now the SDGs; it contributes actively to work of ECOSOC work as well as on Financing for Development. The WTO is an active participant in the UNCEB and its subsidiary bodies, and works closely with numerous UN Specialized Agencies such as UNCTAD, ILO, FAO, WIPO and WHO. The WTO also has a coherence mandate with the World Bank and the IMF.
- However, the decision for the WTO to be an independent intergovernmental organization was taken unanimously by its founding members in 1995. Only WTO members are in a position to respond to questions in relation to that decision, and subsequently, its effect and resulting functioning.

Dispute Resolution**Question 9**

- The WTO dispute settlement mechanism applies to disputes between WTO Members regarding Members' rights and obligations under the WTO agreements. It does not provide panels or the Appellate Body with jurisdiction to decide on violations of non-WTO agreements.
- So far, no WTO Member has ever made an allegation that the application of WTO rules has led to a violation of a Member's human rights obligations.
- WTO rules leave sufficient policy space for governments to be able to respect and implement at the same time both their WTO obligations and their human rights commitments.

Question 10

- Corporations and individuals may pursue their claims before domestic courts.
- Disputes between two States involving an alleged violation of a human rights treaty may be brought before the International Court of Justice or other specific adjudicatory bodies designated by the parties.
- It has been made clear in several trade disputes adjudicated under the WTO dispute settlement mechanism that governments are entitled to prioritize national environmental policies over their trade obligations.
- The GATT permits WTO Members to impose export restrictions to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs.
- We are not aware of a single allegation to the effect that human rights are violated as a result of the application of WTO agreements.
- The Committee on Trade and Environment (CTE) provides a forum where WTO Members share their experiences, concerns and best practices on trade and environmental policies.

- It has contributed to identifying and understanding the relationship between trade and the environment in order to promote sustainable development (“triple win opportunities” for trade, development and the environment).
- Members of the CTE are also regularly briefed by specialized environmental institutions on topical subjects in the intersection between trade and environment.
- In recent years, several important issues have been discussed in the CTE including: efforts to combat illegal logging; sustainability labelling schemes; carbon foot-print methodologies; renewable energy initiatives.

Annexe V

2016 Annual Session of the Parliamentary Conference on the WTO — Outcome Document, June 2016

We appreciate the decision on public stockholding for food security purposes and call for the conclusion of negotiations on finding a permanent solution to the issue, in keeping with the decision. We believe that the issue of food security is vital for developing countries and that WTO rules must support efforts to combat hunger. In line with the same decision, we also want to stress the importance of a speedy adoption of a proposal for a Special Safeguard Mechanism, in conformity with the Nairobi Ministerial Decision on the issue.

We urge WTO Members to capitalize on the momentum created by recent progress, bearing in mind the strategic objective of strengthening the multilateral trading system and the need to consolidate the WTO as the centre of trade negotiations, while at the same time recognizing that new approaches will be necessary. Flexibility, openness, inclusiveness and political engagement will be key to advancing on all the remaining issues of the Doha Development Agenda (DDA). Since the Doha Round was launched in 2001, the world has changed dramatically in economic, political and technological terms. New challenges such as e-commerce, digital trade and international investment can also be discussed without prejudice to outstanding issues of the DDA.

Annexe VI

Selected Bibliography

- Yilmaz Akyüz, *Internationalization of Finance and Changing Vulnerabilities in Emerging and Developing Economies*, South Centre, Geneva, 2015.
- Wolfgang Alschner, “Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law — Towards Consolidation or Contradiction?” *Journal of International Economic Law* 17(2): 271-298, 2014.
- Jose Alvarez,
 - *The Evolving International Investment Regime*, Oxford, 2011.
 - *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Martinus Nijhof, Leiden 2011.
 - *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, 2005.
- Jose Alvarez, Karl P. Sauvant, Kamil Girard Ahmed and Gabriela P. Vizcaino (eds.). *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press, 2011.
- Todd Allee and Clint Peinhardt. “Delegating Differences: Bilateral Investment Treaties and Bargaining over Dispute Resolution Provisions”. *International Studies Quarterly* 54 (1): 1-26, 2010.
- Todd Allee, and Clint Peinhardt. “Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty violations on Foreign Direct Investment”. *International Organization* 65 (3): 401-432, 2011.
- Aviva, *A Roadmap for Sustainable Capital Markets: How can the UN Sustainable Development goals harness the global capital markets?* London, 2015.
- Gonzalo Berrón and Brid Brennan, *International Peoples Treaty on the Control of Transnational Corporations*, Base Document for Global Consultation, 2014.
- Juan Pablo Bohoslavsky and Horacio Verbitsky, *Cuentas Pendientes*, Siglo XXI Editores, 2013.
- Francis Boyle, *World Politics and International Law*, Duke University Press, 2012.
- Alfredo Calcagno, “Rethinking Development Strategies after the Global Financial Crisis” in UNCTAD, *Rethinking Development Strategies after the Global Financial Crisis*, Vol. I, pp. 9-26.
- Amélie Canonne avec Johan Tyszler et Lucile Falgoutier, *Le TAFTA avant l’Heure, Tout comprendre au traité UE-Canada*, Association Internationale de techniciens, experts et chercheurs, Montreuil, 2016.
- Carska-Sheppard, Andrea. “Issues Relevant to the Termination of Bilateral Investment Treaties”. *Journal of International Arbitration* 26(6): 755, 2009.
- Noam Chomsky, *Who rules the world?* Penguin, 2016.
- Natasha Cingotti, Pie Eberhardt, Nelly Grotenfeldt, Celilia Olivet and Scott Sinclair, *Investment Court system put to the test*, Corporate Europe Observatory, Transnational Institute, Friends of the Earth Europe, Brussels, 2016.

- Corporate Europe Observatory,
 - Profiting from Injustice, Brussels, 2012.
 - Profiting from Crisis, Brussels, 2014.
 - Le dangereux duo réglementaire. Comment la coopération réglementaire transatlantique sous le TTIP permettra à l'administration et aux grands entreprises de s'en prendre aux intérêts publics, 2016.
 - The Zombie ISDS, Rebranded as ICS, rights for Corporations to sue States refuse to die. Brussels, 2016.
- Carlos Correa, Trade related aspects of intellectual property rights, Oxford 2007.
- Lorenzo Cotula. "Do Investment Treaties Unduly Constrain Regulatory Space?" Questions of International Law 9: 19-31, 2014.
- David Cronin, Corporate Europe. How Big Business Sets Policies on Food, Climate and War, Pluto Press, London, 2013.
- Zach Elkins, Andrew T. Guzman and Beth Simmons. "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000". International Organization 60:4: 811-846, 2006.
- Gabriel Felbermayr, Rahel Aichele, How to make TTIP inclusive for all? Global Economic Dynamics, Bertelsmann Stiftung, Leibnitz Institut für Wirtschaftsforschung, Munich, 2015.
- Jean Feyder, La Faim tue, Préface Jean-Claude Juncker, L'Harmattan, Original title: *Mordshunger*, Westend Verlag, 2010.
- Susan Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions". Fordham Law Review 73(4): 1521-1625, 2005.
- Baltasar Garzón,
 - La Fuerza de la Razón, Editorial Debate, 2012.
 - "Jurisdicción universal" <http://baltasargarzon.org/jurisdiccion-universal/>.
- Andrew Guzman,
 - "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties". Virginia Journal of International Law 38: 639-688, 1998.
 - "Against Consent". Virginia Journal of International Law 52(4): 747-790, 2011.
- Yoram Haftel, and Alexander Thompson. "Delayed ratification: the domestic fate of bilateral investment treaties". International Organization 67 (2): 355-387, 2013.
- Juan Hernandez Zubizarreta, The new global corporate Law, Transnational Institute, 2015.
- Juan Hernandez Zubizarreta y Pedro Ramiro, Contra la Lex Mercatoria, Icaria, 2015.
- Sarah Joseph, Blame it on the WTO? A Human Rights Critique, Oxford, 2011.
- D. Kinley, J.M., Waincymer, (eds), The World Trade Organization and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives, Edward Elgar, Cheltenham 2009.

- Margie-Lys Jaime. “Relying on Parties’ Interpretation in Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement: Filling the Gaps in International Investment Agreements”. *Georgetown Journal of International Law* 46: 261-313, 2014.
- Srividya Jandhyala, J. Witold, J. Henisz and E. Mansfield. “Three Waves of BITs: The Global Diffusion of Foreign Investment Policy”. *Journal of Conflict Resolution* 55 (6): 1047-1073, 2011.
- Daniel Stedman Jones, *Masters of the Universe: Hayet, Friedman and the Birth of Neo-Liberal Politics*, Princeton University Press, 2012.
- Jeff King, *The Doctrine of Odious Debt in International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, 2016.
- Naomi Klein, *The Shock Doctrine*, Knopf, Canada, 2007.
- Jürgen Kurtz, “Australia’s Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication.” *ICSID Review* 27(1): 65-86, 2012.
- Federico Lavopa, Lucas Barreiros, and Victoria Bruno. “How to Kill a BIT and Not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties”. *Journal of International Economic Law* 16 (4): 869-891, 2013.
- J. Aloysius Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*? Oxford 2014.
- George Monbiot, *How did we get into this mess?* Verso 2016.
- Jane Mayer, *Dark Money*, Doubleday, New York, 2016.
- Joyce Naar, *Samenwerking in wederzijds belang en onderlinge afhankelijkheid : een beschrijving en analyse van de ACP-EG-partnerschapsovereenkomst (A description and analysis of the ACP-EU-Partnership-agreement. Co-operation on the basis of mutual interest and in the spirit of interdependence)*, 2002.
- Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, Angela Ward, *The EU Charter on Human Rights*.
- Bloomsbury Publishing, 2014.
- J. Pohl, K. Mashigo and A. Nohen. *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*, OECD Working Papers on International Investment, 2012/02. <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>.
- Pope Francis,
 - Encyclical Letter *Amoris Laetitia* — (on the family), Rome, 2016.
 - *Laudato Si* (on protection of the environment), Rome, 2015.
- Lauge Poulsen,
 - *Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties*. *International Studies Quarterly* 58: 1-14, 2014.
 - *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
 - *Sacrificing Sovereignty by Chance*, Ph.D. Dissertation, LSE 2011.
- Lauge Poulsen, and Emma Aisbett. “When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning.” *World Politics* 65 (2): 273-313, 2013.

- Anthea Roberts, Pierre-Hugues Verdier, Mila Versteeg and Paul B. Stephan, eds., *Who Cares about Regulatory Space in BITs? A Comparative International Approach*. Tomer Broude, Hebrew University of Jerusalem Yoram Z. Haftel, Hebrew University of Jerusalem Alexander Thompson, Ohio State University (forthcoming in *Comparative International Law*, (Oxford University Press, 2016.) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2773686.
- Andrew Sayer, *Why We Can't Afford the Rich*, Bristol University, 2015.
- Karl Albrecht Schachtschneider, *Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.
- Stephan Schill, "Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?" *Journal of International Arbitration* 24 (5): 469-477, 2007.
- R. Shamir, "La responsabilidad social empresarial: un caso de hegemonía y contrahegemonía", in B. Sousa, (ed.), *El derecho y la globalización desde abajo*, Barcelona, Anthropos, 2007.
- Vandana Shiva, 2013, *Making Peace With The Earth*, Pluto Press 2013.
- Kavaljit Singh, *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, 2016.
- Adam Smith, *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Reprinted Modern Library, New York, 1937.
- South Centre, *Approaches to International Investment Protection: Divergent Approaches between the TPPA and Developing Countries' Model Investment Treaties*, Geneva, 2016.
- Suzanne Spears, "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements". *Journal of International Economic Law* 13 (4): 1037-1075, 2010.
- Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. W.W. Norton, New York, 2012,
 - and Bruce Greenwald, *Creating a learning society: a new approach to growth, development, and social progress*. Columbia University Press, New York, 2014.
 - *The great divide: unequal societies and what we can do about them*. W.W. Norton, New York, 2015.
 - and B. Greenwald, *Creating a learning society: a new approach to growth, development, and social progress*. Columbia University Press, New York, 2015.
- Yash Tandon, *Trade is War*, OR Books, New York, 2015.
- Alejandro Teitelbaum,
 - *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales*, Icara, Barcelona, 2010.
 - *Trabajar eficazmente para poner límites al poder económico transnacional*, 2016 <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=197541>.
 - *El papel desempeñado por las ideas y culturas dominantes en la preservación del orden vigente*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2015.

- La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo, Antrazyt, 2010.
- Transnational Institute, Socialising losses, privatizing gains. How Dutch investment treaties harm the public interest, Amsterdam, 2015,
 - State of Power, 2015.
 - State of Power 2016. Democracy, sovereignty and resistance. TTIP: Why the World should beware, 2015.
- Antonios Tzanakopoulos. (forthcoming). “Masters of Puppets? Reassertion of Control through Joint Investment Treaty Interpretation”. In States’ Reassertion of Control over International Investment.
- Gus van Harten,
 - Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford, 2007.
 - Public Statement on the International Investment Regime. <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>.
 - Key Flaws in the European Commission’s proposal for Foreign Investment Protection http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122.
 - Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration (Oxford University Press), 2013.
- Carl Wellman, The Moral Dimension of Human Rights, Oxford University Press, 2010.
- Jason Yackee. ‘Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Sources of Evidence,’ Virginia Journal of International Law 51:2. 2010.
- United Nations, A New Global Partnership: Eradicate <poverty and Transform Economies Through Sustainable Development, The Report of the High-Level Panel of Eminent Persons on the Post-2015 Development Agenda, May 2013.
- UN Global Compact, Corporate Sustainability and the United Nations Post-2015 Development Agenda, 17 June 2013.
- UNCTAD. 2000. Bilateral Investment Treaties 1959-1999. New York and Geneva: United Nations. UNCTAD. 2010. Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims. IIA Issues Note, No. 2 (December). Geneva: United Nations.
- UNCTAD. 2012. Investment Policy Framework for Sustainable Development. Geneva: United Nations. UNCTAD. 2012, Fair and Equitable Treatment.
- UNCTAD 2014, 2015, 2016 TRADE and Development reports.
- UNCTAD 2014, 2015 World Investment Reports.
- UNCTAD 2016 Rethinking Development Strategies after the Financial Crisis. Vol. I, Making the Case for Policy Space, Vol. II: Country Studies and International Comparisons, Geneva, New York.
- World Bank Rapport sur le développement dans le monde 2016: les dividendes du numérique, 2016.
- WTO 2015 Annual Report.

- Jean Ziegler, Ändere die Welt! Warum wir die kannibalische Weltordnung stürzen müssen., C. Bertelsmann, München, 2015.
-