



Assemblée générale

Distr. générale
5 août 2015
Français
Original : anglais

Soixante-dixième session

Point 73 b) de l'ordre du jour provisoire*

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

Promotion d'un ordre international démocratique et équitable

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre à l'Assemblée générale le quatrième rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, Alfred-Maurice Zayas. Ledit rapport est soumis conformément à la résolution 69/178 de l'Assemblée.

* A/70/150.



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

Résumé

Le présent rapport, qui est le quatrième de l'Expert indépendant auprès de l'Assemblée générale, porte essentiellement sur l'incidence du règlement des différends entre investisseurs et États sur un ordre international démocratique et équitable; il s'appuie sur le prochain rapport au Conseil des droits de l'homme relatif aux accords internationaux d'investissement (A/HRC/30/44). L'Expert indépendant invite l'Assemblée générale à solliciter de la Cour internationale de Justice, un avis consultatif sur la préséance de la Charte des Nations Unies et des conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme, sur les autres traités.

I. Introduction

1. Selon le *Rapport 2015 sur l'investissement dans le monde*, le malaise croissant né du fonctionnement actuel du régime des accords internationaux d'investissement à l'échelle mondiale, auquel s'ajoutent les impératifs de développement durable, le rôle plus important que jouent les gouvernements dans l'économie et l'évolution du paysage de l'investissement, a suscité un mouvement en faveur de la réforme des règles régissant l'investissement international, pour les rendre plus conformes aux enjeux stratégiques de l'heure. C'est pourquoi, une réflexion a été engagée en vue du réexamen et de la révision du régime. Ainsi qu'il ressort du Forum mondial de l'investissement de la CNUCED tenu en octobre 2014, une vision commune se dégage, du fait du débat public animé en cours dans de nombreux pays et de la mise en place de divers processus d'audition parlementaire, y compris à l'échelle régionale, sur la nécessité de réformer le régime international des investissements, à la satisfaction de l'ensemble des parties prenantes. La question n'est pas de savoir s'il faut réformer ou non, mais "ce qu'il faut réformer", "comment procéder" et "l'ampleur" de la réforme¹.

2. Le présent rapport, qui est le quatrième de l'Expert indépendant à l'Assemblée générale, doit être lu en même temps que celui soumis à la trentième session à venir du Conseil des droits de l'homme (A/HRC/30/44), et dans lequel il analyse le fonctionnement des accords internationaux d'investissement. Le présent rapport est axé sur le règlement des différends entre investisseurs et États que prévoient nombre d'accords internationaux d'investissement, et ses incidences négatives sur un ordre international démocratique et équitable. L'Expert indépendant tient compte des analyses contenues dans le Rapport 2014² de la CUNCED sur le commerce et le développement et le Rapport 2015 sur l'investissement dans le monde, les rapports du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, ceux du Conseil des droits de l'homme³ et des Rapporteurs spéciaux qui traitent de questions relatives à la dette extérieure, à l'alimentation, à l'eau, à la santé, à l'environnement, à l'extrême pauvreté, aux peuples autochtones, à l'indépendance des juges et des avocats, et à la solidarité internationale. Il tient également compte des travaux d'universitaires sur les obligations des acteurs non étatiques dans le domaine des droits de l'homme⁴.

¹ CNUCED, *Rapport 2015 sur l'investissement dans le monde: Réforme de la gouvernance de l'investissement international*, publication des Nations Unies, numéro de vente: E.15 II.D.5, chap. IV, introduction.

² Publication des Nations Unies, numéro de vente: E.14. II.D.4

³ Consulter www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx

⁴ A Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press, 2006). A Clapham, ed., *Human Rights and Non-State Actors* (Elgar, 2013); O. De Schutter, "The accountability of multinationals for human rights violations in European law", New York University School of Law, 2004; O. de Schutter, "Human rights and transnational corporations: paving the way for a legally binding instrument", atelier organisé les 11 et 12 mars 2014 par l'Équateur, en marge de la vingt-cinquième session du Conseil des droits de l'homme; H. Verbitsky et Bohoslavsky, *Cuentas Pendientes: Los Cómplices Económicos de la Dictadura* (Buenos Aires, Siglo XXI, 2013); Commission internationale des juristes, *Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights*; Amnesty International, "India: court decision requires Dow Chemical to respond to Bhopal gas tragedy", 3 juillet 2013. J Wronka, *Human Rights and Social Justice: Social Action and Services for the Helping and*

3. Le rapport offre une valeur ajoutée en ce qu'il recense les menaces à l'ordre démocratique et équitable international que posent les accords d'investissement internationaux qui ne sont pas ancrés dans les droits de l'homme et les régimes d'arbitrage des règlements des différends entre investisseurs et États, parce qu'ils réduisent le champ d'action réglementaire de ces derniers et ne font pas obligation aux arbitres d'accorder la priorité aux normes relatives aux droits de l'homme découlant des traités. Il insiste par ailleurs sur l'urgence à élaborer de futurs accords qui permettent d'empêcher les abus du passé, et en appelle au toilettage des 3 200 accords internationaux d'investissement qui existent, et dont plus de 1 500 arrivent à expiration⁵. L'Expert indépendant aborde la question sous un jour nouveau, avec une perspective indépendante axée sur les droits de l'homme. Il met en exergue les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux fins de la révision ou de l'annulation de certains de ces accords, et de la suppression du règlement des différends entre investisseurs et États, considéré contraire aux bonnes mœurs et aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

4. En application du paragraphe 6 de la résolution 69/178 de l'Assemblée générale, l'Expert indépendant reconnaît qu'un ordre international démocratique et équitable exige, entre autres, l'exercice du droit des peuples et des nations à la souveraineté permanente sur leurs richesses et ressources naturelles; le droit de chaque être humain et de tous les peuples au développement; la solidarité internationale; la promotion d'un accès équitable aux avantages découlant de la répartition internationale des richesses grâce au renforcement de la coopération internationale, en particulier dans les relations économiques, commerciales et financières; la responsabilité, partagée entre toutes les nations, de la gestion du développement économique et social à l'échelle mondiale, ainsi que des menaces contre la paix et la sécurité internationales, responsabilité dont l'exercice devrait être multilatéral.

5. Aux termes du paragraphe 11 de la résolution, l'Expert indépendant s'est employé à trouver les obstacles et s'est engagé à continuer de travailler d'urgence à l'instauration d'un nouvel ordre économique international fondé sur l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération entre tous les États. Ayant à l'esprit le caractère préventif du mandat, il rappelle qu'il est demandé à la communauté internationale, au paragraphe 12, de trouver les moyens d'éliminer les obstacles et de surmonter les difficultés qui entravent la pleine réalisation de tous les droits de l'homme, et de mettre fin aux violations de ces droits qui continuent d'en résulter.

6. Dernièrement, les États, les organisations intergouvernementales, les organisations non gouvernementales et les institutions religieuses se rendent de plus en plus compte que le régime des accords internationaux d'investissement crée de graves dangers pour la réalisation des droits de l'homme, mais aucune solution à l'échelle mondiale n'a été proposée, probablement du fait de la complexité des questions en jeu et de la puissance des sociétés multinationales et des investisseurs,

Health Professions (Sage, 2008); V. Nerlich, "Core crimes and transnational business corporations", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, No. 3 (juillet 2010), p. 895-908.

⁵ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, chap. IV, p. 162.

qui s'opposent invariablement à la réforme⁶. L'observateur impartial n'aura aucune difficulté à comprendre les deux ontologies fondamentales en jeu. La première est celle de l'État, qui doit légiférer au nom de l'intérêt public, en adoptant des lois, règles et pratiques propres à assurer le bien-être des personnes vivant sous sa juridiction, entre autres, l'amélioration des normes de travail, la sécurité alimentaire, l'approvisionnement en eau potable, les soins médicaux, un environnement sain, le logement décent et l'administration de la justice dans le cadre d'un appareil judiciaire transparent et responsable. Cette ontologie est perçue par certains comme un contrat social. La seconde ontologie est celle de l'investissement, des affaires, des entreprises, des opérations bancaires et autres activités économiques libres. De par leur nature même, ces activités supposent la prise de risques, ce qui justifie l'attente de gains. Mais peut-on garantir qu'un investisseur qui spéculé ou une banque qui accorde des prêts sans être suffisamment capitalisée fera toujours du profit? Assurément non, car parfois les investisseurs gagnent, parfois ils perdent. Par contre, il est anormal qu'un investisseur exige une garantie de profit ; qu'il crée un système parallèle de règlement extrajudiciaire des différends qui, souvent, n'est ni indépendant ni transparent ni comptable, et dont même les décisions ne peuvent être susceptibles d'appel ; et qu'il cherche à usurper les fonctions de l'État et empiète sur la réglementation des questions budgétaires et fiscales relevant de l'intérêt public. Ces dernières vingt-cinq années, on a assisté à de nombreux cas de violations de droits par des investisseurs et de sentences arbitrales iniques, qui ont non seulement donné lieu à des violations de droits de l'homme, mais ont également occasionné une "paralysie" voire un "immobilisme" réglementaire. En effet, les États n'ont plus adopté de règles sur l'élimination des déchets ou la lutte contre le tabagisme, de crainte d'être traduits devant des tribunaux de règlement des différends les opposant aux investisseurs, qui protègent des spéculateurs faisant des investissements risqués et privent les États de leur marge de manœuvre réglementaire, en imposant à la place "des mesures d'austérité" concernant les services sociaux. Il peut être établi un parallèle entre le sauvetage des banques défaillantes durant la crise financière de 2007-2008, avec des milliards de dollars versés par le Trésor public, et la pratique actuelle qui consiste à porter secours à des investisseurs spéculateurs lorsqu'ils prennent des risques sans assurance. Ceci revient à privatiser les profits et à socialiser les pertes. Dans le cadre de la question relative au mandat concernant les obstacles à la réalisation d'un ordre international démocratique et équitable, il convient de tenir compte des répercussions négatives sur les droits de l'homme des accords internationaux d'investissement et des règlements de différends entre investisseurs et États.

⁶ Voir, entre autres, le discours du pape François à Santa Cruz (Bolivie) le 10 juillet 2015: "Le nouveau colonialisme à différents visages. Parfois, il ressemble à l'influence anonyme de Mammon: organismes de prêt, traités de libre-échange, et imposition de 'mesures d'austérité', qui ne font que serrer davantage la ceinture des travailleurs et des pauvres." C'est peut-être un écho des propos de Saint Jérôme: "*Homo mercator vix aut nunquam potest Deo placere*" ("Le commerçant ne peut guère, sinon jamais plaire à Dieu"). http://en.radiovaticana.va/news/2015/07/10/pope_francis_speech_at_world_meeting_of_mouvements_populaires;1157291 www.latribunadejulianromero.blogspot.com.es/2014/10/couple-of-couplespar-de-pares.html?m=1/.

II. Paradoxes

7. Au cours des 70 dernières années, l'ONU a été la figure de proue dans la définition de normes internationales, avec notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais aussi des instruments juridiquement contraignants dont 10 principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et une multitude de déclarations et de résolutions telles que la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, la Déclaration sur le droit au développement et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. La noble tâche de codification et d'amélioration des normes relatives aux droits de l'homme se poursuit. D'autre part, l'ONU s'est dotée de mécanismes de mise en œuvre, dont les organes créés en vertu d'instruments internationaux tels que le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui ont permis de faire progresser les travaux d'élaboration de normes par le biais de l'adoption des observations générales sur les dispositions des Pactes internationaux. Ces organes se sont engagés dans des activités de suivi, l'examen des rapports périodiques des États parties et des visites in situ. La Commission des droits de l'homme a créé le mécanisme constitué des groupes de travail chargés des procédures spéciales, des rapporteurs spéciaux et des experts indépendants, dont chacun s'est vu confier un mandat thématique ou par pays. L'organisme qui lui a succédé, à savoir le Conseil des droits de l'homme, s'est largement penché sur les questions abordées au titre des procédures spéciales et a élaboré le cadre de l'examen périodique universel. Les États ont fait des annonces de contributions, par exemple, en ce qui concerne les objectifs du Millénaire pour le développement et le programme de développement pour l'après-2015. La troisième Conférence internationale sur le financement du développement, qui s'est tenue à Addis-Abeba en juillet 2015, a donné naissance au programme d'action d'Addis-Abeba et à un accord sur un projet de document final pour le Sommet des Nations Unies prévu en septembre 2015 à New York et consacré à l'adoption du programme de développement pour l'après-2015, qui mérite d'être sensiblement renforcé.⁷ S'il est vrai que l'Expert indépendant se félicite d'une plus grande attention à la question du financement du développement, il est préoccupé par le fait que l'existence de 3 200 accords internationaux d'investissement, et en particulier, le règlement des différends entre investisseurs et États, puissent rendre illusoire la mise en œuvre du programme d'action.

8. Au niveau régional, il y a eu l'adoption de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) et les protocoles s'y rapportant, la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Convention de l'Union africaine sur les droits de l'homme et des peuples, tous ces textes prévoyant des tribunaux des droits de l'homme compétents pour adopter des jugements ayant force obligatoire. Cette énorme activité normative, de suivi et de mise en œuvre, traduit l'opinio juris de susciter une règle de droit coutumier international des droits de l'homme, qu'aucun acteur étatique ou non étatique n'est censé ignorer. Beaucoup a été écrit sur le caractère erga omnes du régime international des droits de l'homme. Il s'agit aujourd'hui d'expliquer la meilleure manière de le mettre en œuvre, et d'obtenir de la Cour

⁷ Transformer notre monde: le Programme de développement durable à l'horizon 2030; Consulter <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/7891TRANSFORMING%20OUR%20WORLD.pdf>.

internationale de Justice une déclaration claire sur le caractère prioritaire des obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme par rapport à d'autres traités.

9. Paradoxalement, les États signent des traités bilatéraux et multilatéraux de libre-échange et d'investissement qui entravent leur respect des obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme, et entraînent la violation des droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux. Peut-être qu'ils cèdent aux sirènes de la croissance et de l'emploi, mais ils se rendent compte rarement que les investisseurs ne s'intéressent qu'au profit, qu'ils résistent aux droits de regard des organes des droits de l'homme et rejettent les obligations juridiquement contraignantes. Nonobstant ce qui précède, les États sont tenus de respecter les pactes internationaux et doivent veiller à ce que les acteurs non étatiques opérant sur leur territoire ne violent pas les droits de l'homme. Les États ont la responsabilité de protéger, notamment par rapport à l'administration de la justice. L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques les oblige à assurer que les actions en justice sont portées devant des tribunaux compétents et indépendants, dans un régime de transparence et de responsabilité.⁸ Paradoxalement, les États ont convenu de la création de tribunaux spéciaux, qui ne sont ni indépendants ni transparents ou responsables, pour le règlement des différends qui les opposent aux investisseurs. Des études publiées laissent apparaître des abus flagrants perpétrés par des cabinets d'avocats spécialisés, en collusion avec des arbitres et des sociétés qui utilisent le système dit de "justice privatisée" pour échapper à l'arbitrage des tribunaux publics, conformément à l'article 14. Face à des systèmes juridiques nationaux bien établis et très fonctionnels, le règlement des différends entre investisseurs et États n'offre aucune valeur ajoutée, mais il s'avère difficile de l'abolir, du fait des intérêts directs qu'en tirent des investisseurs puissants et des sociétés transnationales⁹.

10. Paradoxalement, bien que les États soient tenus de se conformer à la clause de participation publique de l'article 25 du Pacte international, ils négocient des traités en secret et en excluent les principales parties prenantes, comme les syndicats, les associations de consommateurs, les professionnels de la santé et les associations de protection de l'environnement. Parfois, des traités secrets sont scellés rapidement et en priorité au niveau des parlements, de manière à éviter la participation publique, ce qui rend les accords démocratiquement illégitimes.

11. Les obligations juridiquement contraignantes pour les États en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme n'ont-ils alors aucun sens, pour la simple raison qu'il n'existe aucun tribunal compétent pour imposer des sanctions aux États qui dérogent à leur devoir de protéger, ni aucun mécanisme de mise en application opposable aux investisseurs? Les obligations juridiques qui incombent en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont-ils inférieures aux obligations qui incombent en vertu de traités aux termes d'accords de libre-échange et d'investissement? Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ne sont-ils qu'une caution morale pour la mondialisation?

⁸ Comité des droits de l'homme, observation générale No. 33 (2009).

⁹ P. Eberhardt et C. Olivet, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Brussels/Amsterdam, Corporate Europe Observatory, 2012). Corporate Europe Observatory, "Profiting from crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries". 2014.

12. En dépit des bons diagnostics posés par la CNUCED entre autres, et des analyses perceptives d'experts comme Joseph Stiglitz, Paul Krugman et Jeronim Capaldo, les pressions exercées par les sociétés transnationales continuent de pousser les gouvernements à signer de nouveaux accords internationaux d'investissement, avec des dispositions relatives au règlement des différends avec les investisseurs qui aggravent la situation, et qui à terme, conduiront à un dysfonctionnement du système, voire une crise qui mettrait en péril la paix et la sécurité aux niveaux local, régional ou international.

13. Une des raisons avancées pour la création de tribunaux de règlement des entre investisseurs et États, est que les investisseurs n'avaient pas confiance dans les systèmes juridiques nationaux et ont préféré l'établissement d'une juridiction séparée pour les litiges commerciaux. Il est difficile de comprendre pourquoi un État, quel qu'il soit, accepte la récusation implicite de ses tribunaux, et la création d'un système privatisé de règlement des différends largement reconnu comme manquant d'indépendance, de transparence et de responsabilité.

III. Normes et principes de base

14. Tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies sont tenus de respecter la Charte des Nations Unies, qui s'apparente à une Constitution mondiale. L'article 103 de la Charte stipule: "en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront". Cela signifie que les accords bilatéraux et multilatéraux de libre-échange et les accords d'investissement comportant des dispositions en contradiction avec la Charte des Nations Unies, doivent être révisés ou résiliés, et les dispositions incompatibles disjointes en vertu de la doctrine de la divisibilité¹⁰.

15. Conformément à la norme cardinale du droit international *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les traités en vigueur doivent être mis en œuvre, "en toute bonne foi", et aucun traité signé par la suite ne peut être considéré comme légitime, s'il fait obstacle à l'exécution des engagements pris en vertu de traités en vigueur, à moins que les parties n'en conviennent expressément, en vue de modifier les traités antérieurs. Les incompatibilités relevant de l'inadvertance peuvent être réglées en toute bonne foi, en interprétant le traité signé par la suite, de manière compatible avec le précédent, en appliquant les articles 31 et 32 de la Convention. Conformément à l'article 103 de la Charte des Nations Unies, les traités signés par la suite doivent, en tout état de cause, être conformes à la Charte et n'ont aucune valeur si elles font obstacle à la réalisation de ses buts et principes, y compris ses dispositions relatives aux droits de l'homme. Cet argument est d'autant plus valide que la plupart des États parties aux accords internationaux d'investissement étaient déjà parties aux traités relatifs aux droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, y compris les pactes internationaux; le principe de *pacta sunt servanda* requiert la mise en œuvre de ces traités des Nations Unies, et les accords internationaux d'investissement doivent

¹⁰ Voir les comptes rendus analytiques des séances de la Commission du droit international; Comité des droits de l'homme, observation générale no 21 (1994). Roslyn Moloney, "Incompatible reservations to human rights treaties: severability and the problem of State consent", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5, No. 1, (mai 2004.)

être interprétés et appliqués de manière à ne pas aller à l'encontre de la Charte ou des traités des Nations Unies, y compris la Convention concernant les peuples indigènes et tribaux, 1989, No. 169) de l'Organisation internationale du Travail (OIT), la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), les conventions de l'Organisation des Nations Unies pour l'agriculture et l'alimentation (FAO), le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) et la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) de la Commission économique pour l'Europe.

16. Conformément au droit international coutumier et à l'article 53 de la Convention de Vienne, les traités ou dispositions conventionnelles qui violent des normes impératives du droit international (*jus cogens*), sont contraires aux bonnes mœurs et, de ce fait, nuls et non avenus.¹¹ Est visée ici une catégorie de contrats et de traités qui comportent des activités contraires à l'éthique, et des traités dont les conséquences prévisibles sont incompatibles avec les fonctions de protection de l'État. Par conséquent, tout traité qui entrave la capacité d'un État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, est incompatible avec l'ordre public international et aux engagements pris par tous les États, conformément à la Charte. De même, les soi-disant "traités léonins" ou inéquitables, comme ceux qui existaient entre de nouveaux États et les anciennes puissances coloniales, doivent être considérés comme contraires à la Charte et incompatibles avec le principe de l'égalité des États. La notion de *jus cogens* a été davantage clarifiée dans le cadre du processus de codification de l'article 41 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (voir A/56/10 et Corr.1), adopté par la Commission du droit international en 2001.¹²

¹¹ Hersch Lauterpacht, dans le premier rapport sur le droit des traités à la Commission du droit international, a suggéré que les "règles internationales de bonnes mœurs si pertinentes" pouvaient constituer les principes de politique publique internationale annulant les traités". Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1953, vol. II. Voir aussi Michael Akehurst, qui fait valoir que les bonnes mœurs sous-tendent le processus à travers les règles conventionnelles ou coutumières acquièrent un caractère impératif. M. Akehurst, "The hierarchy of sources in international law", *British Yearbook of International Law*, vol. 47, No. 1 (1975), p. 273, 283. Voir également les comptes rendus analytiques de la 683^e réunion de la Commission du droit international (A/CN.4/SR.683) (1963), par. 45; consulter http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr683.pdf&lang=EFS 45. Alfred Verdross soutient que "les intérêts supérieurs de la communauté internationale dans son ensemble peuvent annuler les "traités contraires aux bonnes mœurs", en violation d'une norme obligatoire du droit international général. A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Vienne, Springer, 1926), p. 21 et suivantes. Voir aussi Verdross, "Jus dispositivum and jus cogens in International Law in the Twentieth Century", L. Gross, ed. (New York, Appleton-Century-Crofts, 1969), p. 222-223; Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community* (Springer, 1980) p. 142; R. Y. Jennings, "Nullity and effectiveness in international law" in *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair* (Londres, 1965) p. 64, 74; G. Hernandez, "A reluctant guardian: the International Court of Justice and the concept of international community", *British Yearbook of International Law*, vol. 83, No. 1 (2012) p. 13 -60

¹² C. Tams and others, eds. *Research Handbook on the Law of Treaties* (Elgar, 2014). S. Talmon, "The duty not to recognize as lawful a situation created by illegal use of force or other serious breachers of a jus cogens obligation" in C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin, eds., *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (Nijhoff, 2006).

17. Face aux problèmes macroéconomiques et aux violations des droits de l'homme résultant de l'usurpation des fonctions de l'État par des sociétés multinationales, les principes généraux du droit visés à l'article 38 (1) du Statut de la Cour internationale de justice entrent en jeu, y compris le principe de l'estoppel *ex injuria jus non oritur*, l'interdiction de l'abus de droit, le comportement *ultra vires* et l'invalidité des accords contraires aux bonnes mœurs.¹³ En effet, tous les systèmes de justice reconnaissent qu'il y a un certain nombre de lois de l'humanité qui ne sont pas écrites, comme dans "*Antigone*" de Sophocle, ou "De l'esprit des lois" de Montesquieu, ces valeurs immanentes qui ont précédé la codification des normes. L'expérience a montré que les accords internationaux d'investissement actuels, en particulier les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États, soulèvent de multiples questions d'abus de droits. L'essence de la doctrine de l'abus de droit est à chercher dans le principe du droit romain, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, qui prévoit l'exercice des droits individuels, de manière à ne pas porter préjudice à autrui. Une notion inhérente à l'esprit de justice, est celle selon laquelle, puisque tous les sujets de droit international sont susceptibles d'abus de droits, les mesures de contrôle appliquées à l'exercice de ces droits doivent être mises en place en tant que question d'ordre public. Les tribunaux judiciaires et arbitraux se doivent de respecter ces principes généraux du droit et le principe de l'égalité consacrés dans le Statut de la Cour internationale de Justice (art. 38 (2)).

18. Le droit pénal national et international, ainsi que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale peuvent s'avérer utiles dans le contexte des infractions à caractère économique, en particulier lorsque les activités économiques et financières se traduisent par de graves violations des droits de l'homme, entre autres le chômage de masse, la désorganisation du secteur agricole, la dégradation de sécurité alimentaire, voire la famine, la dévastation de l'environnement, la pollution de l'eau, la contamination radioactive entraînant la mort par cancer et d'autres complications, les déformations génétiques et la destruction des écosystèmes (écocide). Ces activités sont des atteintes à la dignité humaine et des crimes contre l'humanité pouvant être invoqués devant les tribunaux en vertu de l'article 7 (1) K du Statut *juncto*, le principe de mise en danger d'autrui en droit pénal. Peuvent en être les auteurs l'industrie pharmaceutique, les sociétés minières, en particulier celles qui exploitent l'or et l'uranium, et celles qui font de l'extraction de pétrole et de gaz, de la fracturation hydraulique, ainsi que les entreprises qui détruisent la couche d'ozone. De tels crimes doivent relever de la compétence universelle¹⁴. La Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 peut présenter un intérêt

¹³ A. Kiss, "Abuse of rights" in R. Wulfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (2006), p. 20 à 26. M. Byers, "Abuse of rights: an old principle, a new age", *McGill Law Journal*, vol. 47 (2002), p. 389 -431. Voir, par exemple, la référence à l'abus de droit dans les *affaires de la Fonderie de Trail (États-Unis d'Amérique, Canada)*, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. III, p. 1905 et à l'article 300 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer: "les États parties s'engagent à s'acquitter de bonne foi des obligations qui leur incombent ... d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit." Voir également V. Paul, "Abuse of rights and bona fides in international law" in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28, (1977), p. 107-130; B.O. Iluyomade, "The scope and content of a complaint of abuse of right in international law", *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), p. 47-92.

¹⁴ H. Pontell et G. Geis, eds., *White Collar and Corporate Crime* (Springer, 2007) Cf. Cesare Lombroso "Delitti vecchi e delitti nuove", 1902, anticipating Edwin Sutherlands's *White Collar Crime*, 1949.

en ce qui concerne les activités des entreprises, notamment la corruption des agents publics. Jusqu'ici, les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États n'ont pas été tenus de prendre ces traités en considération, et ont eu tendance à privilégier les intérêts économiques des investisseurs, face à la nécessité de protéger les droits de l'homme et l'environnement.

19. Les traités relatifs aux droits de l'homme, les principes généraux du droit, le droit international coutumier, les déclarations et les résolutions constituent une symbiose de normes de "droit dur" et de "droit souple", un ordre public international essentiel à la réalisation d'un ordre international démocratique et équitable. En même temps que l'ordre public national, ce régime juridique l'emporte sur toute tentative des investisseurs de renverser l'État de droit, au moyen d'accords internationaux d'investissement qui remettent en question les garanties démocratiques des lois et des organes judiciaires.

20. Il est du ressort des Nations Unies de promouvoir la stabilité et la coopération, en invitant les États à réglementer les activités des investisseurs et des sociétés multinationales enregistrés ou opérant sur leur territoire, et d'empêcher la menace ou l'utilisation de la force d'une manière incompatible avec la Charte.

IV. Règlement des différends entre investisseurs et États

21. Le règlement des différends entre investisseurs et États est un procédé assez récent et arbitraire, une forme de règlement privatisée qui accompagne beaucoup d'accords internationaux d'investissement. Au lieu de porter les litiges devant des tribunaux locaux ou d'invoquer la protection diplomatique, les investisseurs s'appuient sur trois arbitres qui, sur la base d'une procédure confidentielle, rendent une décision quant à la violation ou non de leurs droits et de leurs investissements par un État. Si les tribunaux peuvent connaître d'actions intentées par des investisseurs contre des États, ils ne connaissent pas d'actions intentées par des États contre des investisseurs, par exemple, lorsque ces derniers violent les lois et règlements nationaux, polluent l'environnement et les systèmes d'approvisionnement en eau, introduisent des organismes génétiquement modifiés et potentiellement dangereux, etc. Le règlement des différends entre investisseurs et États a été dès le départ une anomalie, car comme inspiré par le Cheval de Troie, il a été introduit dans les accords internationaux d'investissement sans que des informations complètes sur son application potentiellement importune soient communiquées, sans la participation des principales parties prenantes au moment de son élaboration et en l'absence de référendum, ce qui lui ôte toute légitimité démocratique. Conscients de son incidence, les gouvernements ont le devoir d'informer les parties prenantes de manière proactive. Ne pas le faire équivaldrait à violer les articles 19 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les textes de plusieurs accords internationaux d'investissement n'ont pu être obtenus que grâce aux lois sur l'accès à l'information, des actions en justice, et aux révélations de Wikileaks.

22. Le Rapport 2015 sur l'investissement dans le monde analyse la situation et présente une série d'options. L'une des raisons avancées pour la création et le maintien de tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États, est qu'ils offrent une voie de recours supplémentaire et un système d'exécution plus efficace. Cet argument ne tient pas compte de la question de savoir si une telle voie

de recours est vraiment nécessaire et si elle contribue à la fragmentation du droit international, au manque de cohérence dans la jurisprudence arbitrale et à l'absence générale de prévisibilité, créant un "effet paralysant" dans le système de réglementation étatique pour l'intérêt du public. Un autre argument invoqué parfois en faveur du règlement des différends entre investisseurs et États, est qu'il permet d'éviter les lourdeurs de la protection diplomatique. Mais est-ce là un argument valide au regard de la Charte et du droit international coutumier? Effectivement, la protection diplomatique n'est pas un fait nouveau dans l'histoire des relations internationales, et s'est souvent révélée utile et efficace dans le règlement des différends, tout à fait dans l'esprit des Articles 1 et 2 de la Charte.

23. Il existe de nombreuses raisons de s'opposer au règlement des différends entre investisseurs et États, au vu des exigences de la gestion démocratique des affaires publiques, de l'administration de la justice par les tribunaux dans la transparence et la responsabilité, de la doctrine de la souveraineté des États et du droit sur les droits de l'homme. Il est difficile de justifier le fait que le règlement des différends entre investisseurs et États, donne aux investisseurs étrangers plus de droits que leurs homologues nationaux, créant ainsi des conditions de concurrence inégales. L'absence de transparence des tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États, ainsi que les préoccupations relatives à l'indépendance et l'impartialité des arbitres, constituent des problèmes fondamentaux qui ne peuvent être résolus en "bricolant" les mécanismes de règlement actuels, par le filtrage ou la limitation de l'accès des investisseurs, en restreignant l'ampleur de la question par exemple. Le règlement des différends entre investisseurs et États crée des incitations artificielles à accéder à un arbitrage privatisé, exposant ainsi les États d'accueil à des risques juridiques et financiers considérables. En effet, tant la rémunération des arbitres que les frais d'avocat sont excessivement élevés. Les sentences issues du règlement des différends entre investisseurs et États ont amené ces derniers à abandonner des mesures de protection de la santé publique, et à baisser les normes écologiques. L'immobilisme réglementaire résultant de la simple existence du système de règlement des différends entre investisseurs et États, a dissuadé et peut à l'avenir dissuader ces derniers de prendre des mesures les amenant à respecter, protéger et s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme. Par conséquent, il a une incidence négative sur l'ordre international démocratique et équitable.

24. Lori Wallach de l'organisation Public Citizen a montré comment les traités d'investissement "permettent aux entreprises de mettre en cause la défense de l'intérêt public en dehors des systèmes judiciaires nationaux de règlement, devant les tribunaux de trois avocats du secteur privé opérant selon des règles suivant lesquelles le conflit d'intérêt est minime, voire inexistant". Selon Ska Keller, membre du Parlement européen représentant les Verts d'Europe, "la prise de décisions démocratique est forcément en train d'être sacrifiée à l'autel de l'arbitrage international". Les États accusés n'ont que deux options: faire comme les autres et retirer les décisions qu'ils ont prises, ou payer des montants énormes à l'investisseur à titre de dédommagement." Daniel J. Ikenson de Cato Institute souligne que "le règlement des différends entre investisseurs et États ne fait aucun cas du traitement national, et accorde aux entreprises étrangères des privilèges que ne peuvent avoir

les entreprises locales"¹⁵. En fait, il pose un sérieux problème à l'ordre démocratique, surtout lorsque des gouvernements démocratiquement élus pour mener à bien des politiques sociales précises, sont poursuivis par des investisseurs du fait de ces politiques qui leur ont été démocratiquement confiées.

25. Bien que les tribunaux internationaux puissent et devraient déclarer irrecevables les affaires frivoles pour abus du droit de présenter une communication (voir l'article 3 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques), ou recours abusif à la procédure, les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États le font rarement, et font droit à des requêtes futiles ou vexatoires, avec d'énormes charges pour les parties, ce qui est particulièrement dommageable pour les pays en développement.

26. Selon le *Rapport 2015 sur l'investissement dans le monde*, il existe 608 affaires connues de règlement de différends entre investisseurs et États, dans lesquelles 99 gouvernements ont été défendeurs, face à une ou plusieurs des plaintes connues. En 2014, les investisseurs ont entrepris 42 actions en justice connues, dont 35 portées par des investisseurs de pays développés et 5 par des investisseurs de pays en développement; dans 2 cas, la nationalité des requérants est inconnue. Le décompte depuis le début laisse apparaître que les États d'origine les plus fréquemment cités étaient les États-Unis d'Amérique (129), les Pays-Bas (67), le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (51), l'Allemagne (42) et la France (36). Les États défendeurs ont été surtout l'Argentine (56), le Venezuela (36), la République tchèque (29) et l'Égypte (24). La CNUCED publie un graphique assez révélateur faisant apparaître les résultats des décisions sur le fond, indiquant que 60 % soutiennent l'investisseur et 40 % l'État. Il convient de rappeler que le règlement des différends entre investisseurs et États ne porte que sur les actions intentées par les investisseurs contre les États, et non les poursuites engagées par ces derniers contre les investisseurs. C'est ainsi que les 60 % de procès perdus par les États ne laissent pas insensible, d'autant que les milliards de dollars accordés aux investisseurs sont payés par le contribuable, et c'est autant d'argent en moins pour le financement de l'éducation, des soins de santé et des infrastructures. Selon les statistiques, environ 64 % des montants alloués sont revenus à des entreprises réalisant un revenu annuel de plus de 10 milliards USD, 29 % à des entreprises dont les revenus annuels se situent entre 1 milliard USD et 10 milliards USD, ou à des individus ayant un patrimoine net de plus de 100 millions USD; ainsi, les principaux bénéficiaires des transferts financiers dans le cadre des règlements des différends entre investisseurs et États, ont été les méga entreprises et les magnats extrêmement fortunés. Le montant adjugé le plus important, notamment dans l'affaire *Yukos Universal Limited (île de Man) c. la Fédération de Russie*, s'élève à plus de 50 milliards USD et les frais de justice à plus de 60 millions USD. D'autres décisions ont touché des pays comme l'Équateur, qui, en 2012, a été condamné à verser 2,3 milliards USD à Occidental Petroleum (voir par. 30 ci-dessous)

27. Un rapport à l'Assemblée générale serait trop court pour exposer les incompatibilités des règlements des différends entre investisseurs et États avec les droits de l'homme, mais quelques problèmes symptomatiques pour lesquels il n'existe pas de recette miracle, peuvent être évoqués. La liste des sentences contraires aux bonnes mœurs dans les règlements de différends entre investisseurs et

¹⁵ http://csis.org/files/publication/141029_investor_state_dispute_settlement.pdf. Consulter aussi <http://ttip2015.eu/blog-detail/blog/isds%20risks.html>.

États est longue. Le présent rapport ne peut en faire un résumé, non seulement en raison de l'espace limité, mais aussi pour le vertige moral que cela causerait.

28. *Metalclad c. Mexique*. Aux termes de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Metalclad, une entreprise de gestion de déchets, a intenté une action contre le Mexique, en faisant valoir l'expropriation indirecte (E/CN.4/Sub.2/2003/9, par. 33 et suiv.). En 1993, Metalclad a acheté une entreprise locale de gestion de déchets, en perspective de la construction et de l'exploitation d'une décharge. Le projet nécessitait l'octroi de permis par les services municipaux, étatiques et fédéraux. Bien que le permis fût refusé par la municipalité, Metalclad poursuivit son projet. Pour des considérations d'ordre environnemental et du fait de l'opposition des habitants, les autorités municipales n'ont jamais délivré les permis. En fin de compte, les autorités étatiques ont promulgué un décret relatif à l'écologie, et faisant de la zone une réserve naturelle, ce qui a contraint à la fermeture du projet de gestion des déchets. Le tribunal de règlement des différends entre investisseurs et États a estimé que le Gouvernement a pris une mesure équivalant à une expropriation, et ordonné le versement par le Mexique d'un montant de 16,7 millions USD à titre de réparation. Le Mexique demanda un examen législatif statutaire de la décision et le Gouvernement du Canada intervint dans la procédure. Un juge de la Cour suprême de Colombie-Britannique estima que:

Le Tribunal a donné une définition extrêmement large de l'expropriation aux fins de l'Article 1110 [de l'Accord]. En sus de la notion classique d'expropriation impliquant une saisie de biens, le Tribunal a considéré qu'aux termes de l'ALENA, l'expropriation implique une ingérence secrète ou fortuite dans l'utilisation des biens, qui a pour conséquence de priver le propriétaire, en totalité ou en grande partie, de l'utilisation ou des retombées économiques pouvant raisonnablement être attendus des biens. Cette définition est suffisamment large pour inclure un zonage légitime d'une propriété par une municipalité ou toute autre autorité habilitée.¹⁶

29. Une étude de la Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme réalisée en 2003 souligne que:

Des interprétations aussi larges des dispositions relatives à l'expropriation peuvent avoir des conséquences directes sur les règles visant à promouvoir et à protéger les droits de l'homme ... les mesures prises par le Gouvernement en ce qui concerne les produits chimiques et les déchets toxiques ont des effets d'entraînement par rapport à la jouissance de droits fondamentaux tels que le droit à la santé ou le droit à l'eau ... un commentateur a suggéré que les larges interprétations des dispositions relatives à l'expropriation pourraient renverser le principe établi de la politique de l'environnement, selon lequel les pollueurs doivent supporter les coûts de leur pollution, au lieu d'être payés pour ne pas polluer (E/CN.4/Sub.2/2003/9, par. 35)¹⁷.

¹⁶ *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, Supreme Court of British Columbia, Reasons for judgement of the Honorable M. Justice Tyson, 22 mai 2001, par. 99.

¹⁷ Citing *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights* (Winnipeg, Canada, International Institute for Sustainable Development and World Wildlife Fund, 2001), p. 33 Consulter aussi <https://gusvanharten.files.wordpress.com/2015/05/appendix-c-opinion-articles-of-g-van-harten.pdf>.

30. *Occidental Petroleum c. Équateur*. Le 5 octobre 2012, un tribunal divisé du Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement, a conclu que l'Équateur avait violé un traité bilatéral d'investissement conclu avec les États-Unis, et accordé des dommages-intérêts pour 2,3 milliards USD, montant le important qu'il ait jamais accordé. Cette sentence donne une indication de l'immense pouvoir qu'exercent les tribunaux, et soulève d'importantes questions normatives sur le Centre international.¹⁸ Bien que le Tribunal ait découvert qu'Occidental avait illégalement vendu 40 % de ses droits de production à une autre entreprise sans l'autorisation des pouvoirs publics, ce en dépit d'une disposition précise du contrat de concession stipulant que la vente de droits de production sans l'approbation préalable de l'État constitue une violation patente du contrat, et nonobstant le fait que le contrat met en application de manière explicite la loi équatorienne sur les hydrocarbures qui protège la prérogative du Gouvernement de soumettre à une enquête approfondie les entreprises cherchant à produire du pétrole dans la région écologiquement sensible de l'Amazonie, deux des trois arbitres ont décidé de ne pas considérer les préoccupations de l'Équateur quant à la violation du contrat par Occidental, et se sont prononcés en faveur de la transnationale, en invoquant l'argument abstrus de la proportionnalité. Les arbitres dissidents exprimèrent leur désaccord total avec la sentence.¹⁹ L'Équateur a déposé une demande d'annulation, et la décision finale n'a pas encore été rendue.

31. *Renco c. Pérou*. Le Groupe Renco s'est appuyé sur le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États pour se soustraire à la justice, après avoir été à l'origine d'une pollution massive à La Oroya, Pérou, où sa filiale Doe Run, n'a pas respecté son engagement de limiter les émissions, et de nettoyer l'environnement gravement pollué. Le Pérou avait déjà accordé à Doe Run deux prorogations de délai pour mettre fin à la pollution. Lorsque le Gouvernement a refusé de lui accorder une troisième prorogation pour son engagement non tenu depuis 1997, de mettre en place un dispositif d'atténuation de la pollution et d'assumer sa responsabilité pour les atteintes à la santé, Renco a utilisé la tactique du règlement des différends entre investisseurs et États, pour faire pression sur le Gouvernement et l'obliger de lui permettre de rouvrir sa fonderie, sans l'installation d'un dispositif antipollution. Le règlement des différends entre investisseurs et États a ainsi été utilisé pour se soustraire à la justice au Pérou. Pendant ce temps, aux États-Unis, 11 requêtes pour dommages corporels ont été déposées contre Renco et Doe Run dans des tribunaux de l'État du Missouri à partir d'octobre 1997, au nom des 162 des enfants malades d'Oroya. Dans ces affaires, les procédures ont été suspendues, en attendant les conclusions de l'arbitrage dans le règlement du différend opposant l'investisseur et l'État.²⁰

32. *Chevron c. Équateur*. L'une des affaires les plus problématiques en matière d'acte contraire aux bonnes mœurs et d'abus des droits de la part de requérants dans le cadre d'un règlement de différends entre investisseurs et États, est celle *Chevron c. Équateur*. Elle a commencé avec une série d'actions en justice engagées conformément la loi équatorienne contre Texaco (ancienne raison sociale), pour la

¹⁸ <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>.

¹⁹ Centre International de règlement des différends relatifs aux investissements, *affaire Occidental Petroleum Corporation c. Équateur* (affaire No ARB/06/11), sentence rendue le 5 octobre 2012, par. 527

²⁰ www.italaw.com/cases/906. <https://systemicdisorder.wordpress.com/tag/trans-pacific-partnership/>.

dégradation de l'environnement causée par ses activités en Amazonie. Dans une zone de forêt vierge, Texaco a creusé 350 puits de pétrole, et en quittant l'Équateur, l'entreprise, a laissé derrière elle un millier de fosses à ciel ouvert, non revêtues, remplies de pétrole brut et de boues résiduelles toxiques. Des fuites sont par la suite intervenues, touchant la nappe phréatique et polluant les rivières et les cours d'eau dont dépendent des dizaines de milliers de personnes pour boire, faire la cuisine, se baigner et pêcher. Chevron est également accusé de responsabilité pour avoir déversé plus de 18 milliards de gallons d'eaux usées toxiques - issues du processus de forage - dans les rivières. Au plus fort de ses opérations, l'entreprise déversait 4 millions de gallons par jour, une pratique proscrite dans les grands États producteurs de pétrole aux États-Unis, des décennies avant qu'elle ne commence ses opérations en Équateur en 1967. En gérant les déchets toxiques en Équateur d'une manière jugée illégale dans son pays d'origine, Texaco a économisé 3 dollars sur chaque baril de pétrole produit, selon les estimations. Une crise de santé publique de grande ampleur éclata en Amazonie équatorienne, à l'origine de laquelle, la contamination à grande échelle née de 40 années d'opérations de forage de pétrole. La contamination a provoqué des cancers, des avortements spontanés, des malformations congénitales et d'autres affections. En 2011, la Cour suprême de l'Équateur condamna Chevron à payer 9,5 milliards USD à titre de dommages et intérêts. Chevron refusa de payer et engagea plutôt des poursuites contre l'Équateur pour perte de profit, en invoquant le Traité d'investissement bilatéral entre les États Unis et ce pays (voir A/HRC/21/47 et A/HRC/24/41). L'affaire est pendante depuis plusieurs années et les honoraires d'avocat se chiffrent déjà à plusieurs millions de dollars.

33. Dans l'intervalle, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye a statué en faveur de l'Équateur, qui entend poursuivre ses demandes d'indemnisation pour les dommages à l'environnement imputés à Chevron, en dépit du verdict de la Cour; cependant, nul ne sait comment cette affaire se terminera.²¹

34. *Vattenfall c. Allemagne*. Le fournisseur d'énergie suédois Vattenfall a engagé en mai 2012 contre l'Allemagne, une procédure de règlement de différend entre investisseurs et États, comme le prévoit le Traité sur la Charte de l'énergie; il demanderait 5 milliards USD, du fait de la décision prise par l'Allemagne d'éliminer progressivement l'énergie nucléaire, en réponse à une opposition généralisée du public allemand à la production d'énergie nucléaire, à la suite de la catastrophe nucléaire intervenue en 2011 à Fukushima au Japon. Le Parlement allemand a modifié la loi sur l'énergie atomique, pour réduire la prolongation de la durée de vie des centrales nucléaires adoptée en 2010, et renoncer à l'utilisation de l'énergie nucléaire à l'horizon 2022. Vattenfall fait valoir que ce changement de politique de l'Allemagne viole ses obligations vis-à-vis des investisseurs étrangers, en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie. Tandis que l'Allemagne s'érige en faux contre la plainte de Vattenfall qu'elle juge "manifestement dénuée de fondement", le tribunal de règlement des différends entre investisseurs et États a décidé en 2013 d'y donner suite.²²

²¹ <http://business-humanrights.org/en/hague-tribunal-rules-for-ecuador-in-investment-arbitration-with-chevron-govt%E2%80%99s-settlement-with-firm-did-not-preclude-oil-pollution-case-by-ecuadorian-plaintiffs>.

²² www.isdscorporateattacks.org/#!/energy/cqoo.

35. *Philip Morris c. Uruguay*. L'OMS a maintes fois mis en garde contre les dangers du tabac pour la santé à l'échelle mondiale, et 180 États ont adhéré à la Convention-cadre pour la lutte antitabac. Selon les estimations, 70 % des 8,4 millions de décès imputables au tabac en 2020 surviendront dans les pays en développement. Un pays qui prend la Convention-cadre très au sérieux est l'Uruguay. Dans un combat de David contre Goliath, le géant du tabac Philip Morris poursuit l'Uruguay en justice, pour ses lois anti-tabac. En 2013, l'Uruguay a enregistré un produit intérieur brut (PIB) de 55,7 milliards USD environ, alors que la même année, les revenus de Philip Morris se sont chiffrés à 80,2 milliards. Philip Morris exige de l'Uruguay un dédommagement de 25 millions USD. Si l'entreprise obtient gain de cause, la campagne antitabac de l'OMS serait gravement compromise.²³ Une décision du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements est attendue plus tard dans l'année 2015.

36. *Philip Morris c. Australie*²⁴. Il s'agit d'une affaire similaire sur le fond, mais sur le plan de la procédure, elle démontre l'abus de droit qui prévaut dans le système de règlement des différends entre investisseurs et États. Pour pouvoir poursuivre l'Australie en justice, Philip Morris a créé une société écran à Hong Kong, en vue de tirer parti du traité d'investissement bilatéral entre Hong-Kong et ce pays.²⁵

37. *Vodafone c. Inde*²⁶. Par le biais de sa filiale hollandaise, Vodafone poursuit l'Inde pour 2 milliards USD, pour des taxes imposées par ce pays au titre d'activités menées par l'entreprise dans un paradis fiscal (îles Caïmans), alors que tous ses actifs se trouvent en Inde. La question est de savoir si un État peut adopter une législation visant à mettre fin à l'évasion fiscale, en s'appuyant sur la règle anti-évitement générale de la loi de finances 2012.

A. Contradiction avec les textes législatifs régionaux, les décisions des tribunaux des droits de l'homme et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs

38. Les contradictions entre les décisions de règlement des différends entre investisseurs et États, et les lois de l'Union européenne, ont conduit à une situation d'incertitude juridique et des obligations conflictuelles pour les États membres. Dans l'affaire *Micula c. Roumanie*, il s'agit d'une société suédoise qui avait investi en Roumanie avant l'accession de ce pays à l'Union européenne. L'entreprise bénéficiait des mesures incitatives offertes par le Gouvernement de la Roumanie. Toutefois, ayant accédé à l'Union européenne et soucieuse de se conformer aux règles relatives à l'assistance publique, la Roumanie mit fin à son programme d'incitations. Micula intenta alors une action en justice contre la Roumanie en vertu du Traité d'investissement bilatéral entre la Roumanie et la Suède. Le Tribunal des règlements des différends entre investisseurs et États accorda à titre d'indemnisation

²³ www.who.int/fctc/signatories_parties/en/. www.triplepundit.com/2015/04/philip-morris-vs-uruguay-lawsuit-a-threat-to-smoking-restrictions-worldwide/. www.italaw.com/cases/460.

²⁴ *Philip Morris Commonwealth Asia Limited v. Australia*, Order of the High Court of Australia (Tobacco Plain Packaging Act.) www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1103.pdf, www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging.

²⁵ www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_en.pdf.

²⁶ www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB3_India's-Experience-with-BITs_ENdf.

un montant de 250 millions USD à Micula, pour violation de l'accord d'investissement. En 2014, L'Union européenne servit une injonction à la Roumanie, lui ordonnant à titre provisoire de ne pas verser l'indemnisation, pour ne pas aller à l'encontre de la législation européenne. Cette situation illustre le risque encouru par les États membres lorsqu'ils adaptent leur législation aux normes de l'Union européenne.²⁷

39. Dans l'affaire de la mine de Marlin exploitée par la société Goldcorp au Guatemala, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que la mine devait être fermée, en raison du danger pour la santé que pose son fonctionnement. Toutefois, suite à de fortes pressions, la recommandation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a été retirée, bien que l'affaire soit pendante devant les tribunaux sur la base de l'incapacité d'obtenir l'absence de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.²⁸ Dans l'affaire de la mine de Mayoc au Pérou, la Cour a déclaré la communication recevable, mais n'a pas ordonné la suspension des opérations, en dépit des dangers pour la santé des communautés autochtones de la région.²⁹ Dans d'autres affaires relatives à l'exploitation de mines, les forces militaires ont été utilisées la plupart du temps contre des populations autochtones, pour réprimer les protestations publiques.

40. Dans le litige en cours entre *Chevron et l'Équateur*, les arbitres du règlement des différends entre investisseurs et États, ont maintes fois intimé l'ordre à la direction en Équateur, d'interdire l'exécution de la loi telle que prévue par les plus hautes instances judiciaires du pays. Ceci équivaut à un démantèlement des contrôles et contrepoids, et à une violation de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. S'il y a une chose qui est contraire aux bonnes mœurs, c'est bien cette attaque contre l'état de droit et la séparation constitutionnelle des pouvoirs.

B. Effet paralysant

41. Dans son rapport 2014 à l'Assemblée générale (A/69/299), le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et de la santé mentale, souligne que les États sont vulnérables aux procédures de règlement des différends lorsqu'ils accordent la priorité aux obligations qui leur incombent en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et, ce faisant, violent une obligation en vertu d'un accord international d'investissement. C'est ce qui s'est produit lorsque la société Éthyle a formé un recours contre la décision de santé publique prise par le Gouvernement du Canada, en vue d'interdire la commercialisation d'un additif de carburant, produit par l'entreprise susmentionnée.³⁰ Le Canada choisit de se plier, en raison du coût élevé de l'arbitrage et par crainte d'une décision défavorable. Ceci montre comment la simple existence d'un règlement de différend entre investisseurs et États, peut avoir

²⁷ www.beuc.eu/blog/the-micula-case-when-isds-messes-with-eu-law/.

²⁸ <https://intercontinentalcry.org/inter-american-commission-on-human-rights-gives-in-to-pressure-from-guatemala/>; www.oas.org/en/iachr/indigenous/protection/precautionary.asp; http://en.centralamericadata.com/en/article/home/Temporary_Closure_of_Marlin_Mine_Ordered_in_Guatemala, http://en.centralamericadata.com/en/search?q1=content_en_le:%22Inter-American+Commission+on+Human+Rights+%28IACHR%29%22.

²⁹ www1.umn.edu/humanrts/cases/69/04.html.

³⁰ Ethyl Corporation c. Canada, décision rendue le 24 juin 1998.

un effet paralysant sur ces derniers, et les empêcher de s'acquitter de leurs obligations en matière de droit à la santé.³¹ Ces différends peuvent également épuiser les ressources des États et les priver ainsi des moyens dont ils ont besoin pour réaliser progressivement certains aspects du droit à la santé. Le fait que les accords internationaux d'investissement sont considérés comme un corpus juridique distinct et ne contiennent souvent aucune référence au droit à la santé, contrevient à l'ordre public. En conséquence, ils devraient être interprétés de manière à ne pas enfreindre la législation sur les droits de l'homme, car "tant ces traités d'investissement qui visent à stimuler le développement cette législation, que les lois sur les droits de l'homme, ont pour objectif commun de satisfaire les populations" (A/69/299, par. 45 et 55).

42. L'étude réalisée en 2003 par la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme mentionnée plus haut, avait signalé les abus des droits de l'homme perpétrés par des tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États (E/CN.4/Sub.2/2003/9, par. 32). Ce rapport cite de nombreux exemples de l'effet paralysant, y compris l'action inconcevable engagée par Ethyl Corporation contre le Canada, ce qui illustre la façon dont les ressources publiques sont gaspillées dans le cadre de litiges, et de quelle manière les mesures légitimes prises par les États ont été mises en échec par le règlement des différends entre investisseurs et États.³²

43. L'affaire *Philip Morris c. Uruguay* se serait probablement terminée par le retrait de l'Uruguay. A la perspective de payer aux avocats contractuels 1 500 USD de l'heure pendant plusieurs années, le Président José Mujica a pratiquement réglé la demande, et n'a décidé de défendre les lois de l'Uruguay qu'après une protestation de l'ancien Président Vázquez, et que l'ancien maire de la ville de New York, Michael Bloomberg a décidé de participer au financement des honoraires des avocats de la défense du pays³³. C'est ainsi que fut créé un fonds international pour la défense des affaires de règlement des différends entre investisseurs et États, à l'image du Fonds d'affectation spéciale pour le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).³⁴

44. Il a été signalé que la simple menace d'une plainte auprès d'un tribunal de règlement des différends entre investisseurs et États a dissuadé le Canada d'interdire l'utilisation des mots "léger" et "doux" dans sa législation contre le tabagisme.³⁵

45. Comme l'affirme un ancien fonctionnaire canadien, la réglementation sur l'environnement a également fait l'objet d'attaques au Canada: "j'ai vu des lettres de cabinets d'avocats de New York et Washington adressées au Gouvernement canadien sur pratiquement toute nouvelle règle sur l'environnement [...] La quasi-

³¹ D. Gantz, "The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, No. 4 (2003), p. 684.

³² L'affaire Ethyl Corporation (1996-1998) est discutée dans *Private Rights, Public Problems*, p. 71 et 72.

³³ R Stumberg "Safeguards for tobacco control: options for TPPA", *American Journal of Law and Medicine*, vol. 39, No. 2 et 3 (2013), p. 382-441 TPPA signifie "Accord de partenariat transpacifique".

³⁴ www.acwl.ch/e/disputes/tech_exp_fund.html.

³⁵ www.citizen.org/documents/NAFTAREport_Final.pdf.

totalité des nouvelles initiatives a été prise pour cible et la plupart d'entre elles n'a jamais vu le jour."³⁶

46. Les menaces d'actions en justice coûteuses contre les gouvernements sont plus fréquentes que les réclamations effectives. Ainsi, considéré au départ comme un bouclier protégeant les entreprises face au comportement prétendument injuste des États, le règlement des différends entre investisseurs et États s'est transformé en arme tactique pour retarder, affaiblir et tuer les règles. En fait, les cabinets d'avocats spécialisés encouragent leurs clients multinationaux à soumettre les gouvernements par la peur: "c'est un outil de persuasion en ce sens qu'il permet de dire 'vous faites cela, et nous vous poursuivons pour obtenir réparation'. Il permet effectivement de modifier les comportements dans certains cas."³⁷

C. Impartialité douteuse des tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États

47. Les détracteurs des tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États estiment que nombre d'arbitres et d'entreprises sont trop proches les uns des autres pour inspirer confiance. Un exemple frappant de dysfonctionnement de la procédure d'annulation pour conflit d'intérêts est fourni par l'affaire *Vivendi c. Argentine*.³⁸

48. L'Argentine a déclaré que l'un des arbitres, Gabrielle Kaufmann-Kohler, était membre du Conseil d'administration et du Comité de la responsabilité des entreprises de la banque suisse UBS, qui était l'unique principal actionnaire de Vivendi. Ce pays a fait valoir en outre que M^{me} Kaufmann-Kohler était partiellement rémunérée avec des actions d'UBS. S'il est vrai que l'Argentine a reconnu que toute question concernant la capacité d'un arbitre doit être soulevée pendant la procédure arbitrale, dans le cas d'espèce, il n'a pas été possible de le faire parce que l'Argentine n'a appris l'existence de ces faits et les circonstances ayant une incidence sur sa capacité de servir en tant qu'arbitre qu'en novembre 2007, après le prononcé de la sentence, le 20 août de la même année. Certes, le Comité d'examen s'est montré critique par rapport au jugement rendu par l'arbitre, et a convenu avec l'Argentine que le Tribunal n'était pas dûment constitué, et que la demande d'annulation en vertu de l'article 52 (1) a) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et Nations d'autres États pouvait être appuyée, mais il a décliné l'annulation de la sentence, en faisant valoir que: a) l'exercice du jugement indépendant de l'arbitre n'était pas affecté; b) il serait injuste de priver les requérants du bénéfice de la sentence, en raison des manquements de l'arbitre; et c) il doit être mis un terme à la longue procédure. Cette affaire jugée par le Centre International de règlement des différends relatifs aux investissements, montre que les règlements dudit centre ne suffisent pas pour faire face à des conflits d'intérêts.

49. En l'état actuel de la procédure d'annulation du Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement, même les sentences arbitrales

³⁶ <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>.

³⁷ Ibid.

³⁸ www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf.

sans fondement ne peuvent pas être annulées. Un réexamen sur le fond, n'est pas autorisé; Le réexamen est limité aux raisons, comme la constitution irrégulière ou la corruption du tribunal arbitral, une déviation grave d'une règle de procédure fondamentale, l'incapacité de donner les raisons de la sentence, ou un abus de pouvoir manifeste. Par conséquent, le Comité d'annulation du Centre international peut se trouver dans l'impossibilité d'annuler ou de rectifier une sentence, même après avoir identifié des erreurs de droit manifestes.³⁹

50. Pour contrecarrer les abus des règlements de différends entre investisseurs et États, les tribunaux nationaux doivent empêcher l'exécution des sentences, lorsqu'elles sont contraires aux politiques publiques de leurs pays. Cette "exception des politiques publiques" à l'exécution des sentences arbitrales est prévue par l'article V (2) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (Convention de New York), et la Loi type sur l'arbitrage commercial international de 1985 de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)⁴⁰. Les règles et codes de conduite devraient être activés contre les abus en matière de règlement des différends entre investisseurs et États, en vue d'éliminer l'impunité qui caractérise ces règlements.⁴¹ Les avocats dont il est établi qu'ils ont bénéficié directement ou indirectement des sentences prononcées, par exemple lorsqu'ils sont par la suite engagés par les mêmes investisseurs qu'ils représentaient, doivent faire l'objet d'une enquête et, le cas échéant, radiés de l'ordre des avocats. Des enquêtes en cas de manquement à la déontologie devraient être systématiquement menées dans les activités des cabinets d'avocats et des arbitres, en vertu des règles établies sur les conflits d'intérêts et l'association de malfaiteurs.

51. Il ne fait aucun doute que les accords internationaux d'investissement doivent être réexaminés de façon à s'assurer de leur compatibilité avec le droit international moderne, en particulier, qu'ils reconnaissent la primauté de la Charte des Nations Unies, conformément à l'Article 103. Inéluctablement, la conclusion est que si les accords internationaux d'investissement peuvent être réformés de manière à promouvoir les droits de l'homme et le développement durable, les tribunaux arbitraux de règlement des différends entre investisseurs et les États présentent ontologiquement et conceptuellement des lacunes, et ne résistent pas à l'épreuve de la compatibilité avec la Charte et les normes des droits de l'homme. Les enseignements tirés de l'expérience des dernières décennies montrent que les bonnes pratiques sont rares dans le règlement des différends entre investisseurs et États, et que le mal causé par ce système justifie son l'abolition. Il se pose une autre question relative à la responsabilité pénale des investisseurs et des sociétés multinationales, lorsque leurs activités causent de graves dommages à l'environnement, polluent les ressources en eau, compromettent la santé publique, détruisent la sécurité alimentaire ou donnent lieu à des transferts massifs de populations - dans le cadre des méga projets de développement par exemple - qui se soldent parfois par la violence et la mort. Une loi pénale internationale dans ce

³⁹ CNUCED, *Rapport 2013 sur l'investissement dans le monde*.

⁴⁰ "Winnie Ma, "Public policy in the judicial enforcement of arbitral awards", thèse de doctorat en science juridiques, Bond University, Australie, 2005.

⁴¹ C. Olivet et P. Eberhardt, *Profiting from crisis: How Corporations and Lawyers are Scavenging Profits from Europe's Crisis Countries* (Amsterdam/Brussels), Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, 2014 Consulter aussi www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy.

domaine est en train de voir le jour graduellement.⁴² Jusqu'ici, le règlement des différends entre investisseurs et États semblait échapper allégrement à ces considérations.

52. L'argument le plus fondamental contre le règlement des différends entre investisseurs et États est qu'il renverse l'état de droit laborieusement construit au cours des deux derniers siècles, en essayant de privatiser la justice. La création d'un système parallèle de règlement des différends, qui ne serait pas transparent, responsable, ou même indépendant ne saurait être tolérée. En outre, les investisseurs ne souffrent d'aucune injustice puisqu'ils ont des options de recours valides et peuvent toujours s'appuyer sur un système national d'administration de la justice qui fonctionne, ou la protection diplomatique.

V. Perspectives

53. "L'arbitrage en matière d'investissement sous sa forme actuelle, n'est pas une méthode équitable, indépendante et équilibrée de règlement des différends entre nations souveraines et investisseurs privés."⁴³

54. Au menu des actions de la CNUCED énoncées dans le *Rapport 2014 sur l'investissement dans le monde*, figurent plusieurs options de réforme, mais ce document ne va pas jusqu'à recommander l'abolition du règlement des différends entre investisseurs et États. L'Expert indépendant est convaincu que le maintien de ce système n'est pas une option et estime qu'il doit être aboli du fait de ses lacunes fondamentales et de ses incidences négatives sur les droits de l'homme, et du fait que son fonctionnement a bouleversé l'ordre international en affaiblissant les États, en empiétant sur leurs champ réglementaire, et en aggravant l'inégalité et l'injustice dans le monde. Des antécédents d'abus de la part des arbitres et des pratiques d'interprétation allant bien au-delà des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, vicient le système. Les nombreuses conclusions des organismes des Nations Unies, y compris le Rapport 2003 de la Sous-Commission et les rapports de plusieurs titulaires de mandat au titre des procédures spéciales, sont restées lettres mortes, étant donné que les arbitres ont poursuivi leur pratique

⁴² www.chathamhouse.org/event/corporate-responsibility-international-crimes.
www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_publication_docs/INTA91_1_03_Ainley.pdf. A une importante conférence internationale tenue du 20 au 24 juillet 2015 à la faculté de droit de l'Université de Jaén, Espagne, sur les questions de lutte contre les délits économiques et la compétence universelle, dont une table ronde intitulée "Crímenes económicos y financieros" avec comme modérateurs le juge Baltasar Garzón et le professeur Carmen Márquez, les participants se sont accordés à reconnaître que certains délits économiques ont des conséquences telles que leur soumission à la compétence universelle est justifiée. Voir également C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2002) L. Kaplan "Some reflections on corporate criminal responsibility", discours devant le New York State Bar Association, 24 janvier 2007. Madrid Principles on Universal Jurisdiction, consulter: <https://ujprinciples.wordpress.com/principles/>.

⁴³ Cité à http://works.bepress.com/matthew_rimmer/178/ et souligné dans une lettre ouverte signée par une centaine de professeurs de renom, de juges et d'avocats de pays du partenariat transpacifique, dont la juge Elizabeth Evatt, ancien membre du Comité des droits de l'homme, invitant au rejet du système de règlement des différends entre investisseurs et États. Consulter <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>

d'interprétation extensive et de mépris des incidences sur les droits de l'homme.⁴⁴ Sur la base de la doctrine de l'abus des droits et de l'interdiction d'accords contraires aux bonnes mœurs, le règlement des différends entre investisseurs et États devrait être aboli, en même temps que les "clauses de survie", qui prévoient la poursuite de l'application des traités après leur cessation. La doctrine de la divisibilité peut être invoquée à cette fin, sans pour autant que l'ensemble des accords internationaux d'investissement soit abandonné.

55. Le règlement des différends entre investisseurs et États peut être remplacé par l'une quelconque des options ci-après, ou une association de ces mesures:

a) la création d'un tribunal international des investissements, avec des juges qui seraient non seulement tenus de prendre en considération, mais d'accorder la priorité à la Charte et aux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme; un tribunal qui aurait compétence pour examiner les actions intentées contre les États et par ces derniers contre les investisseurs, et autoriserait des demandes reconventionnelles mutuelles. En tant que tribunal international permanent des investissements, il remplacerait le système des multiples tribunaux arbitraux spéciaux, avec une seule et même structure institutionnelle. Il serait créé par voie de traité et pourrait avoir des liens institutionnels avec les Nations Unies, à l'instar du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale. Ce tribunal pourrait même être intégré au système des Nations Unies, conformément aux articles 57 et 63 de la Charte, comme par exemple, un tribunal mondial des droits de l'homme ou à un tribunal mondial sur l'environnement à créer. Les juges seraient nommés ou élus par les États sur une base permanente. Mieux, le Tribunal international des investissements aurait une Chambre d'appel.

b) Un mécanisme de règlement des différends entre les États similaire à celui de l'OMC. En vertu de cette procédure, l'État d'origine jouirait d'un pouvoir discrétionnaire quant à la présentation ou non d'une réclamation, et les États décideront du tribunal qui doit examiner l'affaire, par exemple, la Cour internationale de justice ou des tribunaux spéciaux avec des chambres d'appel;

c) le recours exclusif aux instances nationales pour la résolution des différends. Cette option permettrait d'abolir le droit des investisseurs à poursuivre les États d'accueil devant des tribunaux internationaux, et de les orienter vers la juridiction adéquate des pays où ils opèrent et font du profit. C'est là l'essence de la doctrine Calvo.⁴⁵

56. L'Expert indépendant souscrit aux conclusions du Rapporteur spécial sur le droit à la santé qui figurent dans son précédent rapport à l'Assemblée générale, en particulier celle selon laquelle même si les accords internationaux d'investissement

⁴⁴ A/69/299, A/HRC/19/59.Add.5, A/HRC 25/57 et le prochain rapport de l'Expert indépendant sur l'impact de la dette extérieure et autres obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels et celui du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones à la présente session de l'Assemblée générale.

⁴⁵ P. Juillard, "Calvo Doctrine/ Calvo Clause, dans Wolfrum, P.1086-1093 (2012). Voir aussi Commission du droit International, "Troisième rapport sur la protection diplomatique par John Dugard, Rapporteur spécial" (2002) (A/CN.4/523/Add.1); C. Dalrymple, "Politics and foreign direct investment; the Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause", *Cornell International Law Journal*, vol. 29, No. 1 (1996), p. 1161-1189.

peuvent contribuer au développement économique d'un pays, les États doivent veiller à ce que la protection des droits de l'homme, notamment le droit à la santé, soit dûment prise en considération dans ces accords.

Le respect, la protection et le plein exercice des droits de l'homme doivent être garantis en permanence, et demeurer l'objectif premier de toutes les mesures prises par les États. Aussi, les accords internationaux d'investissement devraient-ils énoncer expressément les obligations incombant aux États en matière de droits de l'homme, lesquelles devraient pouvoir primer sur les droits des investisseurs dans des cas bien précis.

L'on ne saurait subordonner aux droits contractuels des investisseurs, la capacité qu'ont les particuliers de jouir de leur droit à la santé, qui est essentiel à la dignité de la personne (A/69/299, par. 57-58).

57. L'Expert indépendant souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle

L'ampleur des violations commises par les sociétés multinationales et la facilité avec laquelle elles peuvent se soustraire à leurs responsabilités, plaident en faveur de la mise en place d'un mécanisme international chargé de faire comparaître celles qui sont coupables d'atteintes aux droits de l'homme. Un tel mécanisme devrait venir à l'appui des législations nationales et n'aurait pas vocation à les affaiblir. Il devrait permettre aux États et aux personnes de demander des comptes aux sociétés multinationales responsables de violations des droits de l'homme (Ibid., par. 38).

58. L'Expert indépendant conclut que l'abolition du règlement des différends entre investisseurs et États n'est pas une injustice pour les investisseurs, qui peuvent encore se prévaloir des tribunaux nationaux ou du mécanisme éprouvé de la protection diplomatique. En outre, la Banque mondiale offre une assurance contre les risques, et cela devrait être considéré comme une charge normale dans l'exercice de l'activité économique. Malgré l'imposition de certaines limites nécessaires sur les dogmes hybrides du fondamentalisme du marché et la doxologie du libre-échange, les investisseurs devront continuer à faire des profits substantiels, précisément en acceptant les principes de transparence, de responsabilité et autres règles raisonnables axées sur le public, et veiller au maintien d'un système de marché libre vigoureux, allant de pair avec le développement durable.

VI. Recommandations

59. A la lumière des obstacles à un ordre international démocratique et équitable énoncés ci-dessus, l'Expert indépendant se réfère au Plan d'action qu'il avait formulé dans le rapport présenté au Conseil des droits de l'homme (A/HRC/30/44, sect. VII) et propose de nouvelles recommandations.

A. Aux États

60. Les États devraient abolir le système de règlement des différends entre investisseurs et États et le remplacer par un tribunal international chargé des questions d'investissements, le règlement d'État à État devant la Cour

internationale de Justice, ou par des tribunaux nationaux liés par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

61. Les États devraient s'efforcer de modifier ou d'annuler les accords internationaux d'investissement actuels et s'abstenir d'en conclure d'autres comportant des dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États. Avant d'en conclure de nouveaux, les États devraient s'assurer qu'il a été procédé à des évaluations ex ante indépendantes des répercussions sur les droits de l'homme, la santé et l'environnement. Des évaluations effectuées a posteriori doivent être prévues.

62. Les États devraient s'appuyer sur la législation nationale et le droit international, notamment le droit pénal, pour supprimer les infractions économiques, la spéculation financière et bancaire, appliquer et renforcer le principe de précaution au titre de la protection de la santé publique et de l'environnement, et appliquer rigoureusement les normes environnementales et sanitaires.

63. Les États devraient prendre des sanctions pénales contre la criminalité à col blanc et la corruption. Ils devraient ratifier la Convention des Nations Unies contre la corruption.

64. Les États devraient parachever l'élaboration et l'adoption d'une convention juridiquement contraignante qui porte sur les responsabilités sociales des entreprises, et renforcer la mise en œuvre des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ainsi que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

65. En attendant l'abolition du règlement des différends entre investisseurs et États, ces derniers devraient mettre en place un fonds pour la défense des affaires de règlement des différends entre investisseurs et États, conçu sur le modèle du Centre consultatif sur la législation de l'OMC.

B. À l'Assemblée générale

66. L'Assemblée générale pourrait envisager d'inviter la CNUCED à convoquer une conférence pour réviser ou annuler les accords internationaux d'investissement ayant donné lieu à des violations des droits de l'homme.

67. L'Assemblée générale pourrait envisager de charger le Conseil des droits de l'homme d'une mission spécifique concernant le suivi périodique des effets néfastes du régime de l'investissement international sur la jouissance des droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, par exemple en élargissant la portée des vérifications au titre de l'examen périodique universel.

68. L'Assemblée générale pourrait examiner les moyens de mettre en œuvre l'initiative de l'Organisation internationale du Travail et de la Banque mondiale concernant la protection sociale universelle, et fournir un financement adéquat à cet égard⁴⁶.

⁴⁶ http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_380841/lang--fr/index.htm.

69. L'Assemblée générale pourrait envisager de mettre en place une Commission chargée de suivre les effets qu'ont les sentences arbitrales sur l'obligation primordiale des États de promouvoir et de protéger les droits de l'homme.

70. Consciente que la Cour internationale de Justice, organe judiciaire suprême de l'Organisation des Nations Unies, peut faire une déclaration faisant autorité sur les accords internationaux d'investissement, y compris le règlement des différends entre investisseurs et États, l'Assemblée générale peut, en vertu de l'article 96 de la Charte des Nations Unies, demander un avis consultatif sur:

a) les conséquences juridiques de la préséance de la Charte des Nations Unies sur tous les autres traités, en application de son Article 103, en particulier en ce qui concerne les accords internationaux d'investissement et les sentences arbitrales issues des règlements des différends entre investisseurs et États;

b) la préséance des instruments internationaux des droits de l'homme, y compris les pactes internationaux et les conventions de la FAO, de l'OIT, de l'UNICEF et de l'OMS, sur les autres obligations conflictuelles des accords de commerce et d'investissement;

c) l'application des normes du droit international coutumier à des acteurs non étatiques, notamment le respect de la souveraineté et l'indépendance des États, et l'interdiction de toute ingérence dans des questions qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États;

d) la responsabilité de l'État d'origine ou d'accueil concernant les actes commis par une société transnationale enregistrée ou opérant sur son territoire;

e) le champ d'application de la souveraineté de l'État et l'obligation ontologique qu'a chaque État de légiférer et de réglementer pour le bien-être de la population, en particulier en ce qui concerne l'obligation qui lui incombe en vertu des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, de ne pas régresser dans la protection des droits de l'homme et de ne pas laisser les acteurs extérieurs lui dicter ses politiques fiscale, budgétaire ou sociale, ou relative à l'emploi, la santé, l'éducation et l'environnement;

f) l'application de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux accords d'investissement comportant des dispositions contraires aux bonnes mœurs ou enfreignant le *jus cogens*;

g) le statut juridique des systèmes de justice privatisés, qui ne sont ni transparents, ni comptables ou dont les décisions ne sont pas susceptibles d'appel, notamment à la lumière de l'article 14 de la Convention du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; la question de la compatibilité des tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États, avec le principe de la primauté du droit; l'obligation faite aux arbitres des règlements des différends entre investisseurs et États de prendre en considération les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme;

h) la validité des sentences de règlement des différends entre investisseurs et États, la nécessité de la possibilité d'appel et les conséquences de la nullité *ex tunc*;

i) la primauté de la souveraineté des États sur les tribunaux d'arbitrage et le droit des États souverains de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale qui entraîne des violations des droits de l'homme;

j) le droit des États tiers de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale qui est contraire aux bonnes mœurs, nonobstant les dispositions de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères;

k) l'obligation faite aux États de modifier ou résilier les accords internationaux d'investissement qui ont entraîné des violations des droits de l'homme ou sont de nature à le faire;

l) les modalités de modification ou de résiliation des accords bilatéraux et multilatéraux de libre-échange et des accords d'investissement, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'application du principe de la divisibilité;

m) la responsabilité des tribunaux d'état d'enquêter sur la corruption et la collusion dans le règlement des différends entre investisseurs et États, et d'imposer des dommages-intérêts punitifs aux investisseurs qui se livrent à des requêtes futiles ou abusives contre les compétences de l'État en matière de réglementation.

C. Aux sociétés multinationales

71. Dans ce monde étroitement lié et interdépendant du XXI^e siècle, affligé par la pauvreté extrême et où la croissance démographique présage de menaces à la sécurité alimentaire et à l'environnement, de la raréfaction de l'énergie etc., la solidarité internationale devrait se traduire par des actions concrètes. Les entreprises devraient consacrer une part plus importante de leurs profits à la promotion des droits de l'homme dans les pays où elles opèrent. Elles devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que leurs activités ne portent pas atteinte à l'environnement, ne polluent pas, ne limitent pas l'accès aux médicaments génériques, etc. Elles doivent se conformer aux règles nationales et internationales aux termes desquelles le public doit être informé des dangers de la consommation de tabac, d'organismes génétiquement modifiés, de l'élimination des déchets, de la pollution de l'eau, etc.

72. Les sociétés multinationales qui sont touchées par des sanctions unilatérales, condamnées par l'Assemblée générale et le Conseil des droits de l'homme, devraient éprouver leur validité devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, ci-après dénommée la CNUDCI, ou le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements et/ou invoquer les clauses pertinentes des traités d'amitié, de commerce et de navigation, avant de soumettre les différends à la Cour internationale de justice.

D. A la société civile

73. Compte tenu des graves carences démocratiques des accords internationaux d'investissement, en particulier le secret qui entoure leur élaboration et leur négociation, l'exclusion des principales parties prenantes et les incidences néfastes sur les droits de l'homme des accords internationaux d'investissement et de règlement des différends entre investisseurs et États, la société civile devrait exiger la tenue de référendums publics pour tous les futurs accords internationaux d'investissement, notamment les traités bilatéraux d'investissement, le partenariat transpacifique, l'accord de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement et l'Accord sur le commerce des Services, et que des référendums soient organisés sur la révision urgente ou la résiliation des accords internationaux d'investissement, y compris l'ALENA et l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (CAFTA).

74. Les personnes et les groupes devraient soumettre les cas de violations des droits de l'homme du fait de l'application des accords internationaux d'investissement, au Tribunal régional des droits de l'homme, et les dénoncer dans les médias sociaux.

75. La société civile devrait exiger l'élargissement de la notion de crime contre l'humanité aux crimes économiques qui entraînent la destruction d'écosystèmes ou de graves perturbations financières, suite à la manipulation des marchés de produits de base, ou la spéculation sur les monnaies ayant de graves conséquences pour des millions de personnes.

VII. Post-scriptum

76. L'Expert indépendant constate pour s'en réjouir, qu'une reconnaissance accrue de sa mission a suscité une plus forte adhésion des gouvernements, des organisations non gouvernementales, de la société civile et des milieux universitaires. Il se félicite des contacts avec les différentes parties prenantes et se réjouit à la perspective de collaborer avec elles lors de la prochaine année à l'étude.

77. Enfin, l'Expert indépendant tient à renouveler ses remerciements au personnel du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) pour son dévouement et sa compétence, et invite l'Assemblée générale à lui allouer davantage de ressources.

78. L'Expert indépendant conclut sur une note d'optimisme quant à la possibilité de créer, dans un esprit de bonne volonté et de solidarité internationale, un ordre international pacifique, démocratique et équitable. Des obstacles de taille doivent être surmontés, notamment les mythologies et les fondamentalismes du marché. Une analyse éclairée a été faite par l'archevêque Silvano Tomasi au nom du Saint-Siège, lors de la neuvième Conférence ministérielle de l'OMC, tenue en décembre 2013 à Bali (Indonésie):

“Tandis qu'une minorité connaît une croissance exponentielle de la richesse, le fossé ne cesse de se creuser, la grande majorité restant en marge de la prospérité dont jouissent quelques rares privilégiés. Ce déséquilibre est le résultat des idéologies qui défendent l'autonomie

absolue du marché et la spéculation financière. Par conséquent, il y a un rejet catégorique du droit des États, qui ont la charge de veiller sur le bien commun, d'exercer toute forme de contrôle. Une nouvelle tyrannie est ainsi née, invisible et souvent virtuelle, qui, de manière unilatérale et implacable, impose ses propres lois et règles. Pire, ces politiques sont parfois inscrites dans des règles commerciales négociées à l'OMC ou des accords de libre-échange bilatéraux ou régionaux. Par ailleurs, la dette et de l'accumulation des intérêts ne permettent pas aux pays de tirer pleinement parti du potentiel de leurs économies et empêchent les citoyens de jouir de leur pouvoir d'achat réel. A tout cela s'ajoute la corruption à grande échelle et l'évasion fiscale pour profit personnel, qui ont pris une dimension planétaire. La soif de pouvoir et de biens ne connaît pas de limites. Dans ce système, qui tend à dévorer tout ce qui se dresse sur le chemin de l'accroissement des profits, tout ce qui est fragile, comme l'environnement, se retrouve sans défense face aux intérêts d'un marché déifié, qui devient la seule règle.⁴⁷

⁴⁷ www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/stat_e/vat.pdf.