



Assemblée générale

Distr. générale
14 juillet 2015
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Trentième session

Point 3 de l'ordre du jour

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

Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, Alfred-Maurice de Zayas*

Résumé

Le présent rapport étudie les effets sur l'ordre international s'exerçant au détriment des droits de l'homme des accords internationaux d'investissement, des accords bilatéraux d'investissement et des accords multilatéraux de libre-échange tant sous l'angle procédural, autrement dit la façon dont ces accords sont élaborés, négociés, adoptés, que du point de vue du fond, principalement de leur constitutionnalité et de leurs incidences sur la gouvernance démocratique, notamment sur l'exercice des fonctions réglementaires de l'État concernant la promotion des droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux. Il recommande d'évaluer les effets *ex ante* et *ex post* sur les droits de l'homme, la santé et l'environnement, et propose un plan d'action en vue d'un changement systémique.

Du fait que tous les États sont liés par la Charte des Nations Unies, tous les accords doivent s'y conformer, en particulier aux Articles premier, 2, 55 et 56. S'il est vrai que la mondialisation peut contribuer aux droits de l'homme et au développement, l'expérience montre que les droits de l'homme ont souvent été subordonnés aux dogmes d'un fondamentalisme de marché centré davantage sur les profits que sur un développement durable. L'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose qu'« 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 ». Dès lors, les accords internationaux d'investissement et les accords sur le règlement des différends entre investisseurs et États doivent satisfaire au critère de conformité à la Charte des Nations Unies et ne doivent jamais porter atteinte à la fonction ontologique de l'État consistant à garantir le bien-être de toutes les personnes placées sous sa juridiction, ni entraîner de régression dans le domaine des droits de l'homme. Les accords ou les sentences arbitrales qui ne s'y conforment pas sont incompatibles avec l'ordre public international, et peuvent être considérés

* L'annexe au présent rapport est distribuée telle qu'elle a été reçue, dans la langue originale seulement.



comme contraires aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités et comme nuls car allant *contra bonos mores*.

Un droit international coutumier des droits de l'homme se dessine, témoignage d'un consensus sur le fait que les dispositions relatives aux droits de l'homme figurant dans les accords internationaux, notamment dans les conventions de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), constituent un régime juridique international contraignant ayant des effets *erga omnes*. L'Expert indépendant invite les comités d'experts de l'ONU, ainsi que les tribunaux régionaux des droits de l'homme à réaffirmer que les traités relatifs aux droits de l'homme priment les autres traités. Il invite également l'Assemblée générale et des institutions spécialisées des Nations Unies telles que l'OIT et l'OMS à saisir la Cour internationale de Justice des questions juridiques pertinentes pour avis consultatif. Il invite aussi le Conseil des droits de l'homme, dans le cadre de l'Examen périodique universel, et l'ensemble des titulaires de mandat au titre des procédures spéciales à examiner la conformité de ces traités avec les normes des droits de l'homme.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	4
II. Protection des investissements et protection des droits de l'homme	6
III. Le règlement des différends entre investisseurs et États : un problème pour la démocratie et l'état de droit	10
IV. Cadre normatif	14
V. Réforme systémique	16
VI. Perspective	19
VII. Plan d'action	21
VIII. Note	27
Annexe	28

I. Introduction

1. Conformément aux résolutions 18/6, 21/9, 25/15 et 27/9 du Conseil des droits de l'homme, l'Expert indépendant a entrepris de recenser les obstacles à la réalisation d'un ordre international démocratique et équitable, notamment le manque de transparence et de responsabilité (A/HRC/21/45 et A/67/277), l'absence de véritable participation démocratique aux processus décisionnels nationaux et mondiaux (A/HRC/24/38), les pratiques économiques, financières et commerciales asymétriques (A/68/284), les dépenses militaires (A/HRC/27/51) et le déni du droit à l'autodétermination (A/69/272).

2. Dans le présent rapport, l'Expert indépendant examine les répercussions néfastes des accords de libre-échange et des accords d'investissement, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, sur l'ordre international. Le rapport à l'Assemblée générale portera principalement sur les effets des arbitrages liés au règlement des différends entre investisseurs et États. L'Expert indépendant a fait appel aux conseils d'économistes et prêté attention aux rapports d'autres titulaires de mandat au titre des procédures spéciales, dont le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation (A/HRC/19/59/Add.5 et A/HRC/10/5/Add.2); le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible¹, le Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement²; le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté³; l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels⁴; le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats; le Rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association (A/HRC/29/25); l'ancien Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises⁵ et le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (A/HRC/29/28, par. 30 et 31). Il approuve résolument les articles premier à 10 des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011 (A/HRC/17/31, annexe) et le cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies⁶. Il s'est prévalu des observations générales et des observations finales pertinentes des organes conventionnels, notamment du Comité des droits de l'homme, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Comité des droits de l'enfant. Il note avec satisfaction les

¹ A/69/299, A/HRC/11/12 et A/HRC/20/15/Add.2. Voir aussi E/CN.4/2005/51/Add.3 et www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2015/DainiusPuras.pdf.

² « Des violations extraterritoriales peuvent se produire, par exemple, lorsque ... d) les États ne respectent pas les droits de l'homme ou limitent la capacité d'autres pays de se conformer à leurs obligations en matière de droits de l'homme dans le processus d'élaboration, d'application et d'interprétation des accords internationaux de commerce et d'investissement. » (A/HRC/27/55, par. 71).

³ « Les États devraient tenir compte de leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme lors de la conception et de la mise en œuvre de toutes les politiques, y compris les politiques fiscales, budgétaires, monétaires et environnementales, de même que les politiques régissant le commerce international et les investissements. » (A/HRC/21/39, par. 61).

⁴ Juan Pablo Bohoslavsky et Juan Bautista Justo, « The conventionality control of investment arbitrations: enhancing coherence through dialogue », *Transnational Dispute Management*, vol. 10, n° 1 (2013), p. 1 à 12.

⁵ John Ruggie. Voir www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx.

⁶ business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights/un-protect-respect-and-remedy-framework-and-guiding-principles.

diagnostics perspicaces, les conférences récentes et les initiatives de réforme pertinentes de la CNUCED⁷.

3. Les partisans des accords de libre-échange et d'investissement contesteront peut-être l'analyse qui en est proposée dans le présent rapport du fait que l'auteur n'en a pas l'expérience pratique. Les détracteurs ne peuvent cependant délégitimer les recommandations sur les droits de l'homme ici formulées, qui correspondent aux résolutions du Conseil des droits de l'homme relatives au mandat de l'Expert indépendant. Un ordre international d'États souverains et égaux régi par la Charte des Nations Unies, acquis à l'état de droit, à la transparence et à la responsabilité, ne doit pas être compromis par les tentatives d'acteurs privés pour lui substituer un ordre international régi par des sociétés transnationales dépourvues de légitimité démocratique.

4. Le présent rapport préliminaire concernant un sujet complexe et multiforme ne remet pas en question l'axiome selon lequel, en principe, le libre-échange est une bonne chose qui a favorisé le développement pendant des siècles. Un effondrement du commerce peut même amener une contraction économique, comme cela s'est produit avec le déclin de l'Empire romain et le commencement du Moyen Âge. S'il est vrai que les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange peuvent promouvoir les échanges internationaux, c'est faire preuve d'un excès d'optimisme que d'assimiler le commerce à la prospérité ou de soutenir que l'« on pourrait presque dire que le commerce, c'est les droits de l'homme mis en pratique »⁸. Les tarifs douaniers étant déjà peu élevés, est-il nécessaire de les abaisser encore au détriment de la conduite nationale des politiques sociales? L'accent s'est déplacé vers les obstacles autres que d'ordre commercial que de nombreux pays – développés comme en développement – maintiennent pour protéger leur marché intérieur. Certains observateurs affirment que les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange sont des constructions géopolitiques qui n'ont que peu à voir avec la libéralisation des échanges, tandis que d'autres comme le professeur Yash Tandon, mettent en évidence l'histoire du commerce en tant que moyen de domination économique⁹. En tout état de cause, un compromis raisonnable qui permette les investissements étrangers directs tout en garantissant la protection des droits de l'homme¹⁰ est possible, comme il est établi dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ces obligations découlent du droit coutumier et

⁷ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2015, Rapport sur le commerce et le développement, 2014.

⁸ Pascal Lamy [ancien Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)], « Vers un partage des responsabilités et une plus grande cohérence : droits humains, commerce et politique économique », allocution prononcée lors du Colloque sur les droits humains dans l'économie mondiale, Genève, 13 janvier 2010. À consulter à l'adresse suivante : www.wto.org/french/news_e/sppl_e/sppl146_e.htm.

⁹ Yash Tandon, *Trade is War: the West's War against the World* (OR Books, 2015). Voir aussi l'histoire des guerres de l'opium pour forcer la Chine à s'ouvrir au commerce européen dans Jack Beeching, *The Chinese Opium Wars* (Orlando, Florida, Harcourt Brace Jovanovich, 1975); et Susanna Hoe et Derek Roebuck, *The Taking of Hong Kong: Charles and Clara Elliot in China Waters* (Richmond, Surrey, Curzon Press, 1999).

¹⁰ Voir Stephan W. Schill (éd.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010); Joseph François *et al.*, « Reducing transatlantic barriers to trade and investment: an economic assessment », IIDE Discussion Paper No. 20130401 (Institute for International and Development Economics, 2013); V. S. Seshadri, « Trans-Atlantic trade and investment partnership », RIS Discussion Paper No. 185 (New Delhi, Research and Information Systems for Developing Countries, 2013); Jeffrey J. Schott et Cathleen Cimino, « Crafting a transatlantic trade and investment partnership: what can be done », Policy Brief No. PB13-8 (Washington, D.C., Peterson Institute for International Economics, 2013) et U.S. Business Coalition for TPP, « VOICES: Asia-Pacific Policy Experts Support TPP », 28 April 2015, à consulter à l'adresse suivante : tpcoalition.org/voices-asia-pacific-policy-experts-support-tpp-and-tpa.

du droit des traités, en particulier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Par définition, la légitimité de tout État dépend de son aptitude à améliorer le bien-être de la population placée sous sa juridiction. Chaque État régi par l'état de droit doit s'acquitter de cette responsabilité, et aucun État ne peut se défaire d'obligations en matière de droits de l'homme en externalisant ou en privatisant des activités qui sont fondamentalement du ressort de l'État. Avant de conclure des accords internationaux d'investissement, et a posteriori, les États doivent en évaluer les effets sur les droits de l'homme, la santé et l'environnement¹¹.

5. Nombre d'observateurs se sont inquiétés de certains arbitrages de différends entre investisseurs et États qui ont empêché l'État dans les faits d'exercer sa fonction de définition des politiques d'emploi, de santé et d'environnement, et ont eu des effets néfastes sur les droits de l'homme, et à l'égard de tiers également, notamment en bridant l'exercice de la gouvernance démocratique. Les tribunaux d'arbitrage sont des institutions crédibles seulement quand ils fonctionnent d'une manière manifestement indépendante, transparente et responsable, comme le prescrit le paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant les procédures civiles. Les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États ne fonctionnent pas dans un contexte juridique distinct, mais sont liés par les obligations *erga omnes* imposées par le régime international des droits de l'homme¹², qui s'étend à tous les domaines de l'activité humaine, y compris celle émanant des acteurs non étatiques. Des observateurs considèrent que certaines sentences arbitrales sont abusives et manifestement infondées, sans moyen de recours possible.

6. La tension entre des instruments juridiquement contraignants relatifs aux droits de l'homme et le fonctionnement des accords internationaux d'investissement soulève un problème fondamental. Comme le fait observer Bohoslavsky, des règles cohérentes sont nécessaires pour éviter la fragmentation d'un ordre juridique international qui aspire à la légalité et, partant, à la cohérence¹³.

II. Protection des investissements et protection des droits de l'homme

7. « Quand bien même toutes les entreprises du monde en viendraient à considérer que se débarrasser des réglementations serait bon pour leur profitabilité, et quand bien même les négociateurs commerciaux seraient persuadés que de tels accords commerciaux seraient bons pour les échanges et la profitabilité, tous les autres y perdraient beaucoup – tous, c'est-à-dire nous. »¹⁴.

8. Les accords internationaux d'investissement ne sont pas un phénomène nouveau sur la scène internationale. On dénombre actuellement plus de 3 200 accords bilatéraux d'investissement. Après plusieurs années de résultats d'arbitrage obtenus dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États du Centre

¹¹ Voir A/HRC/19/59/Add.5; www.srfood.org/images/stories/pdf/otherdocuments/report_hria-seminar_2010_fra.pdf et www.humanrights.dk/business/impact-assessment.

¹² Bruno Simma and Theodore Kill, « Harmonizing investment protection and human rights: first steps towards a methodology », in Christina Binder *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press, 2009).

¹³ Bohoslavsky (voir note de bas de page 4 ci-dessus), p. 10. Voir aussi le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Annuaire de la Commission du droit international 2006*, vol. II (deuxième partie), par. 251.

¹⁴ Joseph Stiglitz, « On the wrong side of globalization », *New York Times*, 15 mars 2014. Voir aussi la déclaration du Pape François <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-276806-2015-07-10.html>.

international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et d'autres mécanismes, il est devenu évident que la fonction réglementaire de nombreux États et leur capacité de légiférer dans l'intérêt public ont été compromises. Le problème a été aggravé par l'effet restrictif de certaines sentences arbitrales qui ont sanctionné des États pour avoir adopté des réglementations sur la protection de l'environnement, la sécurité alimentaire, l'accès aux médicaments génériques ou la réduction du tabagisme (conformément à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac). La légalité de telles sentences est contestable en ce sens qu'elles sont contraires à l'ordre public national et international, et peuvent être considérées, dans certains cas, comme allant *contra bonos mores*.

9. Les observateurs ont constaté une régression dans la protection des droits, dont ceux à la vie¹⁵, à l'alimentation (A/HRC/25/57), à l'eau et à l'assainissement¹⁶, à la santé, au logement, à l'éducation, à la culture, à l'amélioration des normes du travail, à un système judiciaire indépendant et à un environnement propre, et le droit de ne pas être soumis à une réinstallation forcée. En outre, on peut légitimement craindre que les accords internationaux d'investissement n'aggravent les problèmes de l'extrême pauvreté¹⁷, de la renégociation de la dette extérieure, de la réglementation financière et des droits des peuples autochtones, des minorités, des personnes handicapées et des personnes âgées ainsi que d'autres groupes vulnérables.

10. Le Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme a souligné dans ses rapports que conformément aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, « les États devraient veiller à ce que les ministères, les organismes d'État et autres institutions publiques qui influent sur le comportement des entreprises connaissent les obligations de l'État en matière de droits de l'homme et les observent » (principe 8) et « les États devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement » (principe 9). Dès lors, tous les accords internationaux d'investissement en cours de négociation devraient prévoir une disposition énonçant clairement qu'en cas de conflit entre les obligations d'un État en matière de droits de l'homme et celles que lui imposent d'autres accords, ce sont les instruments relatifs aux droits de l'homme qui priment.

11. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) de 1994, à titre d'exemple, a entraîné une relocalisation des industries manufacturières, provoquant des suppressions d'emplois aux États-Unis (estimées à 850 000 emplois) et la multiplication des centres de montage au Mexique, dits *maquiladoras*¹⁸, où les coûts

¹⁵ Il a y atteinte au droit à la vie lorsqu'une personne décède en raison du manque d'accès aux médicaments du fait que les monopoles pharmaceutiques ont « privatisé les connaissances » et, par le « renouvellement perpétuel » des brevets, retardent ou rendent impossible l'introduction de médicaments génériques nettement moins onéreux. Il y a aussi atteinte au droit à la vie lorsque les moyens de subsistance des agriculteurs et d'autres travailleurs sont détruits par le « libre-échange » sans que les pouvoirs publics ne prennent aucune mesure de protection. Ainsi, les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange ont touché des millions d'agriculteurs indiens et provoqué une nette augmentation des suicides : voir Devinder Sharma, « 'Free' trade killing farmers in India », novembre 2007, à consulter sur le site : www.bilaterals.org/?free-trade-killing-farmers-in.

¹⁶ www.cepal.org/es/publicaciones/3839-proteccion-del-derecho-humano-al-agua-y-arbitrajes-de-inversion; http://cap-net-esp.org/document/document/181/agua_y_saneamiento_tratados_de_proteccion_a_las_inversiones.pdf.

¹⁷ www.globalresearch.ca/the-free-trade-agreements-the-asia-europe-peoples-forum-call-to-action/5416888?print=1.

¹⁸ Voir www.hrw.org/news/1996/08/17/mexicos-maquiladoras-abuses-against-women-workers; sdmaquila.blogspot.ch/2010/02/maquiladoras-101-english.html; et www.researchgate.net/publication/266820089_Human_rights_violations_in_the_Maquiladora_Industry.

du travail sont plus faibles et où la protection sociale est inférieure aux normes de l'OIT. L'ALENA « a apporté aux investisseurs une série de garanties inédite qui visait à stimuler les investissements étrangers directs et le mouvement des usines en Amérique du Nord... De plus, aucune sauvegarde n'était prévue dans les dispositions principales de l'accord pour préserver les normes de travail ou d'environnement. En conséquence, l'ALENA a faussé les règles économiques en privilégiant les investisseurs au détriment des travailleurs et de l'environnement. »¹⁹. Plusieurs accords internationaux d'investissement sont négociés à l'heure actuelle, en secret la plupart du temps, notamment le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), l'Accord sur le commerce des services, l'Accord de partenariat transpacifique et l'Accord de partenariat économique régional global²⁰.

12. Les dangers pour la gouvernance démocratique et les droits de l'homme ont déjà été signalés par nombre d'intellectuels et de Prix Nobel d'économie. D'après Stiglitz, « [c]es accords s'étendent bien au-delà du commerce car, régissant aussi les investissements et la propriété intellectuelle, ils imposent des changements fondamentaux aux cadres juridiques et réglementaires des pays signataires, sans intervention ou contrôle par des institutions démocratiques. Les dispositions les plus inéquitables et les plus malhonnêtes de ces accords concernent la protection des investisseurs. Certes les investisseurs doivent être protégés contre des États voyous susceptibles de s'emparer de leurs biens, mais ces dispositions ne traitent pas de cela. Il y a eu très peu d'expropriations au cours des dernières décennies et les investisseurs peuvent se protéger en s'assurant auprès de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), une filiale de la Banque mondiale, ou en souscrivant à une assurance proposée par les États-Unis et d'autres États. [...] Elles ont pour véritable objectif de faire obstacle à la réglementation sur la santé, l'environnement, la sécurité ou même la finance. »²¹. En ce qui concerne les pays en développement, le rapport 2014 de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) note également que « [l]es flux de capitaux étrangers dans les pays en développement et les pays en transition peuvent soutenir l'investissement, la diversification économique et la croissance ou engendrer l'instabilité macroéconomique, des déséquilibres extérieurs et des épisodes d'expansion et de récession du crédit. [...] Pour des raisons macroprudentielles et dans une optique de développement, les gouvernements doivent disposer d'une marge d'action suffisante pour pouvoir encadrer les flux de capitaux étrangers, influencer sur leur volume et leur composition et les canaliser à des fins productives. »²². Comme l'indique bien ce passage, les investissements étrangers directs et les autres flux de capitaux peuvent créer des problèmes aussi dans d'autres domaines que les droits de l'homme.

¹⁹ Robert E. Scott, « The high price of 'free' trade: NAFTA's failure has cost the United States jobs across the nation », Briefing paper n° 147, Economic Policy Institute, 17 novembre 2003, à consulter sur le site : www.epi.org/publication/briefingpapers_bp147.

²⁰ Voir www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/2-Trade-Relationships-and-Agreements/RCEP/; dontradeourlivesaway.wordpress.com/2015/06/11/press-statement-civil-society-raises-major-concerns-on-indias-engagement-with-the-massive-rcep-trade-deal/; et trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf. L'Association européenne de libre-échange négocie également des accords de libre-échange : voir www.asean.org/images/2012/documents/Guiding%20Principles%20and%20Objectives%20for%20Negotiating%20the%20Regional%20Comprehensive%20Economic%20Partnership.pdf.

²¹ www.project-syndicate.org/commentary/us-secret-corporate-takeover-by-joseph-e--stiglitz-2015-05/french.

²² Rapport sur le commerce et le développement, 2014, p. 165, disponible à l'adresse : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tdr2014_fr.pdf. Voir aussi le Rapport de la CNUCED sur l'investissement dans le monde, 2015 (*UNCTAD World Investment Report 2015: Reforming the International Investment Regime*).

13. Les observateurs ont relevé de graves carences démocratiques dans les accords internationaux d'investissements et les instances de règlement des différends entre investisseurs et États et se sont demandé pourquoi les États continuaient de mener ce type de négociations, fondées sur des études partisans et des prévisions exagérément optimistes concernant la croissance du produit intérieur brut (PIB) et l'emploi. Non seulement les États omettent de divulguer à l'avance l'information concernant ces accords, mais des acteurs clefs sont aussi exclus de la table des négociations, à laquelle participent principalement des juristes d'entreprise et des représentants de groupes d'intérêt²³. D'aucuns tentent même de contourner les parlements en « accélérant » l'adoption de ces accords, dénotant une absence flagrante de respect des formes régulières et donc de légitimité démocratique.

14. Les bons diagnostics qui ont été faits du problème ne manquent pas. Le problème tient en partie à un attachement anachronique sans nuance à la philosophie du fondamentalisme de marché. « Le libre-échange n'est pas une fin en soi. [...] La ferveur avec laquelle les tenants du libre-échange continuent de promouvoir leur cause est sidérante. », écrit Joseph de manière très juste²⁴. Stiglitz constate l'absence de preuve empirique que la libéralisation du commerce a véritablement augmenté le PIB et l'emploi, en dépit des affirmations dogmatiques à cet égard et des prévisions extraordinairement optimistes concernant les accords actuellement à l'examen²⁵. Comme Joseph le fait observer, le droit commercial se répercutant sur d'autres domaines du droit, il n'est pas légitime, quel que soit le besoin de certitude, d'isoler les règles commerciales de considérations prétendument étrangères au commerce comme les droits de l'homme et les normes du travail²⁶. En ce qui concerne les négociations en cours sur le TTIP, Capaldo conteste les hypothèses et les projections actuelles : « Les projections des différentes institutions reposent sur un modèle, le modèle d'équilibre général calculable, qui s'est avéré inefficace comme outil d'analyse des politiques commerciales. [...] [N]ous évaluons les effets du TTIP à l'aide de l'outil de modélisation des politiques mondiales de l'ONU, qui prend en considération des hypothèses plus raisonnables concernant l'ajustement macroéconomique, la dynamique de l'emploi, et le commerce mondial. D'après nos projections, le TTIP entraînera une contraction du PIB, des revenus des personnes physiques et de l'emploi. Nous envisageons également une recrudescence de l'instabilité financière et une poursuite de la diminution tendancielle de la part du travail dans le PIB. »²⁷.

²³ Voir www.washingtonpost.com/wp-srv/special/business/trade-advisory-committees/index.html; big.assets.huffingtonpost.com/WarrenBrownTPPLetter.pdf; corporateeurope.org/pressreleases/2014/07/agribusiness-biggest-lobbyist-eu-us-trade-deal-new-research-reveals; www.publicintegrity.org/2005/07/07/5786/drug-lobby-second-none; www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf; and www.opensecrets.org/lobby/methodology.php.

²⁴ Sarah Joseph, *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique* (Oxford University Press, 2011), p. 288.

²⁵ Joseph Stiglitz et Andrew Charlton *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique* (Oxford University Press, 2011), p. 288.

²⁶ Joseph (voir note de bas de page 23 ci-dessus), citant Frank Garcia « The global market and human rights: trading away the human rights principle », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 7 (1999), p. 51 à 65. Voir aussi Jeronim Capaldo, « Le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement : désintégration européenne, chômage et instabilité », GDAE Working Paper No. 14-03, Global Development and Environment Institute at Tufts University, disponible à l'adresse : http://ase.tufts.edu/gdae/policy_research/ttip_simulations.html.

²⁷ Capaldo (voir note de bas de page ci-dessus).

III. Le règlement des différends entre investisseurs et États : un problème pour la démocratie et l'état de droit²⁸

15. L'une des principales menaces pour un ordre international démocratique et équitable résulte du fonctionnement des tribunaux arbitraux qui agissent comme s'ils étaient au-dessus du régime international des droits de l'homme. Les tribunaux chargés des différends entre investisseurs et États sont composés d'arbitres issus du secteur privé dont l'indépendance a été contestée à maintes reprises en raison de conflits d'intérêts²⁹. Assurément, les arbitres privés ne sont pas des gardiens naturels de l'intérêt public, mais d'intérêts privés et d'une nouvelle « filière » qui, comme les faits l'ont montré, privilégie les investisseurs au détriment du public. Le système de règlement des différends entre investisseurs et État implique un système complètement à part de règlement des différends, qui ne se situe pas seulement à l'extérieur des systèmes judiciaires nationaux mais au-dessus d'eux, et sans recours possible. On pense à la question de Juvénal : *quis custodiet ipsos custodes?* (« qui gardera les gardiens? »). Une démocratie peut-elle se dire démocratique si elle permet la création de systèmes de règlement des différends indépendants du système judiciaire, dénués de transparence et sans obligation de rendre des comptes?

16. D'aucuns s'interrogent sur la légitimité de tribunaux où l'investisseur peut poursuivre l'État mais pas l'inverse³⁰. Des notions comme celles d'« investissement », d'« expropriation » et de « traitement juste et équitable » ont été interprétées d'une façon très large et difficilement conciliable avec les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'expérience montre que les arbitres interprètent les accords internationaux d'investissement sans tenir compte des droits de l'homme ou de l'environnement. Leurs procédures ne sont pas transparentes et on ignore jusqu'au nombre d'arbitrages qui ont réellement eu lieu, car la plupart ne sont pas publiés. Une chose apparaît clairement : le fort parti pris des arbitres en faveur des entreprises et leur sentiment d'être exempts des principes généraux du droit. Dans un rapport de 2012, la CNUCED note qu'une « interprétation large d'énoncés minimalistes de traités peut donner à l'application de la norme un caractère imprévisible, ce qui peut ensuite compromettre l'intervention légitime de l'État à des fins de développement économique, social, environnemental et autres »³¹.

17. L'arbitre espagnol Fernández-Armesto note ce qui suit : « Lorsque je me réveille la nuit et pense à l'arbitrage, je ne cesse d'être étonné que des États souverains aient

²⁸ Des affaires de règlement des différends entre investisseurs et États sont répertoriées dans la base de données pour les affaires rendues publiques qui relèvent des chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange et des accords bilatéraux d'investissement, consultable par type de politique que des investisseurs ont contesté (politiques d'environnement, à titre d'exemple), bien que n'ayant pas été actualisée après mai 2010, à l'adresse www.iiapp.org/. Pour des textes de sentences arbitrales dans des affaires de règlement des différends entre investisseurs et États, voir www.italaw.com et [unctad.org/en/Pages/DIAE/investor-State dispute settlement.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/investor-State%20dispute%20settlement.aspx). Voir également [www.baerbel-hoehn.de/fileadmin/media/MdB/baerbelhoehn_de/www_baerbelhoehn_de/investor-State dispute settlement_TAFITA_Bundestag.pdf](http://www.baerbel-hoehn.de/fileadmin/media/MdB/baerbelhoehn_de/www_baerbelhoehn_de/investor-State%20dispute%20settlement_TAFITA_Bundestag.pdf); et www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_et_sd_key_cases_2010.pdf.

²⁹ Voir Pia Eberhardt et Cecilia Olivet, *Les profiteurs de l'injustice : Comment les cabinets juridiques, les arbitres et les financiers alimentent un boum de l'arbitrage d'investissement* (Corporate Europe Observatory, Bruxelles, 2012), disponible à l'adresse : www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf; acta.ffii.org/?p=2118; corporateeurope.org/sites/default/files/annex-2-still-not-loving-isds.pdf; corporateeurope.org/international-trade/2014/07/commission-isds-reform-plan-echo-chamber-business-views; www.bilaterals.org/?investor-to-state-dispute; et www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0221.pdf.

³⁰ Voir John Hendy, « A threat to the sovereignty of courts and parliaments », *Graya*, n° 128 (2015), p. 52 à 56.

³¹ *Fair and Equitable Treatment* (publication des Nations Unies, numéro de vente n° E.11.II.D.15), p. 2.

simplement accepté l'arbitrage dans le domaine des investissements... Trois particuliers sont investis du pouvoir de réviser, sans aucune restriction ni procédure de recours, tous les actes du gouvernement, toutes les décisions des tribunaux et tous les lois et règlements émanant du Parlement. »³². De fait, il est alarmant que les arbitres puissent se soustraire à des principes fondamentaux comme le respect de la « marge d'appréciation » des États, des lois nationales et même des décisions des plus hautes juridictions nationales. Ce fonctionnement « à sens unique » de la protection des investisseurs n'a pas contribué au développement d'une culture de la collaboration entre les investisseurs et les États mais a alimenté une tendance d'agressivité judiciaire, et a indéniablement provoqué un « froid réglementaire ». Les affaires peuvent être arbitrées à Washington sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale, mais on constate une utilisation préoccupante de l'élection de juridiction, et les tribunaux peuvent se réunir devant la Cour internationale d'arbitrage de Londres, la Chambre de commerce internationale, la Chambre de commerce de Stockholm, le Centre d'arbitrage international de Hong Kong ou la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Dans un nombre croissant d'arbitrages, les profits l'emportent sur les droits de l'homme³³. D'après la CNUCED, de nombreux arbitrages de différends entre investisseurs et États sont complètement confidentiels et on ne dispose d'informations qu'au sujet de 608 sentences arbitrales³⁴. L'Expert indépendant renvoie au rapport qu'il doit présenter à l'Assemblée générale et signale quelques cas pour donner un aperçu des pratiques contentieuses et de leurs incidences sur les droits de l'homme.

18. En 2013, Lone Pine, société ayant son siège à Calgary immatriculée aux États-Unis, a attaqué le Canada en justice, non pas selon le droit canadien, mais au titre du chapitre 11 de l'ALENA, pour contester le moratoire de Québec sur la fracturation hydraulique. L'entreprise n'a pas laissé au Canada le temps d'évaluer des études scientifiques montrant que certains produits de fracturation contiennent des substances cancérigènes et des polluants atmosphériques dangereux justifiant des mesures de prévention³⁵. Lone Pine soutient que le moratoire est « arbitraire » et « inconséquent » et exproprie Lone Pine de ses bénéfices.

19. Ethyl Corporation, une entreprise de Virginie ayant une filiale canadienne, a déposé une plainte soutenant qu'une loi canadienne interdisant les importations d'un additif pour l'essence, le MMT, enfreignait les obligations du Canada. Plutôt que de riposter, le Canada a levé l'interdiction, en dépit des risques sanitaires³⁶.

20. Dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*, une entreprise a attaqué le Mexique pour lui avoir refusé de construire une décharge qui aurait pollué le réseau de distribution d'eau. Les arbitres ont accordé 16,79 millions de dollars à Metalclad en dédommagement du manque à gagner³⁷.

³² www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy.

³³ Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme, « Human rights inapplicable in international investment arbitration? », disponible à l'adresse : www.ecchr.de/worldbank/articles/human-rights-inapplicable-in-international-investment-arbitration.html.

³⁴ CNUCED, *Note thématique sur les AII*, n° 1 (février 2015), disponible à l'adresse : unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

³⁵ commonsensecanadian.ca/quebec-fracking-nafta-challenge-right-water-right-profit/.

³⁶ www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/ethyl.aspx?lang=fr et www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf.

³⁷ www.citizen.org/documents/NAFTAReport_Final.pdf and solidarity-us.org/node/977. Voir également www.baerbel-hoehn.de/fileadmin/media/MdB/baerbelhoehn_de/

21. En 2013, la société transnationale française Veolia a attaqué l'Égypte en raison du manque à gagner qui aurait résulté pour elle de l'augmentation du salaire minimum en Égypte. Le montant contesté s'élève à 82 millions de dollars³⁸.

22. *Aguas del Turani S.A c. République de Bolivie* concernait un contrat privatisant l'approvisionnement en eau de Cochabamba y compris des concessions sur quarante ans avec recettes annuelles garanties. L'accord a été approuvé par la Banque mondiale, qui a imposé la privatisation comme condition de prêt. Les actionnaires majoritaires d'Aguas étaient la société américaine Bechtel et la multinationale espagnole Abengoa. Après l'entrée en vigueur du contrat en 1999, le prix de l'eau a fortement augmenté. Lorsque les habitants ont manifesté pour défendre leur droit à un approvisionnement en eau abordable, le Gouvernement d'alors a déclaré la loi martiale et a envoyé l'armée pour réprimer les manifestations. Après la mort d'un adolescent de 17 ans, l'État plurinational de Bolivie a annulé le contrat de privatisation et Aguas a intenté une action pour 50 millions de dollars³⁹.

23. En 2009, le conglomérat énergétique suédois Vattenfall a attaqué l'Allemagne en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie, en réclamant 1,4 milliard d'euros en dédommagement de mesures environnementales limitant l'utilisation des eaux de refroidissement et leur déversement dans l'Elbe. Un règlement n'est intervenu qu'après que l'Allemagne ait accepté d'abaisser ses normes environnementales, ce qui a eu des conséquences néfastes pour le fleuve et la faune⁴⁰. Après la catastrophe de Fukushima, l'opinion allemande a demandé la fermeture des centrales nucléaires et le Gouvernement allemand a décidé d'abandonner progressivement l'énergie nucléaire. Vattenfall demande actuellement 4 milliards d'euros d'indemnisation⁴¹.

24. L'un des arbitrages les plus fameux du CIRDI a concerné l'affaire intentée par Occidental Petroleum, société ayant son siège aux États-Unis, contre l'Équateur à propos de la fermeture d'un site de production de pétrole en Amazonie, qui a abouti à une décision d'un montant de 1,76 milliard de dollars en faveur d'Occidental (2,4 milliards avec les intérêts), que l'Équateur accusait de multiples violations des droits de l'homme et de destruction de l'environnement⁴².

25. Dans l'affaire *Philip Morris (Suisse) c. Uruguay* (2010), la multinationale a agi en vertu de l'accord bilatéral d'investissement entre la Suisse et l'Uruguay en faisant valoir que la législation antitabac uruguayenne dévalorisait ses investissements, au mépris le plus complet de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac⁴³. L'OMS a présenté un mémoire d'*amicus curiae*.

26. En 2009, un tribunal équatorien a condamné Chevron à une amende pour dommages environnementaux. Chevron a refusé de payer et s'est adressée à la

www.baerbelhoehn_de/ISDS_TAFTA_Bundestag.pdf et www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077817.pdf.

³⁸ www.elstel.org/ISDS.html.en; infojustice.org/archives/34113.

³⁹ www.citizen.org/cmep/article_redirect.cfm?ID=9208, documents. foodandwaterwatch.org/doc/ICSID_web.pdf et www.elstel.org/ISDS.html.en.

⁴⁰ www.italaw.com/cases/documents/1655. Nathalie Bernasconi, « Background paper on *Vattenfall v. Germany* », IISD; Rechtsanwälte Günther (2012) Note d'information. The Coal-fired Power Plant Hamburg-Moorburg.

⁴¹ www.fr-online.de/energie/atomausstieg-vattenfall-fordert-milliarden,1473634,21169258.html Power Shift (2012) Der deutsche Atomausstieg auf dem Prüfstand eines internationalen Investitionsschiedsgerichts? Hintergründe zum neuen Streitfall Vattenfall gegen Deutschland. www.iisd.org/pdf/2012/powershift_forum_briefing_vattenfall.pdf.

⁴² L'un des pires aspects de cette affaire est que l'Équateur était fondé à mettre fin au permis d'Occidental au regard du droit équatorien et des termes du contrat et que l'instance de règlement a sanctionné malgré cela l'Équateur (www.citizen.org/documents/oxy-v-ecuador-memo.pdf).

⁴³ www.iisd.org/itn/2011/07/12/philip-morris-v-uruguay-will-investor-state-arbitration-send-restrictions-on-tobacco-marketing-up-in-smoke/.

CNUDCI pour réclamer des dommages-intérêts à l'Équateur au titre du manque à gagner⁴⁴. La procédure est en cours.

27. Lorsque Philip Morris a déposé contre l'Australie⁴⁵ en 2011 une plainte contestant les mesures australiennes visant à réduire la consommation de tabac, le Gouvernement a déclaré qu'il rejetait les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et État « qui confèreraient aux entreprises étrangères des droits plus importants que ceux reconnus aux entreprises nationales [...] Les autorités australiennes n'ont pas accepté, et n'accepteront pas, des dispositions qui limitent leur faculté d'imposer aux produits du tabac des avertissements de santé publique ou des prescriptions de neutralité de l'emballage, ou leur capacité de poursuivre le Programme d'aide à l'achat des médicaments [...] Si des entreprises australiennes s'inquiètent du risque souverain dans des pays partenaires commerciaux de l'Australie, elles devront apprécier par elles-mêmes si elles souhaitent ou non engager des investissements dans les pays en question »⁴⁶.

28. Les gouvernements et les parlementaires n'ont commencé que progressivement à riposter aux démarches du secteur privé contre les fondamentaux de la souveraineté des États. Au Parlement européen, la question du chantage exercé par le secteur privé a été soulevée dans le cadre du débat sur le TTIP, en faisant valoir, d'après les affaires *Vattenfall* et *Veolia*, que les multinationales utilisent les règles de la protection des investisseurs pour atteindre des objectifs commerciaux, ce qui renchérit le coût pour les contribuables de la défense des politiques et des règles publiques. Une note de synthèse de la Commission européenne intitulée « L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme »⁴⁷ présente les améliorations qui pourraient être apportées aux modèles d'accord de libre-échange afin de garantir la marge d'action des États. L'expérience a montré que l'autoréglementation s'avère insuffisante⁴⁸, en dépit des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui devraient être rendus juridiquement obligatoires par traité. Dans ce contexte, il doit être souligné que la possibilité que des arbitrages donnent raison aux États et contre des investisseurs ne rend pas le modèle de règlement des différends entre investisseurs et États moins dangereux et plus légitime, dans la mesure où la simple menace de ce mode d'arbitrage a dissuadé même des pays développés comme le Canada d'adopter certaines lois sociales. Les pays en développement sont encore plus exposés à la menace⁴⁹, ne disposant pas des ressources nécessaires pour se défendre contre les grandes sociétés transnationales.

29. Certains investisseurs abusent manifestement de leurs droits avec un tel cynisme que l'on pourrait imaginer que le système de règlement des différends entre investisseurs et États soit invoqué un jour par le complexe militaro-industriel face à un pays qui déciderait de réduire ou de cesser sa production de mines antipersonnel ou de bombes à sous-munitions du fait qu'elle contrevient au droit humanitaire international, « expropriant » ce faisant le secteur de l'armement de profits escomptés.

⁴⁴ www.italaw.com/cases/257. Voir également truth-out.org/news/item/23788, fpif.org/nafta-20-model-corporate-rule/, et content.time.com/time/world/article/0,8599,2053075,00.html.

⁴⁵ www.italaw.com/cases/851 et www.iisd.org/itn/2011/07/12/philip-morris-v-uruguay-will-investor-state-arbitration-send-restrictions-on-tobacco-marketing-up-in-smoke/.

⁴⁶ www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx. Le Gouvernement australien actuel étudie la possibilité d'appliquer le règlement de différends entre investisseurs et États accord par accord.

⁴⁷ trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.PDF. Voir également CNUCED, World Investment Report 2015 : *Reforming International Investment Governance*, qui présente différentes mesures pour la réforme du régime des investissements. CNUCED, *Note thématique sur les AII*, mai 2015.

⁴⁸ ccsi.columbia.edu/files/2012/11/FDI-Perspectives-eBook-v2-Nov-2012.pdf.

⁴⁹ Guatemala, www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid.

30. La question n'est pas simplement de réformer le système de règlement des différends entre investisseurs et États pour l'avenir, mais il est impératif d'examiner et de revoir les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange existants, dont le but n'a jamais été de devenir des prisons pour les États. Si le système de règlement des différends et le CIRDI se sont mués depuis en institutions de coercition économique, ils doivent être démantelés et réinventés dans le cadre de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

VI. Cadre normatif

31. Si les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange figurent parmi les préoccupations internationales depuis plusieurs décennies, il a peu été question de leurs incidences sur les droits de l'homme. Il semble que certains pays se soient tellement laissés séduire par le chant des sirènes des profits potentiels et les prévisions excessivement optimistes qui promettaient un accroissement du PIB et d'importantes créations d'emplois que les principes des droits de l'homme ont été négligés, et les fonctions de l'État compromises.

32. Parmi les sources de droit reconnues par la Cour internationale de Justice figurent les principes généraux du droit [art. 38 l c)] du Statut de la Cour internationale de Justice) dont s'inspirent aussi bien les ordres juridiques nationaux que l'ordre juridique international. Parmi ces principes fondamentaux figure la bonne foi (*bona fide*), qui a été incorporée dans les codes civils et les constitutions de nombreux pays, et qui signifie que le droit doit être cohérent et ne peut pas être utilisé de manière antithétique pour détruire des droits. La Déclaration universelle des droits de l'homme consacre ce principe dans son article 30, qui est repris à l'article 5 des deux Pactes internationaux. Les autres principes généraux du droit pertinents sont notamment la proportionnalité, la prévisibilité, *rebus sic stantibus*, la règle des « mains propres », l'estoppel (*ex injuria non oritur jus*), l'interdiction de l'abus de droit, la provocation et l'interdiction des traités ou contrats allant *contra bonos mores*.

33. La plupart des États ont consacré dans leur Constitution et leur législation la notion d'ordre public. Un gouvernement qui compromet la compétence qui lui revient de défendre et de protéger les intérêts des personnes vivant sous sa juridiction trahit sa raison d'être et perd sa légitimité démocratique.

34. Le vaste ensemble de traités, de protocoles et de déclarations existants sur les droits de l'homme constitue un cadre constitutionnel qui doit être pris en considération chaque fois qu'un État conclut des accords avec d'autres États ou avec des acteurs du secteur privé, y compris des institutions financières et des sociétés transnationales. Le régime des droits de l'homme, dont les traités internationaux et régionaux des droits de l'homme et les conventions pertinentes de l'OIT et de l'OMS, doit être réputé supérieur au reste des accords internationaux, y compris les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange. Les tribunaux nationaux et internationaux ainsi que les instances d'arbitrage doivent être subordonnés à ce régime.

35. Les droits que les États doivent garantir sont notamment les droits à la vie; à la sécurité de la personne; à la participation à la direction des affaires publiques; au territoire; à la libre circulation; à la santé; à l'éducation; à l'emploi; et à la sécurité sociale. Ces engagements sont consacrés, notamment, aux articles 1^{er}, 2, 6, 9, 12, 17, 25, 26 et 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et aux articles 1^{er}, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 et 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

36. Le processus d'élaboration, de négociation et d'adoption des accords bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange doit respecter l'obligation, prévue à l'alinéa a) de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de garantir la participation de toutes les personnes concernées. Cela recouvre une obligation active pour les gouvernements de divulguer l'information nécessaire et de faciliter la participation du public. L'accès à l'information est une condition indispensable de l'exercice du droit à la liberté d'opinion et d'expression visé à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La valeur ajoutée de la consultation et de la participation est d'établir un consensus, ce qui réduit la probabilité de procès onéreux. Les parlements ont l'éminente responsabilité d'examiner rigoureusement les accords d'investissements bilatéraux et les accords de libre-échange et de veiller à ce que les effets sur les droits de l'homme et l'environnement en soient évalués.

37. Les négociations commerciales menées au secret (en dépit du fait que cela ne relève pas de la sécurité nationale!) et qui excluent des acteurs clefs entraînent des violations *prima facies* des articles 19 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁰. Comme l'Expert indépendant l'a indiqué dans son rapport de 2013 au Conseil, les représentants démocratiquement élus ne disposent pas d'un blanc-seing de l'électorat, mais doivent consulter leurs mandants et agir conformément à leurs souhaits⁵¹. La démocratie ne s'exerce pas seulement de temps à autre; mais implique un dialogue régulier entre les représentants et leurs mandants. Sans la publication par Wikileaks de plusieurs chapitres des accords de libre-échange actuellement négociés, le débat public nécessaire n'aurait même pas pu commencer⁵².

38. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a publié plusieurs observations générales pertinentes : N° 12 sur le droit à une nourriture suffisante, paragraphes 19 et 36 (« les États Parties devraient, par voie d'accords internationaux s'il y a lieu, faire en sorte que le droit à une nourriture suffisante bénéficie de l'attention voulue »); N° 14 sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12), paragraphe 39 (« Concernant la conclusion d'autres accords internationaux, les États Parties devraient s'assurer que ces instruments ne portent pas atteinte au droit à la santé ») et paragraphe 41 (interdiction d'imposer un embargo ou des sanctions sur les médicaments et le matériel médical); N° 15 sur le droit à l'eau (art. 11 et 12), paragraphes 31, 35 et 36 (« les États Parties devraient veiller à ce que le droit à l'eau reçoive l'attention voulue dans les accords internationaux et, à cette fin, devraient envisager d'élaborer de nouveaux instruments juridiques. En ce qui concerne la conclusion et la mise en œuvre d'autres accords internationaux et régionaux, les États Parties devraient s'assurer que ces instruments n'ont pas

⁵⁰ Le premier des « quatorze points » du Président Wilson mettait déjà en garde contre les traités secrets. L'Article 102 de la Charte des Nations Unies oblige à ce que les traités soient publiés. Même si les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange ont été partiellement publiés, ils ne possèdent aucune légitimité démocratique à moins que le public puisse prendre part à la négociation et à l'adoption. Certains observateurs appréhendent qu'une des raisons de la surveillance des personnes privées partout dans le monde ne soit de prédire quand et où des mouvements démocratiques sont susceptibles de se produire de façon à les neutraliser dès l'origine. De fait, la protection du droit à la vie privée et l'interdiction de la surveillance sans mandat judiciaire prescrivent les articles 14 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁵¹ A/HRC/24/38, par. 15 à 24. Voir aussi le paragraphe 8 de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne.

⁵² Entretien de l'auteur avec Julian Assange à la Mission de l'Équateur à Londres le 20 mars 2015 wikileaks.org/tpp/pressrelease.html, wikileaks.org/tpp-investment/press.html, wikileaks.org/tisa/press.html et www.theguardian.com/media/2015/jun/03/wikileaks-documents-trade-in-services-agreement.

d'incidence néfaste sur le droit à l'eau »); N° 18 sur le droit au travail (art. 6) et N° 19 sur le droit à la sécurité sociale (art. 9)⁵³.

39. Ces engagements sont encore renforcés par les Conventions n°s 14, 29, 77, 78, 87, 95, 98, 102, 105, 138, 169 et 182 de l'OIT. On mentionnera également les conventions de l'OMS et d'autres traités internationaux parmi lesquels la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, la Convention pour la protection du patrimoine culturel et naturel, et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

40. Les traités universels et régionaux des droits de l'homme, parmi lesquels le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine relative aux droits de l'homme, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'emportent nécessairement sur les autres traités. Comme l'a dit la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt de 1989 sur l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, les obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme l'emportent sur celles des traités d'extradition – *mutatis mutandis*, sur celles des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange.

V. Réforme systémique

41. Tout problème exceptionnel exige une solution audacieuse. Il est ainsi possible de neutraliser les excès antidémocratiques du système de règlement de différends entre investisseurs et États en réformant ou en abandonnant ce système. Si les États peuvent adopter des mesures exceptionnelles, notamment s'ils peuvent renflouer des banques qui ont enfreint la loi, ils peuvent *a fortiori* prendre des mesures pour protéger le bien-être de leur population. Les mesures de protection prises par les États dont l'économie, l'agriculture ou l'industrie risque de s'effondrer en raison des effets parfois imprévisibles des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange peuvent être justifiées au regard du principe de force majeure.

42. La validité des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange devrait être évaluée au regard des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Par exemple, un traité peut être réputé nul s'il est établi qu'il y a eu violation manifeste de la Constitution de l'État, qu'il y a eu des erreurs portant sur un fait ou une situation qui était supposée exister au moment où le traité a été conclu et qui constituait une base essentielle du consentement de l'État à être lié par le traité (art. 48), que l'une des parties à la négociation a eu une conduite frauduleuse (art. 49) ou a volontairement avancé des assertions fallacieuses ou de nature à induire en erreur, que l'expression du consentement de l'État à être lié au traité a été obtenue par la corruption (art. 50) ou la contrainte (art. 51 et 52) ou que le traité en question est en conflit avec une norme impérative du droit international (art. 53). On peut également mettre fin à un traité ou en suspendre l'application en vertu de la doctrine de la violation substantielle (art. 60) ou en cas d'impossibilité ultérieure d'exécution (art. 61) ou de changement fondamental de circonstances (art. 62). En règle générale, les traités comportent des dispositions prévoyant que l'on puisse les dénoncer ou s'en retirer. Faute de telles dispositions, le droit de dénonciation ou de retrait pourra être déduit de la nature du traité (art. 56). Les traités bilatéraux d'investissement ou accords de libre-échange qui entraînent des atteintes aux droits de l'homme doivent

⁵³ tbineternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

prendre fin ou être modifiés. La procédure à suivre fait l'objet des articles 65 et suivants.

43. Dans un article célèbre publié dans l'*American Journal of International Law*, Alfred Verdross fait la lumière sur la nature des traités pouvant être considérés comme *contra bonos mores* : « À ce problème les décisions rendues par les tribunaux des nations civilisées apportent une réponse claire. L'analyse de ces décisions montre que partout, les traités sont considérés comme *contra bonos mores* s'ils restreignent la liberté d'une des parties contractantes de façon excessive ou indigne ou d'une manière qui met en péril ses droits les plus essentiels. Cette formule ainsi que d'autres semblables démontrent que le droit des États civilisés part du postulat qu'il faut établir un ordre juridique qui garantisse la coexistence rationnelle et morale de ses membres. Il s'ensuit que toutes les normes des traités qui sont incompatibles avec ce but général – et implicitement présupposé – du droit positif doivent être considérées comme nulles »⁵⁴. En outre, conformément à la doctrine de la divisibilité, les clauses des traités qui sont *contra bonos mores* peuvent être séparées du reste du traité sans qu'il soit mis fin au traité dans son ensemble.

44. Toute décision de justice concernant la légalité d'un traité ou d'un contrat doit tenir compte de la constitutionnalité du traité ou du contrat en question. Il y a donc lieu de se demander si, en vertu d'une interprétation raisonnable, quelle qu'elle soit, de sa Constitution, un État peut renoncer à sa fonction ontologique consistant à légiférer dans l'intérêt de sa population. Les tribunaux de la plupart des pays s'y opposeraient. En outre, tout contrat ou traité se fonde sur un seuil minimum de déontologie. Un traité est *contra bonos mores* s'il empêche l'accomplissement, par l'État civilisé, des tâches qui lui sont universellement reconnues, à savoir : a) maintien de l'ordre public; b) défense de l'État contre les attaques extérieures; c) protection du bien-être physique et spirituel des personnes relevant de sa juridiction sur son territoire; d) protection des citoyens à l'étranger⁵⁵.

45. La Constitution et la législation de nombreux États comportent des dispositions relatives à la bonne foi et au caractère illégal de l'enrichissement sans cause. Mais outre le droit écrit, il existe également des principes plus généraux de bonne justice. Ces principes, qui apparaissent déjà dans l'*Antigone* de Sophocle, mettent en évidence l'existence de lois non écrites de l'humanité (*αγραφος νομος*) et d'une notion de loi morale supérieure qui interdit de profiter sans scrupules d'une partie plus faible, ce qui pourrait aisément être considéré comme une forme de néo-colonialisme ou de néo-impérialisme économique. De nombreuses Constitutions comportent des dispositions relatives à l'abus de droit, qui peuvent être appliquées lorsqu'une entreprise transnationale perturbe les efforts faits par un gouvernement pour protéger l'emploi, la santé, l'environnement et l'ordre social.

46. Les investisseurs peuvent être tentés d'invoquer le principe *pacta sunt servanda* (« tout traité... doit être exécuté », art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), positivisme qui ne serait pas sans rappeler la mentalité de la « livre de chair » dont il est question dans le *Marchand de Venise* de Shakespeare, où l'usurier Shylock insiste pour que soit appliqué à la lettre le contrat qu'il a signé avec le marchand ruiné Antonio, qui l'autorise à prélever à celui-ci une livre de chair en cas de défaut de

⁵⁴ Alfred Verdross, « Forbidden Treaties in International Law », *American Journal of International Law*, Vol. 31, n° 4 (1937), p. 571 et suivantes. Verdross, « Les principes du droit et la jurisprudence internationale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, (1935), p. 195 à 249. Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Oxford, 2013, p. 81. Irmgard Marboe et August Reinisch, « Contracts between States and foreign private law persons » in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, p. 758 à 766. Oxford, 2012. felj.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol17_No1_1996_article_international.pdf.

⁵⁵ law.wustl.edu/SBA/upperlevel/International%20Law/IntLaw-Mutharika2.pdf.

paiement. Shylock avait sans nul doute le droit d'être remboursé, mais le fait d'exiger qu'une livre de chair soit prélevée de la poitrine d'Antonio revenait à attenter à sa vie. Face aux droits concurrents des deux protagonistes, Shakespeare fait pencher la balance en faveur d'Antonio. Par analogie, on peut dire qu'une entreprise pétrolière dont les activités polluent les eaux et nuisent gravement à l'environnement ne peut pas faire valoir une garantie de profits et considérer qu'un décret visant à prévenir la dégradation de l'environnement devrait être abrogé. Une telle absurdité légaliste, quasi criminelle, est viciée par l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

47. Il peut également être utile de tenir compte du droit pénal international et de la jurisprudence de Nuremberg⁵⁶ aux fins de l'examen de traités bilatéraux d'investissement et d'accords de libre-échange, dans la mesure où les sociétés transnationales et ceux qui représentent leurs intérêts peuvent s'être livrés à des activités constitutives d'infractions au droit pénal. Il conviendrait de déterminer si la notion « d'entente » en vue de commettre des actes *contra bonos mores* (ou « d'entreprise criminelle commune », terme retenu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) peut s'appliquer à la méthode consistant à élaborer et à négocier des accords internationaux d'investissement dans le secret. Certains États ou certaines sociétés transnationales sont-ils coupables de « complot »? Aux fins d'une telle entente, ils peuvent notamment communiquer délibérément de fausses informations, publier de fausses prévisions sur la croissance du PIB et de l'emploi, associer des cellules de réflexion, des économistes, des universités ou des fondations à l'élaboration de « rapports téléologiques » et s'associer avec des conglomerats médiatiques pour veiller à ce que l'on ne présente que le côté « positif » des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange et à ce que l'on occulte ou minimise les points litigieux. La question de la responsabilité pénale des entreprises en matière d'écocide⁵⁷ et pour ce qui est d'autres infractions mérite de faire l'objet d'une analyse approfondie dans un rapport ultérieur⁵⁸.

48. Aux fins de l'examen de la validité des traités, les tribunaux devraient également tenir compte du principe d'équité, à la fois de l'équité *intra legem* (c'est-à-dire au regard des règles du droit international) et de l'équité *praeter legem* (qui supplée les lacunes du droit international en se fondant sur l'application des règles de la justice ou de la « primauté de la substance sur la forme »). Toute instance judiciaire, notamment la Cour internationale de Justice, est par nature habilitée à statuer *ex aequo et bono* (selon ce qui est juste et bon), l'équité étant un principe inhérent à tout accord. Chacune des parties à la négociation d'un accord s'efforce d'obtenir les conditions les plus avantageuses et lorsque des pays concluent des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange, ils escomptent une croissance de leur PIB, la création d'emplois et le développement. Aucune des parties n'imagine que l'accord conclu comporte des « chevaux de Troie », par exemple des engagements aux effets imprévisibles en matière de règlements des différends entre investisseurs et États ou des « clauses de survivance », ni que les arbitres considéreront que des notions comme « l'expropriation » englobent des mesures fiscales, budgétaires, macroprudentielles, sociales ou environnementales ou encore des mesures en matière de santé susceptibles

⁵⁶ Des entrepreneurs nazis avaient été reconnus pénalement responsables des conséquences de certaines de leurs activités commerciales. www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-related-to-robert-h-jackson/the-influence-of-the-nuremberg-trial-on-international-criminal-law/. Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials : A Personal Memoir*, New York, 1992. Ce principe s'applique également dans le contexte d'atteintes plus récentes aux droits de l'homme. Horacio Verbitsky, Juan Pablo Bohoslavsky (éd.), *Cuentas Pendientes. Los cómplices de la dictadura*, Siglo veintiuno, 2013.

⁵⁷ Polly Higgins, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of our Planet*, Londres, 2010.

⁵⁸ Harmen van der Wilt, « Corporate criminal responsibility for international crimes », *Chinese Journal of International Law*, vol. 12 (1^{re} éd.), p. 43 à 77.

de réduire les profits des investisseurs. Si ces risques étaient clairement énoncés, il est probable qu'aucun État n'y consentirait. Dès lors, lorsque les informations communiquées sur les risques encourus par les parties sont insuffisantes, si les faits sont dénaturés et si les prévisions de croissance présentées sont trop optimistes, on ne peut pas parler de consentement éclairé et la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit la modification ou l'extinction des traités ainsi conclus.

49. Les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États ne peuvent pas, en substance, dégager les investisseurs de leur responsabilité de réparer les dommages causés, et ceux-ci ne sauraient se soustraire au principe du pollueur-payeur en faisant valoir que le paiement d'une amende équivaldrait à une « expropriation ». Tout tribunal indépendant rejetterait une telle affirmation, qu'il considérerait comme manifestement abusive et contraire à l'ordre public.

50. Compte tenu de cette analyse, la dénonciation d'accords internationaux d'investissement est non seulement légitime, mais aussi légale et les « clauses de survivance » que comportent de tels accords doivent être réputées nulles et non avenues lorsqu'elles ont pour but de perpétuer un système qui porte atteinte aux droits de l'homme.

VI. Perspective

51. « Il n'existe ni raccourci ni chemin tout tracé pour parvenir à un développement durable et équitable. Mais les événements des trente dernières années ont démontré qu'il y avait peu de chances d'obtenir des résultats avec une politique économique uniformisée, qui cède de plus en plus de terrain aux ambitions de rentabilité des entreprises mondiales et aux forces du marché. En fin de compte, les pays devraient s'en remettre à eux-mêmes pour mobiliser des ressources productives et, surtout, pour accroître leur investissement intérieur (privé et public) et renforcer leur capital humain et leur savoir-faire technologique. Cela requiert toutefois que leur marge d'action soit aussi étendue que possible afin qu'ils puissent déterminer les mesures adaptées à leur situation, et non qu'elle soit sans cesse réduite⁵⁹ ».

52. Conformément à l'article 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les États veillent à ce que règne « sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ». Ce principe est repris à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

53. L'adoption de 10 principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et d'innombrables résolutions et déclarations de l'Assemblée générale, du Conseil économique et social et du Conseil des droits de l'homme, les Conventions pertinentes de l'OIT et de l'OMS, la création d'un système de tribunaux régionaux des droits de l'homme habilités à rendre des décisions contraignantes, la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993, les objectifs du Millénaire pour le développement – tous ces instruments, apparus tout au long d'une période de plusieurs décennies, témoignent de la formation d'un droit international coutumier des droits de l'homme, qui met en évidence une *opinio juris* et un consensus international en faveur de la primauté des droits de l'homme. Dans ce contexte, la mondialisation et l'investissement ciblé, réglementés par l'État, dont c'est l'une des fonctions, devraient contribuer à réunir les conditions propices à la pleine réalisation des droits de l'homme. Hélas, les accords internationaux d'investissement dépossèdent l'État de ses fonctions comme si les seuls droits étaient celui de faire commerce et celui d'investir.

⁵⁹ CNUCED, *Rapport sur le commerce et le développement*, 2014.

54. Pour ce qui est de la propriété intellectuelle, il est unanimement admis qu'il faut la protéger, mais que l'on doit, ce faisant, tenir compte de la question des droits de l'homme. L'humanité, telle qu'elle existe au XXI^e siècle, est le fruit de plusieurs milliers d'années de liberté du savoir, en d'autres termes de libre échange d'idées et d'inventions. S'il est vrai qu'il est juste de récompenser la recherche et de breveter les nouveaux produits pharmaceutiques et les nouvelles inventions, les monopoles ne doivent pas contribuer à exacerber les inégalités et les gouvernements devraient réglementer en la matière pour garantir une certaine souplesse et prévenir les pratiques de « renouvellement automatique ». Il est essentiel de garantir l'accès à des médicaments abordables pour protéger le droit à la vie. Refuser de fournir des médicaments à prix abordable équivaut donc à se rendre coupable de refus d'assistance humanitaire⁶⁰ ou de non-assistance à personnes en danger, deux infractions pénales. En d'autres termes, le savoir n'est pas une marchandise que l'on peut privatiser ou s'approprier à des fins lucratives; il doit au contraire être partagé au nom de la solidarité internationale. Partager gratuitement un savoir, comme l'a fait l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire avec le World Wide Web, fait partie des plus nobles traditions de la civilisation.

55. On ne saurait laisser la mondialisation transformer le monde en un vaste casino planétaire où les investisseurs manipuleraient le système de façon à être toujours gagnants. Il est impossible d'instaurer un ordre international démocratique et équitable si on laisse les États se faire prendre au piège dans cet « Hôtel du Meilleur des mondes », où on les accueille sans jamais les laisser repartir. Puisque les attraits des investissements étrangers directs se sont avérés trompeurs, les gouvernements doivent se détourner de ces miroirs aux alouettes, exiger des preuves empiriques de la création d'emplois et refuser la « course à l'abîme » dans le domaine des droits de l'homme. Avec de la bonne volonté, les États peuvent ajuster les accords internationaux d'investissement à leur avantage.

56. Les sociétés transnationales exercent leurs activités sur le territoire d'États liés par la Charte des Nations Unies, instrument qui a valeur de Constitution mondiale et dont les buts et principes sont essentiels à l'instauration d'un ordre international démocratique et équitable. Elles ne peuvent pas créer de nouvel ordre juridique au-delà de celui instauré par la Charte et ne sont pas *legibus solutus*, c'est-à-dire « déliées des lois », des principes généraux du droit et des codes de conduite fondamentaux. Elles n'opèrent pas en vase clos, mais sont liées par le régime international des droits de l'homme. Même l'effet le plus recherché de leurs activités sur les sociétés contemporaines, à savoir, la création d'emplois, n'est possible que si des lois garantissent le bon déroulement des opérations de marché, l'attribution claire des droits de propriété et le recours à des tribunaux efficaces. Les sociétés transnationales opèrent au sein d'un système de responsabilité et de poids et contrepoids qui s'est bâti au fil des siècles et auquel on ne peut pas renoncer. Où que ces sociétés soient immatriculées et où qu'elles opèrent, il incombe aux pays d'origine comme aux pays d'implantation de réglementer leurs activités pour prévenir les atteintes aux droits de l'homme.

57. Un État qui ne garantit pas les droits de l'homme de la population qui relève de sa juridiction est un État défaillant, même s'il s'acquitte de toutes ses obligations financières. Pour prévenir l'émergence d'une situation dystopique dans laquelle les États ne pourraient pas protéger efficacement les droits de l'homme et les sociétés transnationales leur dicteraient les politiques à appliquer, les États doivent réaffirmer leur souveraineté d'une manière qui soit compatible avec les buts et principes des Nations Unies, en particulier avec les Articles premier et 2 de la Charte. Ils doivent

⁶⁰ www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq32.htm.

revoir les accords qui sont en contradiction avec les droits de l'homme et, si besoin, y mettre fin.

58. En gardant à l'esprit que la prise de risques est l'essence même du capitalisme et de l'investissement, les États doivent insister pour que les investisseurs acceptent le risque et se soumettent à la législation nationale comme le préconise, en quelque sorte, la doctrine Calvo⁶¹, selon laquelle les différends relatifs aux investissements internationaux doivent être soumis à la compétence des instances du pays dans lequel l'investissement a été effectué. Cette doctrine a été incorporée dans la Constitution de nombreux États d'Amérique latine et mérite de servir de modèle pour l'élaboration d'accords internationaux d'investissement. Les sociétés transnationales ne peuvent pas prétendre que les mesures de protection prises par l'État dans les domaines de l'environnement, de la santé et de l'hygiène entraînent des risques imprévisibles.

59. Modifier un accord international d'investissement ou y mettre fin n'est sans doute pas une tâche aisée, mais cela reste bien moins difficile, par exemple, que la gestion d'un conflit armé. L'économie mondiale a dû s'adapter maintes et maintes fois pour défendre la cause de la dignité humaine. Ce fut le cas avec l'interdiction de la lucrative traite négrière, l'abolition de l'esclavage et la décolonisation, qui ont fait place à d'autres modèles économiques. Pendant plusieurs siècles, l'esclavage, placé sous le sceau d'une légalité implicite, a été le modèle économique de fait, tandis que le colonialisme constituait l'ordre international de fait. Aujourd'hui, ces pratiques sont considérées comme des crimes contre l'humanité. Depuis des décennies, l'arbitrage des différends entre investisseurs et États perturbe de fait l'ordre international, mais il ne peut pas primer la Charte des Nations Unies. De la même manière que d'autres modèles économiques ont été abandonnés, à terme, la procédure de règlement des différends entre investisseurs et États sera reconnue comme une expérience ayant mal tourné, comme une tentative de détournement de la constitutionnalité qui s'est traduite par une régression dans le domaine des droits de l'homme. En ne modifiant pas un traité bilatéral d'investissement ou un accord de libre-échange ou en n'y mettant pas fin lorsque le besoin s'en fait sentir, on s'expose à des conséquences plus graves qu'en acceptant raisonnablement la nécessité de le réviser.

60. En conclusion, il convient de rappeler que si les accords de libre-échange et d'investissement ont une raison d'être, le rôle premier de l'État consiste à agir dans l'intérêt général. Les entreprises et les investisseurs ont amplement l'occasion de s'enrichir légitimement et de conclure de véritables « partenariats » avec les États, et non des relations asymétriques. De manière générale, il faudrait : a) donner aux entreprises ce qui leur revient, à savoir un environnement dans lequel elles puissent se livrer une concurrence équitable; b) rendre aux États leurs attributs fondamentaux et inaliénables, c'est-à-dire leur souveraineté et leur marge d'action; c) donner aux parlements ce qui leur appartient, à savoir la faculté d'examiner tous les aspects des traités sans confidentialité antidémocratique et sans raccourci; d) donner au peuple ce qui lui revient : le droit à la participation, à une procédure régulière et à la démocratie.

VII. Plan d'action

61. Soixante-dix ans après l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies, il convient de rappeler ses buts et principes qui, conformément à son Article 103, prévalent sur ceux de tout autre instrument. Conscient qu'un ordre international

⁶¹ Patrick Juillard, « Calvo Doctrine/Calvo Clause », *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I, p. 1086 à 1093, Oxford, 2012. D. R. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, 1955. C. K. Darymple, « Politics and foreign direct investment: the multilateral investment guarantee agency and the Calvo Clause », *Cornell International Law Review*, vol. 29, p. 161 à 189.

démocratique et équitable ne peut être instauré que progressivement par l'action concertée des États, des institutions nationales des droits de l'homme, des organisations intergouvernementales et de la société civile, l'Expert indépendant soumet ce plan d'action préliminaire comportant les recommandations préventives et correctives ci-après.

62. À l'intention des États :

a) Les États doivent veiller à ce que tous les accords commerciaux et les accords d'investissement – actuels et futurs – représentent la volonté démocratique des populations concernées. Les projets d'accord examinés à l'heure actuelle ne doivent pas faire l'objet de négociations secrètes ou « accélérées ». Au contraire, le public doit prendre part à ces négociations, qui doivent se fonder sur des évaluations indépendantes des conséquences qu'auront ces accords sur l'environnement et dans les domaines de la santé et des droits de l'homme;

b) Les États devraient veiller à associer les parlements, les institutions nationales des droits de l'homme et les médiateurs à l'élaboration, à la négociation, à l'adoption et à l'application des accords commerciaux et des accords d'investissement;

c) Les États doivent veiller à ce que tous les accords commerciaux et les accords d'investissement reconnaissent la primauté des droits de l'homme et précisent qu'en cas de conflit, les obligations en matière de droits de l'homme prévalent. Ils doivent s'acquitter de l'obligation *erga omnes* d'appliquer les instruments relatifs aux droits de l'homme et les Conventions de l'OIT et de l'OMS;

d) Les États doivent prendre les précautions qui s'imposent pour réduire au minimum le risque d'atteinte aux droits de l'homme en adoptant et en appliquant des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange, et écarter tout risque qu'ils soient tenus d'indemniser les investisseurs étrangers s'ils adoptent les mesures ou les politiques voulues, d'ordre fiscal ou financier ou aux fins du règlement de la dette, pour faire face à une nouvelle donne, notamment à des crises financières, à de nouvelles découvertes scientifiques ou la revendication par le public de lois d'application générale;

e) Les États qui adhèrent à des accords internationaux d'investissement doivent veiller à convenir également d'un mécanisme régulateur indépendant tel qu'un bureau du Médiateur. Des dispositions doivent aussi être prises aux fins de la réalisation *ex ante* et *ex post* d'études d'impact sur l'environnement et les droits de l'homme;

f) Les États ne peuvent compromettre l'accomplissement de l'obligation qui leur incombe de garantir les droits de l'homme en acceptant, dans le cadre d'une procédure de règlement des différends entre investisseurs et États, des accords qui permettent aux investisseurs de contester le droit du travail, la législation relative à l'environnement ou les codes sanitaires nationaux;

g) Les États doivent veiller à ce que les accords internationaux d'investissement ne compromettent pas leur capacité de mener les politiques industrielles et macro-économiques nécessaires aux fins du développement, objectif essentiel du droit « constitutionnel » des Nations Unies, et prendre des mesures pour revoir sans délai les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange en vigueur qui ont une incidence néfaste dans le domaine des droits de l'homme. Ils devraient contrôler la constitutionnalité de ces traités et accords et les revoir ou y mettre fin, conformément aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lorsqu'ils sont incompatibles avec leurs obligations dans le domaine des droits de l'homme;

h) Les États devraient veiller à conserver le contrôle des services essentiels de façon à garantir le respect des principes démocratiques de transparence et de responsabilité. Toute privatisation doit s'accompagner de garanties effectives dans le domaine des droits de l'homme;

i) À l'avenir, tout accord international d'investissement devra prévoir le règlement des différends entre investisseurs et États non plus par un mécanisme dit de règlement des différends entre investisseurs et États, mais par une décision de justice, rendue par un tribunal national ou par un tribunal international de l'investissement, expressément lié par la reconnaissance de la primauté des droits de l'homme, de l'intérêt public et de la souveraineté nationale;

j) Les États devraient prendre des mesures pour garantir le respect des Principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme et rendre ces principes contraignants dans leur ordre juridique interne;

k) Les États devraient contrôler le respect des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme par toutes les sociétés transnationales opérant sur leur territoire et rendre ces principes contraignants dans leur ordre juridique interne;

l) Les États devraient s'associer avec des acteurs de la société civile pour contrer l'incidence néfaste des accords de libre-échange sur la jouissance des droits de l'homme et créer un environnement favorable pour la société civile;

m) Les États doivent : refuser d'appliquer les sentences prononcées par des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États ou par le CIRDI lorsqu'elles portent atteinte aux droits de l'homme; se montrer solidaires des États qui cherchent à modifier des traités bilatéraux d'investissement, des accords de libre-échange ou des accords conclus dans le cadre d'une procédure de règlement des différends entre investisseurs et États ou à y mettre fin, ou qui refusent d'appliquer des sentences arbitrales; prendre des mesures à l'égard des investisseurs et des sociétés transnationales qui violent le droit international des droits de l'homme;

n) Les États victimes de procédures d'arbitrage *contra bonos mores* devraient prendre des mesures concertées, refuser collectivement d'appliquer les sentences prononcées et convoquer une assemblée des États parties pour modifier les accords conclus dans le cadre de ces procédures ou y mettre fin avec effet immédiat et revoir l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ou y mettre fin lorsque ces sentences emportent des atteintes aux droits de l'homme;

o) Les États devraient faire en sorte que les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange comportent des dispositions spécifiquement relatives à la responsabilité qui incombe en droit aux sociétés transnationales et aux investisseurs de réparer les dommages causés par leurs activités, notamment dans le domaine de l'environnement et de la santé, et renforcer les dispositions de leur droit pénal national de façon à engager la responsabilité pénale individuelle des investisseurs et des dirigeants de ces sociétés en cas de dommages environnementaux ou d'atteintes manifestes aux droits de l'homme. À cette fin, ils devraient créer un mécanisme de contrôle chargé d'évaluer le respect des droits de l'homme par les investisseurs;

p) Les États devraient invoquer l'Article 96 de la Charte des Nations Unies pour demander à l'Assemblée générale de solliciter l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les points juridiques pertinents.

63. À l'intention des parlements :

a) En gardant à l'esprit que dans un régime démocratique représentatif, le Parlement est le dépositaire de la volonté du peuple, les parlementaires doivent consulter leurs administrés, prendre l'initiative d'informer tous les groupes de population, en particulier ceux qui sont susceptibles d'être concernés par les accords internationaux d'investissement, et solliciter leur opinion. Le fait d'accélérer la négociation des traités est incompatible avec le processus démocratique et aboutit à la conclusion de traités illégitimes;

b) Les parlements doivent veiller à ce que les accords internationaux d'investissement comportent des dispositions générales relatives à leur réexamen périodique et à leur modification, ainsi que des dispositions sur l'extinction, le retrait ou la suspension, et à ce qu'ils ne contiennent pas de « clauses de survivance » abusives;

c) Les parlements doivent veiller à ce que les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange favorisent la bonne application des politiques dans le domaine de la sécurité alimentaire, de l'éducation, de la santé et de l'assainissement, ainsi que des politiques économiques et sociales, et se prononcer sur les questions budgétaires et fiscales nationales;

d) Les parlementaires devraient résister aux arguments trompeurs des lobbies œuvrant en faveur des entreprises transnationales, qui leur présentent des prévisions trop optimistes de croissance et de développement. Ils doivent exiger que des analyses économiques indépendantes et des études indépendantes d'impact sur les droits de l'homme soient réalisées;

e) Les parlementaires devraient se garder de céder aux tentatives de privatisation de services publics essentiels, notamment des réseaux de distribution d'eau potable et d'assainissement;

f) Les assemblées parlementaires et les parlements régionaux devraient tenir compte des risques que comportent les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange pour les droits de l'homme, notamment en prévoyant différents moyens d'y mettre fin ou de les modifier conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités.

64. À l'intention des entreprises transnationales et des investisseurs : les entreprises transnationales doivent accepter les mesures adoptées par les États pour donner progressivement effet aux droits consacrés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et en tenir compte dans leurs frais d'exploitation. Elles doivent se garder d'intervenir dans l'exercice, par l'État, de sa fonction consistant à légiférer dans l'intérêt général et dans le respect de ses obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme.

65. À l'intention de la société civile, des institutions nationales des droits de l'homme, des universités et des institutions religieuses :

a) Les organisations de la société civile et les universités devraient revisiter les dogmes du fondamentalisme de marché et déterminer de manière empirique dans quelle mesure les accords internationaux d'investissement en vigueur favorisent ou entravent la jouissance des droits de l'homme;

b) Les individus et les groupes devraient revendiquer le droit qui leur appartient, selon les principes de la démocratie, de participer à la prise de décisions dans le cadre de l'élaboration des politiques budgétaires, fiscales, économiques, commerciales et sociales de l'État. Ils devraient exiger que les droits de l'homme priment les privilèges octroyés aux investisseurs et défendre le contrat social au

moyen d'un indice de satisfaction de la population, composé d'indicateurs tant matériels qu'immatériels;

c) Les individus et les groupes devraient exiger le réexamen périodique des résultats, bons ou mauvais, des accords internationaux d'investissement. Lorsqu'un traité est incompatible avec les droits de l'homme, il faut le revoir, le modifier ou y mettre fin;

d) Les individus et les groupes devraient exiger le respect, par leurs élus, des principes de transparence et de responsabilité, en particulier pour ce qui est de l'élaboration, de la négociation, de l'adoption et de l'application des accords commerciaux et des accords d'investissement;

e) Les individus et les groupes devraient faire appel aux tribunaux nationaux pour déterminer la constitutionnalité des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange en vigueur et définir les conditions d'éventuels accords futurs;

f) Les individus et les groupes devraient faire valoir leurs droits en invoquant la compétence des tribunaux régionaux des droits de l'homme et en demandant à ces instances d'enquêter sur les atteintes aux droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux qui résultent de l'application d'accords internationaux d'investissement ou de l'exécution de sentences prononcées par des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, et de dénoncer ces atteintes;

g) Les écoles de droit devraient inscrire la déontologie dans leurs programmes d'étude et enseigner aux futurs avocats et arbitres qu'ils ont le devoir d'agir dans l'intérêt de la société et de faire respecter la lettre et l'esprit de la loi. Ils ne peuvent se rendre complices d'un système, quel qu'il soit, dont on peut prévoir qu'il entraînera une régression de la situation dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement. Les étudiants devraient considérer le droit de l'investissement comme une composante du cadre juridique qui régit également les droits de l'homme. Le droit n'est pas un jeu; le but n'est pas de « gagner » mais d'agir dans l'intérêt de la justice, en ayant conscience que le positivisme juridique doit tenir compte de la dignité humaine. Nul ne devrait chercher à tirer profit de l'injustice;

h) Les institutions religieuses devraient conjuguer leurs efforts pour évaluer le respect par les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange du droit des droits de l'homme et des normes y relatives, et selon que de besoin, promouvoir des moyens de modifier les traités qui font obstacle aux droits de l'homme ou d'y mettre fin;

i) Les institutions nationales des droits de l'homme devraient déconseiller aux États de conclure des traités bilatéraux d'investissement ou des accords de libre-échange qui ne garantissent ni leur souveraineté, ni leur marge d'action en matière de réglementation. Elles devraient les conseiller sur la manière de modifier les traités qui font obstacle à la réalisation des droits de l'homme ou d'y mettre fin.

66. À l'intention du Conseil des droits de l'homme :

a) Le nouveau forum sur les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit devrait consacrer une session aux conséquences des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange pour les droits de l'homme. Il pourra mettre au point un plan d'action pour s'attaquer aux problèmes rencontrés dans ce domaine et recommander des solutions réalisables. Il pourra proposer, par exemple, d'abandonner progressivement la procédure de règlement des différends entre investisseurs et États et de s'en remettre aux tribunaux nationaux, ou de créer, pour remplacer cette procédure, un tribunal international de l'investissement indépendant et transparent où siègeraient des juges permanents liés par un statut qui serait prioritairement axé sur les

droits de l'homme et qui rejetterait l'idée d'une juridiction à sens unique, de sorte que les États aient eux aussi qualité pour saisir la justice, et que ce droit ne soit plus réservé aux seuls investisseurs;

b) Le Conseil des droits de l'homme devrait systématiquement s'enquérir, dans le cadre de sa procédure d'Examen périodique universel, de l'incidence des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange sur la jouissance des droits de l'homme;

c) Le Conseil devrait envisager de confier au HCDH la mission d'organiser une consultation mondiale en ligne sur la question des effets néfastes des accords de libre-échange et d'investissement sur la jouissance des droits de l'homme, afin de contribuer au projet responsabilité et recours, et allouer des fonds supplémentaires au financement de cette consultation;

d) Le Conseil devrait envisager de saisir le Conseil de sécurité de l'ONU et de faire appel aux institutions spécialisées des Nations Unies, telles que l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), l'OIT, l'OMS et le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), et étudier la possibilité de demander des mesures provisoires ou conservatoires pour prévenir les atteintes aux droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux.

67. À l'intention des organismes et organes subsidiaires des Nations Unies :

a) La CNUCED devrait envisager d'organiser une conférence pour étudier les possibilités de revoir les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange en vigueur, ou d'y mettre fin, lorsqu'ils comportent des dispositions faisant obstacle au devoir de l'État de légiférer en faveur des droits de l'homme, d'appliquer des politiques économiques et de réglementer dans l'intérêt général. Cette conférence devrait permettre de progresser dans la mise en œuvre du « programme d'action » et de la « feuille de route » de la CNUCED en vue d'une réforme;

b) La CNUCED et le HCDH devraient fournir des services consultatifs et une assistance technique sur les moyens d'enrayer les effets néfastes des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange sur les droits de l'homme et d'indemniser les victimes;

c) Tous les organismes et organes subsidiaires des Nations Unies devraient s'intéresser à la question des accords internationaux d'investissement et fournir des services consultatifs et une assistance technique aux États qui envisagent de conclure de tels accords afin de garantir la protection de tous les droits de l'homme, y compris du droit à l'alimentation, à la santé, au salaire minimum, à de meilleures conditions de travail et à l'égalité des sexes, ainsi que des droits de l'enfant. Dans le cadre de procédures d'arbitrage du CIRDI et d'autres mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, ils devraient, selon que de besoin, présenter des mémoires en qualité d'*amicus curiae*. Ils devraient également demander à la Cour internationale de Justice des avis consultatifs sur les points pertinents, comme ils en ont le droit en vertu de l'Article 96, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies;

d) L'OMC devrait inscrire la question des droits de l'homme dans l'énoncé de sa mission et veiller à ce que son mécanisme de règlement des différends favorise le respect des droits de l'homme;

e) En tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, la CNUDCI⁶² devrait prendre en

⁶² www.uncitral.org/, www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf, www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf.

considération la question des droits de l'homme dans toutes ses activités, et en particulier renforcer ses règles relatives à la transparence et veiller à ce que les procédures d'arbitrage tiennent systématiquement compte des obligations découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et ne portent pas atteinte aux droits de l'homme, ne limitent pas la marge d'action des États et ne fassent pas obstacle aux mesures de protection de l'environnement. L'arbitrage ne doit plus relever du droit privé; il doit être du ressort d'instances de droit public qui agissent dans l'intérêt général.

VIII. Note

68. L'Expert indépendant est heureux que son mandat soit mieux reconnu et que cela lui permette d'obtenir davantage d'informations des gouvernements, des institutions nationales des droits de l'homme, de la société civile et des milieux universitaires. Il espère nouer des contacts avec des parties prenantes œuvrant dans tous les domaines liés à son mandat et entend collaborer avec elles pendant l'année qui fera l'objet du prochain rapport.

69. En conclusion, l'Expert indépendant souhaiterait exprimer une nouvelle fois sa gratitude au personnel infatigable et compétent du HCDH, et demande à l'Assemblée générale de mettre davantage de ressources à la disposition du HCDH.

Annexe

[*Anglais seulement*]

Selected Activities

Participation at side-events during the 27th, 28th and 29th sessions of the HR Council and side-events during UPR sessions.

- 9 October 2014: Keynote speaker at the Erskine Childers lecture on the right to peace, London.
- 23–24 October: Participation in two panels of the International Law Association, on international governance and geo-engineering, and on new Special Procedures mandates, New York.
- 6–9 December: Conference on the humanitarian impact of nuclear weapons, Vienna.
- 13 December: “Parliaments and the United Nations”, United Nations Association, Bern.
- 27 January 2015: bilateral consultation with trade experts at South Centre, Geneva.
- 10 February: Panel discussion, “Combating Violence and Discrimination against Women”, Carter Center, Atlanta.
- 11–12 February: Conference on Democracy and democratic elections, including bilateral meeting with President Carter, Atlanta.
- 19 March: Symposium on Unilateral Sanctions, Legal Policy and Business Challenges, London Centre of International Law Practice, London.
- 20–21 April: Consultation convened by the Independent Expert on human rights and international solidarity, Geneva
- 20–24 April: Participation in the open-ended inter-governmental working group on the right to peace.
- 27 April: Video message to Women’s International League for Peace and Freedom (WILPF)’s Conference on Peace, The Hague.
- 28 April: Bilateral consultations with trade experts at IPU, Geneva.
- 4 May: Bilateral consultations with trade experts at ILO and WHO
- 5 May: Expert consultation on free trade and investment agreements, Geneva (see Appendix 2).
- 19 May: Conference on unilateral economic sanctions, Institute of Democracy and Cooperation, Paris.
- 8–12 June: Annual meeting of Special Procedures mandate holders, Geneva.

Questionnaire of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order

- (1) In your views, do free trade and investment agreements promote or obstruct an international order that is more democratic and equitable? Can you provide positive or negative examples of the effects of free trade and investment agreements on human rights, including labour standards, prohibition of child labour, minimum wage levels, vacation and pension entitlements, gender equality etc.?

- (2) How do States ensure that the genuine will of the people is respected when free trade and investment agreements are elaborated, negotiated, ratified and implemented?
- (3) How do States ensure that the distribution of benefits and wealth derived from free trade and investment agreements is proportional to all its parties, as well as third-parties that may also be impacted? In particular what fiscal measures are in place to ensure that profits are legitimately taxed and to prevent the use of tax havens or tax avoidance schemes.
- (4) To what extent can affected groups be identified and consulted in order to mitigate potential adverse effects of these agreements on their human rights? To what extent are all stakeholders consulted, including labour unions, syndicates, environmental protection organizations, health professionals, ombudsmen?
- (5) How can Parliaments ensure transparency and accountability in the process of elaboration, negotiation, ratification and implementation of trade and investment agreements to ensure that human rights are respected, protected and fulfilled?
- (6) What recommendations could be provided as guiding principles to strengthen disclosure of information to enable meaningful participation in the decision-making process in relation to these agreements?
- (7) Have opinion polling and referenda been used before the adoption of past trade and investment agreements, and how could these mechanisms be effectively employed in current negotiations?
- (8) To the extent that globalization impacts all States, whether parties of free trade and investment agreements or not, how can the democratic participation of all States in global decision-making processes be advanced?
- (9) To what extent do free trade agreements or investment agreements compromise the sovereignty of States over domestic policy decisions on the protection of public health, the environment, promotion of local industries and agriculture? Are there human rights clauses or provision for exceptions to ensure the respect of human rights?
- (10) What jurisdiction is competent to judge alleged breaches of a free trade or investment agreement? What are the appeal possibilities? What kind of sanctions can be imposed?
- (11) In States parties to free trade and investment agreements, what recourses and remedies are available to States, corporations, groups and individuals, including indigenous peoples, in case human rights are violated?

Concept Note of the Consultation on the impact of free trade and investment agreements on an equitable and democratic international order, 5 May 2015

1. Background

1. The mandate of the Independent Expert was created by Human Rights Council resolution 18/6 in September 2011. Subsequent resolutions 21/9, 25/15 and 27/9 have complemented the mandate's terms of reference. The first, and current, mandate holder, Mr. Alfred de Zayas, was appointed effective 1 May 2012. To date, the Independent Expert has presented three substantive reports to the Human Rights Council and three reports to the General Assembly on various issues falling within his mandate including on fostering full, equitable and effective participation in conduct of public affairs; the adverse impacts of military expenditures on a democratic international order; the right of self-determination, as well as initiatives and mechanisms promoting the right to peace, international cooperation, and enhanced participation of States and civil society in global decision-making.

2. In resolution A/HRC/RES/25/15, the Human Rights Council calls upon Members states “to fulfil their commitment ... to maximize the benefits of globalization through, inter alia, the strengthening and enhancement of international cooperation to increase equality of opportunities for trade, economic growth and sustainable development...”, reiterating “... that only through broad and sustained efforts to create a shared future based upon our common humanity and all its diversity can globalization be made fully inclusive and equitable.”

3. In recent years, globalization has fostered trade as well as cultural and human exchange, which ultimately has benefitted economic growth. Globalization has provided opportunities for improved standards of living and poverty reduction, but it has also caused unemployment in some sectors, dismantled local industries and triggered population movements and migration. Moreover, the increasing influence of trade in global, regional and bilateral relations between States has in many instances led to growing inequalities both between States and within States. While globalization has allowed for the empowerment of individuals and communities in various domains, the increased rapidity of trade liberalization today, especially in terms of financial flows and corporations’ influential capacity, renders it pertinent to examine the continuing effects of trade and investment agreements on a democratic and equitable international order.

4. Accordingly, the Independent Expert intends to examine the impact of free trade and investment agreements on a democratic and equitable international order in his upcoming reports to the Human Rights Council and to the General Assembly.

5. As part of the process of elaborating these reports, the Independent Expert is convening a one-day expert consultation on 5 May 2015 in Geneva, Switzerland.

2. Objectives

6. The consultation intends to:

(i) Seek the views of experts on the impact of free trade and investment agreements on the protection and promotion of human rights and the promotion of a democratic and equitable international order;

(ii) Explore ways in which globalization in trade-related areas could advance, rather than hinder, the realization of an international order that is more democratic and more equitable;

(iii) Gather suggestions for concrete and pragmatic recommendations for his reports to the Human Rights Council and General Assembly.

3. Expected outcome

7. The expected outcome of this meeting is to provide inputs and suggestions to inform the Independent Expert’s 2015 reports to the Human Rights Council and the General Assembly. Participants are encouraged to put forward possible recommendations for inclusion in these reports. Written submission before or after the consultation are welcome.

4. Thematic focus

8. The meeting is expected to address the following issues:

Public participation

9. The level of proactive information provided by governments and transnational enterprises and financiers in the process of elaboration, negotiation and adoption of free trade and investment agreements and the opportunity of the public to meaningfully participate in the process are often not compliant with article 25 of the ICCPR. The rapid adoption of these agreements in parliaments with little consultation or participation, often influenced by lobbyists, prevents the electorate from voting on issues that affect them directly.

10. For this reason it is imperative to examine the role of Parliaments in monitoring the elaboration, negotiation and adoption of these agreements, their responsibility to legislate for the public interest notwithstanding FTAs, their power of modification and/or termination of FTA agreements that conflict with the proper exercise of State competences in protecting the environment, health and labour standards. The role of Parliaments in regulating the activities of transnational enterprises, especially in areas of environmental protection and health standards will also be discussed.

5. Impact on human rights

11. Existing and proposed free trade and investment agreements have far-reaching effects on human rights. International agreements impact the rights to employment and labour, the right to health, the right to food, and the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment. The normative framework to be examined will include the United Nations Charter, the two human rights covenants, the conventions on the rights of the child, the convention on migrant workers, the ILO Conventions on labour standards, WHO Conventions including the Framework Convention on Tobacco Control, and soft law resolutions and declarations including the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, the Guidelines on Business and Human Rights and the Declaration on the Right to Development.

12. A review of human rights concerns that have arisen in the past on the basis of the experience with free trade and investment agreements, especially concerning States' obligation to adopt measures to progressively advance economic, social and cultural rights will notably be discussed. The "chilling effect" of the threat of costly Investor State Dispute Settlements (ISDS) arbitrations, which may deter States in adopting social legislation, will also be explored. The question arises whether transnational corporations can ever be allowed to hinder the competence of States to legislate in the public interest, and whether States can waive their competences without negating the ontological nature of the sovereign State as understood in the UN Charter.

13. Participants will examine the pertinence of human rights impact assessments in the process of elaboration of free trade and investment agreements, as well as the usefulness of subsequent or follow-up human rights impact assessment.

6. Reviewing the primacy of human rights treaty obligations over Free Trade and Investment Agreements

14. During the consultation, participants will be able to express their views on the primacy of the UN Charter and in particular its human rights provisions over other treaties (Cf. Art. 103 of the UN Charter). The discussion should also address experiences with the use of exception clauses or clauses that allow States to legislate in the public interest without fearing financial consequences before ISDS Tribunals. To the extent that free trade and investment agreements hinder the State's function of legislating in the public interest and result in violations of human rights treaties including ICCPR, ICESCR, ILO and WHO Conventions, they may be considered *contra bonos mores* and as such null and void pursuant to article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (CVLT). Customary international law on these issues should be revisited, including general principles of law (Art. 38 ICJ statute) including good faith (Art. 26 Vienna Convention on the Law of Treaties) and the concept of abuse of rights contained in the legislation of many countries.

15. A review of the establishment of ISDS Tribunals and issues of conflict of interests and a review of the jurisprudence of ISDS arbitrations, including the possibilities of challenging arbitration awards will be discussed. In particular, the possibility and modalities of refusing implementation of arbitration awards and the consequence of such refusal will be explored, as well as the experience made by States in suing transnational corporations for environmental damage (the polluter pays principles) and endangering public health. In this context participants should consider whether the establishment of parallel systems of dispute settlement are compatible with the State's obligation to ensure that suits at law are examined by independent

tribunals. Separate and unaccountable dispute settlement mechanisms seem to be contrary to the rule of law, in particular to article 14(1) ICCPR.

7. Pragmatic recommendations to make globalization work for human rights

16. Global challenges include privatization, the role of the World Bank and its International Center for Settlement of Investment Disputes, the WTO and the IMF, foreign debt management, default, unilateral sanctions, extraterritorial application of laws, etc.

17. Participants will discuss general issues about the impact of globalisation on human rights, including the ideas of taxation of transnational enterprises and phasing-out of tax havens and formulate recommendations thereon.

18. Among possible recommendations are the modification or termination of free trade and investment agreements that have led to violations of human rights. Participants consider the grounds for denunciation, invalidity, suspension, modification or termination of treaties laid down in the VCLT, including error (art. 48), fraud (art. 49), corruption (art. 50), coercion (arts. 51 and 52), conflict with peremptory norms (art. 53), implied right of denunciation or withdrawal (art. 56), breach (art. 60), supervening impossibility of performance (art. 61), fundamental change of circumstances (art. 62), emergence of a new *jus cogens* norm (art. 64), and the procedure to follow (arts. 65 et seq.)

19. Participants may also consider the feasibility for the General Assembly or some other body such as the ILO or WHO to request advisory opinions from the International Court of Justice on the primacy of human rights over FTAs and on available mechanisms to provide redress to victims.

Guiding Principles on business and human rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework – excerpts

20. The Human Rights Council endorsed the Guiding Principles in its resolution 17/4 of 16 June 2011.

Guiding principle 9

States should maintain adequate domestic policy space to meet their human rights obligations when pursuing business-related policy objectives with other States or business enterprises, for instance through investment treaties or contracts.

Commentary

Economic agreements concluded by States, either with other States or with business enterprises — such as bilateral investment treaties, free trade agreements or contracts for investment projects — create economic opportunities for States. But they can also affect the domestic policy space of Governments. For example, the terms of international investment agreements may constrain States from fully implementing new human rights legislation, or put them at risk of binding international arbitration if they do so. Therefore, States should ensure that they retain adequate policy and regulatory ability to protect human rights under the terms of such agreements, while providing the necessary investor protection.

Guiding principle 25

As part of their duty to protect against business-related human rights abuse, States must take appropriate steps to ensure, through judicial, administrative, legislative or other appropriate means, that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction those affected have access to effective remedy.

Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/29/28 – excerpts

Transparency in investment arbitration

21. A significant opportunity for increasing transparency in the area of investor-State arbitration has arisen from work of the Working Group on Arbitration and Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). The UNCITRAL Working Group started working on transparency in 2010, with a mandate that stressed the importance of ensuring transparency in investor-State dispute settlements (A/6317, para. 314). In a written submission in support of that mandate, a Member State observed that the lack of transparency in investor-State arbitration was contrary to the fundamental principles of good governance and human rights upon which the United Nations is founded (see A/CN.9/662, para. 20). That work has culminated in two major texts: (a) the rules on transparency in treaty-based investor-State arbitration, which came into effect on 1 April 2014; and (b) a convention on transparency⁶³ (the United Nations Convention on Transparency), which was finalized by the Commission in July 2014 and opened for signature on 17 March 2015. The Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises welcomes these new transparency rules.

22. Both the Guiding Principles and the UNCITRAL work on transparency back procedural and legal transparency and take a practical approach to achieving that aim. The new UNCITRAL rules on transparency seek to address a regular concern with investor-State dispute settlement cases – namely that their typically confidential and non-participatory nature does not allow for involvement by affected stakeholders, or for an adequate balance between the need for States to ensure that they retain adequate policy and regulatory ability to protect human rights and provide investor protection, as clarified in Guiding Principle 9. With the new UNCITRAL rules and the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, States have a practical means to promote good governance and respect for human rights with a broader policy framework that is aligned with the Guiding Principles.⁶⁴

23. These rules, when they apply, provide a transparent procedural regime under which investment treaty arbitrations are conducted. They can be used in investor-State arbitrations initiated under UNCITRAL arbitration rules, as well as under other institutional arbitration rules or in ad hoc proceedings. States can now incorporate them into investment treaties concluded on or after 1 April 2014, but for the rules to apply to disputes arising under the more than 3,000 investment treaties concluded before that date, the States parties to a treaty, or disputing parties in an investor-State arbitration, would need to agree to apply the rules under that treaty or to that dispute. This highlights the importance of the Convention on Transparency, which provides an efficient, multilateral mechanism by which States can agree, subject to relevant reservations, to apply the rules to all arbitrations arising under their investment treaties concluded before 1 April 2014. The Working Group welcomes the rules and considers that an obvious step for States to remedy incoherence between current modes of investment with norms for good governance and human rights considerations, including those set out in the Guiding Principles, would be to sign and ratify the Convention.

24. The Working Group is pleased to have had the opportunity to engage with UNCITRAL, including at its forty-seventh session in July 2014, and to note that in the report of that session the Commission agreed that the UNCITRAL secretariat should monitor developments in the

⁶³ A/CN.9/812 and www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf. The Working Group chairperson was invited to speak at the March 2015 signing ceremony.

⁶⁴ <http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/transparency-in-investment-treaty-arbitration-and-the-un-guiding-principles-on-business-and-human-rights-the-new-uncitral-rules-and-convention-on-transparency/>.

area of business and human rights, in cooperation with relevant bodies within the United Nations and beyond and inform the Commission about developments of relevance to UNCITRAL work (see A/69/17, para. 204).

Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements, A/HRC/19/59/Add.5 – excerpts

25. All States should prepare human rights impact assessments prior to the conclusion of trade and investment agreements.

26. States must ensure that the conclusion of any trade or investment agreement does not impose obligations inconsistent with their pre-existing international treaty obligations, including those to respect, protect and fulfil human rights.

27. Human rights impact assessments of trade and investment agreements should be prepared prior to the conclusion of the agreements and in time to influence the outcomes of the negotiations and, if necessary, should be completed by ex post impact assessments. Based on the results of the human rights impact assessment, a range of responses exist where an incompatibility is found, including but not limited to the following:

- (a) Termination of the agreement;
- (b) Amendment of the agreement;
- (c) Insertion of safeguards in the agreement;
- (d) Provision of compensation by third-State parties;
- (e) Adoption of mitigation measures.

28. Each State should define how to prepare human rights impact assessments of trade and investment agreements it intends to conclude or has entered into. The procedure, however, should be guided by a human rights-based approach, and its credibility and effectiveness depend on the fulfilment of the following minimum conditions:

- (a) Independence;
- (b) Transparency;
- (c) Inclusive participation;
- (d) Expertise and funding; and
- (e) Status.

29. While each State may decide on the methodology by which human rights impact assessments of trade and investment agreements will be prepared, a number of elements should be considered:

- (a) Making explicit reference to the normative content of human rights obligations;
- (b) Incorporating human rights indicators into the assessment; and
- (c) Ensuring that decisions on trade-offs are subject to adequate consultation (through a participatory, inclusive and transparent process), comport with the principles of equality and non-discrimination, and do not result in retrogression.

30. States should use human rights impact assessments, which aid in identifying both the positive and negative impacts on human rights of the trade or investment agreement, to ensure that the agreement contributes to the overall protection of human rights.

31. To ensure that the process of preparing a human rights impact assessment of a trade or investment agreement is manageable, the task should be broken down into a number of key steps

that ensure both that the full range of human rights impacts will be considered, and that the assessment will be detailed enough on the impacts that seem to matter the most:

- (a) Screening;
- (b) Scoping;
- (c) Evidence gathering;
- (d) Analysis;
- (e) Conclusions and recommendations; and
- (f) Evaluation mechanism.

International Labour Organisation Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up, adopted by the International Labour Conference at its eighty-sixth session, Geneva, 18 June 1998 (Annex revised 15 June 2010) – excerpts

“2. Declares that all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation arising from the very fact of membership in the Organization to respect, to promote and to realize, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely:

- (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
- (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;
- (c) the effective abolition of child labour; and
- (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.”

Declaration of Santa Cruz, Bolivia, 17 June 2014 – excerpts

In its Declaration, the 134 members of the Group of 77 expressed their concern about the negative impact of certain trade agreements on developing countries:

64. We note with great concern that non-communicable diseases have become an epidemic of significant proportions, undermining the sustainable development of member States. In that sense, we acknowledge the effectiveness of tobacco control measures for the improvement of health. We reaffirm the right of member States to protect public health and, in particular, to ensure universal access to medicines and medical diagnostic technologies, if necessary, including through the full use of the flexibilities in the Doha Declaration on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) and Public Health.

169. We believe that trade rules, in WTO or in bilateral and regional trade agreements, should enable developing countries to have sufficient policy space so that they can make use of policy instruments and measures that are required for their economic and social development. We reiterate our call for the effective strengthening of the special and differential treatment and less than full reciprocity principles and provisions in WTO so as to broaden the policy space of developing countries and enable them to benefit more from the multilateral trading system. We also call for bilateral trade and investment agreements involving developed and developing countries to have sufficient special and differential treatment for developing countries to enable them to retain adequate policy space for social and economic development.

UNCTAD Database of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in 2014⁶⁵

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Home State of Respondent/investor (claimant) State</i>		<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
A11Y Ltd v. Czech Republic	2014	Czech Republic	United Kingdom	Czech Republic-UK BIT	UNCITRAL	Pending
Albaniabeg Ambient Sh.p.k, M. Angelo Novelli and Costruzioni S.r.l. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/14/26)	2014	Albania	Italy	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Alpiq AG v. Romania (ICSID Case No. ARB/14/28)	2014	Romania	Switzerland	Switzerland-Romania BIT; Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Anglia Auto Accessories, Ivan Peter Busta and Jan Peter Busta v. Czech Republic	2014	Czech Republic	United Kingdom	Czech Republic-UK BIT	SCC	Pending
Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/14/1)	2014	Venezuela, Bolivarian Republic of	United Kingdom	United Kingdom-Venezuela BIT	ICSID AF	Pending
Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25)	2014	China	Korea, Republic of	China-Republic of Korea BIT (2007)	ICSID	Pending
Ayoub-Farid Saab and Fadi Saab v. Cyprus	2014	Cyprus	Lebanon	Cyprus-Lebanon BIT	ICC	Pending
Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/14/21)	2014	Peru	Canada	Canada-Peru FTA	ICSID	Pending
Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30)	2014	Yemen	China	China-Yemen BIT	ICSID	Pending
Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/14/3)	2014	Italy	Belgium; France; Germany	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/14/32)	2014	Argentina	Austria	Argentina-Austria BIT	ICSID	Pending
CEAC Holdings Limited v. Montenegro (ICSID Case No. ARB/14/8)	2014	Montenegro	Cyprus	Cyprus-Serbia and Montenegro BIT	ICSID	Pending
Cem Uzan v. Republic of Turkey	2014	Turkey	Data not available	Energy Charter Treaty	SCC	Pending

⁶⁵ <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Respondent investor State</i>	<i>Home State of investor (claimant)</i>	<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
City-State N.V., Praktyka Asset Management Company LLC, Crystal-Invest LLC and Prodiz LLC v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/14/9)	2014	Ukraine	Netherlands	Netherlands-Ukraine BIT	ICSID	Pending
Corona Materials, LLC v. Dominican Republic (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3)	2014	Dominican Republic	United States of America	CAFTA	ICSID AF	Pending
Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. v. Hellenic Republic (ICSID Case No. ARB/14/16)	2014	Greece	Cyprus	Cyprus-Greece BIT	ICSID	Pending
David Aven, Samuel Aven, Carolyn Park, Eric Park, Jeffrey Shioleno, Giacomo Buscemi, David Janney and Roger Raguso v. Costa Rica	2014	Costa Rica	United States of America	CAFTA UNCITRAL		Pending
Elektrogospodarstvo Slovenije - razvoj in inženiring d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina (ICSID Case No. ARB/14/13)	2014	Bosnia and Herzegovina	Slovenia	Energy Charter Treaty; Bosnia Herzegovina-Slovenia BIT	ICSID	Pending
EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/14/14)	2014	Slovakia	Canada; United States of America	Slovakia/Czechoslovakia-US BIT; Canada-Slovakia BIT	ICSID	Pending
Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/14/10)	2014	Venezuela, Bolivarian Republic of	Netherlands	Netherlands-Venezuela BIT	ICSID	Pending
IBT Group LLC, Constructor, Consulting and Engineering (Panamá) SA and International Trade and Business and Trade, LLC v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/14/33)	2014	Panama	United States of America	Panama-US BIT	ICSID	Pending
Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/14/5)	2014	Costa Rica	Canada	Canada-Costa Rica BIT	ICSID	Pending
InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/12)	2014	Spain	United Kingdom	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Respondent investor State</i>	<i>Home State of investor (claimant)</i>	<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/14/29)	2014	Romania	Sweden	Romania-Sweden BIT	ICSID	Pending
JML Heirs LLC and J.M. Longyear LLC v. Canada	2014	Canada	United States of America	NAFTA	Data not available	Pending
Krederi Ltd. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/14/17)	2014	Ukraine	United Kingdom	Ukraine-UK BIT	ICSID	Pending
Louis Dreyfus Armateurs v. India	2014	India	France	France-India BIT	UNCITRAL	Pending
Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1)	2014	Spain	Netherlands	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Michael Dagher v. Republic of the Sudan (ICSID Case No. ARB/14/2)	2014	Sudan	Jordan; Lebanon	Jordan-Sudan BIT; Lebanon-Sudan BIT	ICSID	Pending
NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11)	2014	Spain	Netherlands	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/14/15)	2014	Indonesia	Netherlands	Indonesia-Netherlands BIT	ICSID	Discontinued (for unknown reasons)
Oded Besserglik v. Republic of Mozambique (ICSID Case No. ARB(AF)14/2)	2014	Mozambique	South Africa	Mozambique - South Africa BIT	ICSID AF	Pending
Red Eléctrica Internacional SAU v. Bolivia	2014	Bolivia, Plurinational State of	Spain	Spain-Bolivia BIT	UNCITRAL	Settled
REENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/18)	2014	Spain	Data not available	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/34)	2014	Spain	Germany	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Sodexo Pass International SAS v. Hungary (ICSID Case No. ARB/14/20)	2014	Hungary	France	France-Hungary BIT	ICSID	Pending
Tarique Bashir and SA Interpétrol Burundi v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/14/31)	2014	Burundi	Belgium	Belgium/Luxembourg-Burundi BIT	ICSID	Pending

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Respondent investor State</i>	<i>Home State of investor (claimant)</i>	<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/14/4)	2014	Egypt	Spain	Egypt-Spain BIT	ICSID	Pending
United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia (ICSID Case No. ARB/14/24)	2014	Estonia	Netherlands	Estonia-Netherlands BIT	ICSID	Pending
VICAT v. Republic of Senegal (ICSID Case No. ARB/14/19)	2014	Senegal	France	France-Senegal BIT	ICSID	Pending
Vodafone International Holdings BV v. India	2014	India	Netherlands	India-Netherlands BIT	UNCITRAL	Pending
Zelena N.V. and Energo-Zelena d.o.o Indija v. Republic of Serbia (ICSID Case No. ARB/14/27)	2014	Serbia	Belgium	Belgium/Luxembourg-Serbia BIT	ICSID	Pending

UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development – excerpt⁶⁶

Core Principles for investment policymaking for sustainable development

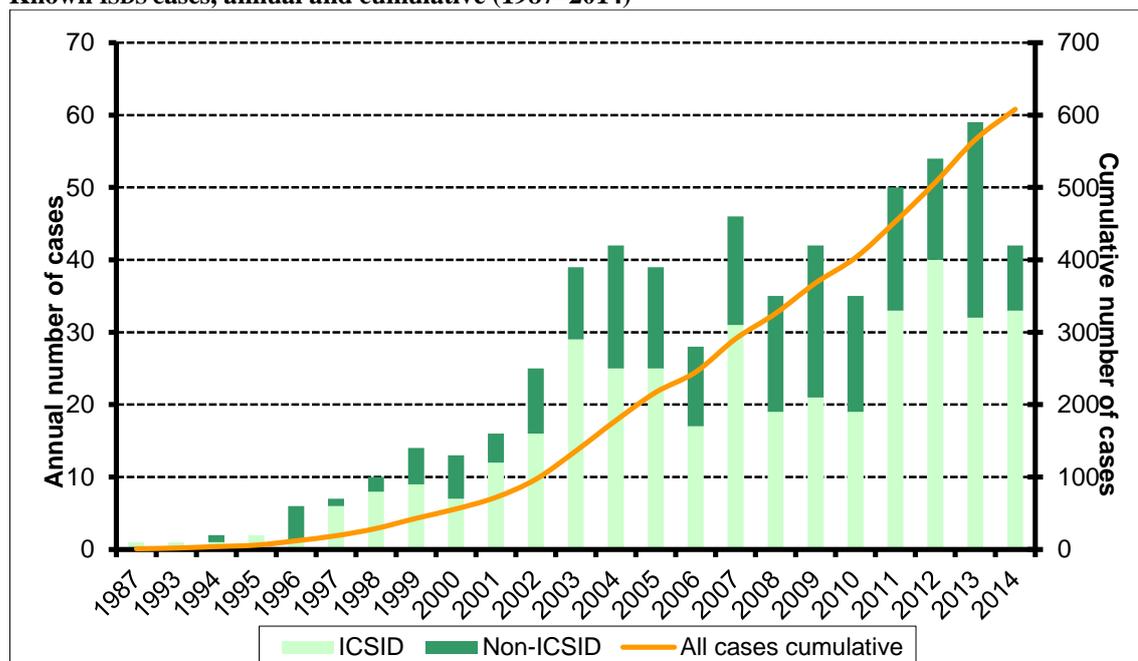
<i>Area</i>	<i>Core Principles</i>
1 Investment for sustainable development	• The overarching objective of investment policymaking is to promote investment for inclusive growth and sustainable development.
2 Policy coherence	• Investment policies should be grounded in a country's overall development strategy. All policies that impact on investment should be coherent and synergetic at both the national and international level.
3 Public governance and institutions	• Investment policies should be developed involving all stakeholders, and embedded in an institutional framework based on the rule of law that adheres to high standards of public governance and ensures predictable, efficient and transparent procedures for investors.
4 Dynamic policymaking	• Investment policies should be regularly reviewed for effectiveness and relevance and adapted to changing development dynamics.
5 Balanced rights and obligations	• Investment policies should be balanced in setting out rights and obligations of States and investors in the interest of development for all.
6 Right to regulate	• Each country has the sovereign right to establish entry and operational conditions for foreign investment, subject to international commitments, in the interest of the public good and to minimize potential negative effects.

⁶⁶ [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-IPFSD.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-IPFSD.aspx)

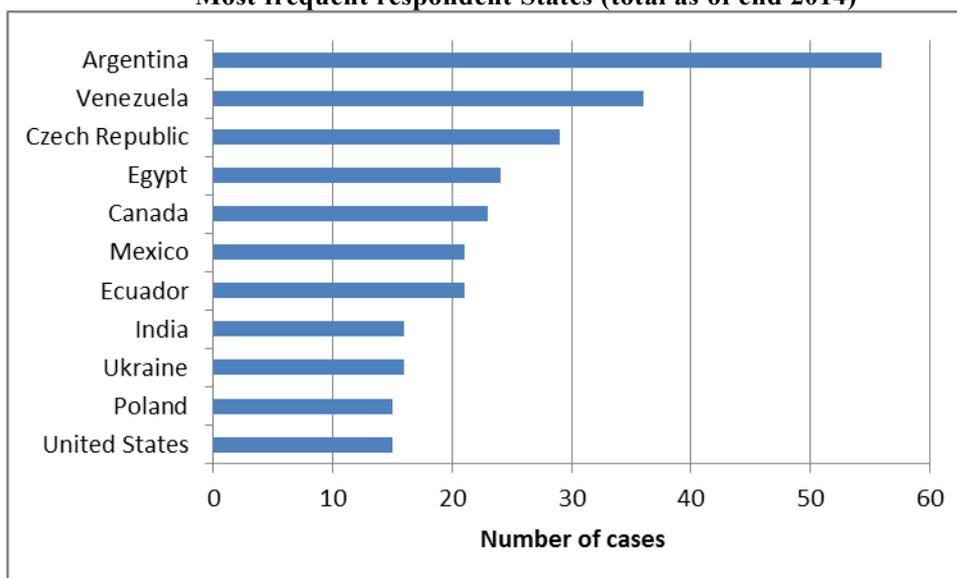
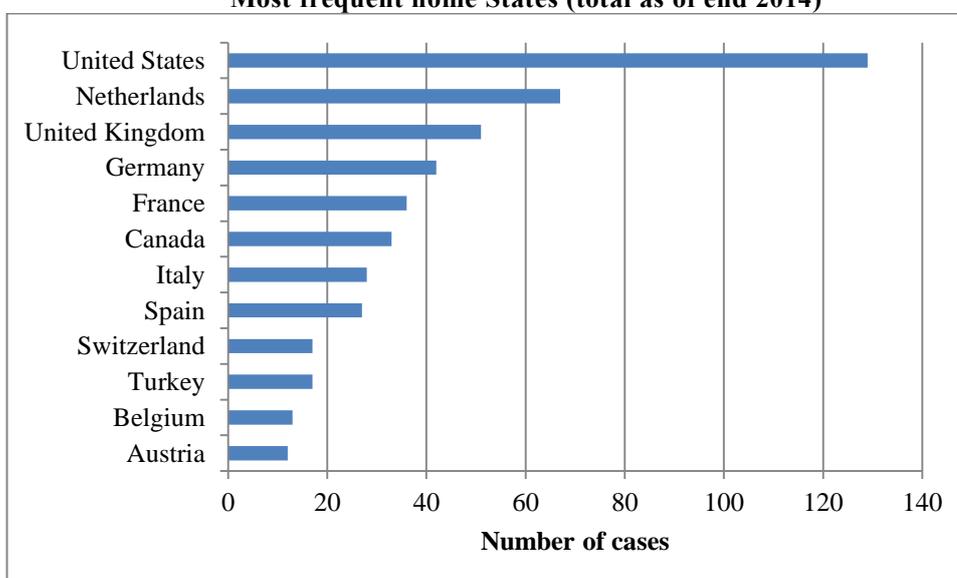
Area	Core Principles
7 Openness to investment	<ul style="list-style-type: none"> • In line with each country's development strategy, investment policy should establish open, stable and predictable entry conditions for investment.
8 Investment protection and treatment	<ul style="list-style-type: none"> • Investment policies should provide adequate protection to established investors. The treatment of established investors should be non-discriminatory in nature.
9 Investment promotion and facilitation	<ul style="list-style-type: none"> • Policies for investment promotion and facilitation should be aligned with sustainable development goals and designed to minimize the risk of harmful competition for investment.
10 Corporate governance and responsibility	<ul style="list-style-type: none"> • Investment policies should promote and facilitate the adoption of and compliance with best international practices of corporate social responsibility and good corporate governance.
11 International cooperation	<ul style="list-style-type: none"> • The international community should cooperate to address shared investment-for-development policy challenges, particularly in least developed countries. Collective efforts should also be made to avoid investment protectionism.

UNCATD IIA Issues Note No. 2, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014, May 2015⁶⁷

Known ISDS cases, annual and cumulative (1987–2014)



⁶⁷ http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTESMAY%20evening.pdf

Most frequent respondent States (total as of end 2014)**Most frequent home States (total as of end 2014)**

UNCTAD Expert Meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime: The Path Ahead, 25–27 February 2015 – excerpts⁶⁸

Item 3 Transformation of the international investment agreement regime

4. Pursuant to the terms of reference agreed by the Extended Bureau of the Trade and Development Board in September 2014, the experts will discuss the path ahead for the international investment agreement (IIA) regime. Challenges arising from the negotiation of IIAs and their implementation suggest that the time has come to revisit the IIA regime with a view to transforming it. Such challenges include the move towards megaregional agreements and the increasing number of investor–State dispute settlement (ISDS) cases.

⁶⁸ TD/B/C.II/EM.4/1 available at: <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=643>

5. Member States and IIA stakeholders at the 2014 IIA Conference, held in connection with the World Investment Forum in Geneva in October, called upon UNCTAD to develop a road map for the reform of the IIA regime and sketched the contours of such reform.

6. A number of developments characterize the current IIA regime and set the background against which such reform would be undertaken.

7. First, the balance is gradually shifting from bilateral treaty making to regional treaty making, including through megaregional agreements, such as the Regional Comprehensive Economic Partnership, the Trans-Pacific Partnership, or the Transatlantic Trade and Investment Partnership. These agreements, also known as “megaregionals”, could have systemic implications for the IIA regime: they could either contribute to the consolidation of the existing treaty landscape or create further inconsistencies through overlap with existing IIAs, including those at the plurilateral level (*World Investment Report 2014*).

8. Second, the second-highest number of treaty-based ISDS cases were brought against host countries in 2014. Host countries — both developed and developing — have learned that ISDS claims can be used by foreign investors in unanticipated ways, as a number of recent cases have challenged measures adopted in the public interest (*World Investment Report 2014*). This has sparked growing interest in reform of the investment dispute settlement system.

9. Third, an increasing number of countries are concluding IIAs with novel provisions aimed at rebalancing the rights and obligations between States and investors, as well as ensuring coherence between IIAs and other public policy objectives, in response to the recognition that inclusive growth and sustainable development need to be placed at the core of international investment policymaking (2013 and 2014 editions of the *World Investment Report*).

UNCTAD Trade and Development Report 2014 – excerpts (pp. 46-48)

In an increasingly globalizing world, no less than at the domestic level, market activity also requires a framework of rules, restraints and norms. And, no different from the domestic level, the weakening and strengthening of that framework is a persistent feature. However, there are two important differences. The first is that the international institutions designed to support that framework depend principally on negotiations among States with regard to their operation. Essentially these States must decide on whether and how much of their own policy space they are willing to trade for the advantages of having international rules, disciplines and support. Inevitably, in a world of unequal States, the space required to pursue their own national economic and social development aspirations varies, as does the likely impact of an individual country’s policy decisions on others. Managing this trade-off is particularly difficult at the multilateral level, where the differences among States are the most pronounced. Second, the extent to which different international economic forces can intrude on a country’s policy space also varies. In particular, cross-border financial activities, as Kindleberger (1986) noted in his seminal discussion of international public goods, appear to be a particularly intrusive factor. But in today’s world of diminished political and legal restraints on cross-border economic transactions, finance is not the only such source; as chapter V notes, there are also very large asymmetries in international production, in particular with the lead firms in international production networks, which are also altering the space available to policymakers.

The growing interdependence among States and markets provides the main rationale for a well-structured system of global economic governance with multilateral rules and disciplines. In principle, such a system should ensure the provision of global public goods such as international economic and financial stability and a more open trading system. In addition, it should be represented by coherent multilateral institutional arrangements created by intergovernmental agreements to voluntarily reduce sovereignty on a reciprocal basis. The guiding principle of such arrangements should be their ability to generate fair and inclusive outcomes. This principle should inform the design, implementation and enforcement of multilateral rules, disciplines and support mechanisms. These would contribute significantly to minimizing adverse international

spillovers and other negative externalities created by national economic policies that focus on maximizing national benefits. From this perspective, how these arrangements manage the interface between different national systems (from which they ultimately draw their legitimacy), rather than erasing national differences and establishing a singular and omnipotent economic and legal structure, best describes the objectives of multilateralism.

The extent to which national development strategies respond to national needs and priorities can be limited or circumscribed by multilateral regimes and international rules, but equally, they can be influenced by economic and political pressures emanating from the workings of global markets, depending on the degree of integration of the country concerned. While the extent and depth of engagement with the global economy may result from domestic economic policy choices, subsequent policies are likely to be affected by that engagement, sometimes in a way and to an extent not anticipated. As noted in TDR 2006, it is not only international treaties and rules, but also global market conditions and policy decisions in other countries that have an impact on policy space. Global imbalances of power (both economic and political) also remain undeniably significant in affecting the capacities of governments of different countries to engage in the design and implementation of autonomous policies.

There are valid concerns that the various legal obligations emerging from multilateral, regional and bilateral agreements have reduced national policy autonomy by restricting both the available range and the efficacy of particular policy instruments. At the same time, multilateral disciplines can operate to reduce the inherent bias of international economic relations in favour of countries that have greater economic or political power (Akyüz, 2007). Those disciplines can simultaneously restrict (particularly *de jure*) and ease (particularly *de facto*) policy space. In addition, the effectiveness of national policies tends to be weakened, in some instances very significantly, by the global spread of market forces (especially financial markets) as well as by the internalization of markets within the operations of large international firms.

It is important to consider whether, how and to what extent policy space is reduced and reconfigured. Limits on policy space resulting from obligations or pressures to deregulate markets tend to circumscribe the ability of governments to alter patterns of market functioning to meet their broader social and developmental objectives. Yet unfettered market processes are unlikely to deliver macroeconomic and financial stability, full employment, economic diversification towards higher value added activities, poverty reduction and other socially desirable outcomes.

But while national policies are obviously affected by the extent of policy space available, as determined by the external context, they are also – and still fundamentally – the result of domestic forces. These include, among others, politics and the political economy that determine the power and voice of different groups in society, domestic expertise and capacities, the nature of institutions and enforcement agencies, the structure of the polity (e.g. degree of federalism), and prevailing macroeconomic conditions. Even when policymakers have full sovereign command over policy instruments, they may not be able to control specific policy targets effectively.

Furthermore, the interplay between these internal and external forces in determining both policymaking and implementation within countries in today's globalized world is an increasingly complex process. The emergence in the 1980s and 1990s, and the growing acceptance by policymakers throughout the world, of what could be called a standard template for national economic policies — irrespective of the size, context and nature of the economy concerned — was certainly influential (even if not always decisive) in determining patterns of market liberalization. But even as waves of trade liberalization and financial deregulation swept across the world, culminating in what we experience as globalization today, variations across individual countries suggest that they have retained some degree of policy autonomy, along with relatively independent thinking.

Certainly, for the more developed countries, globalization *à la carte* has been the practice to date, as it has been for the more successful developing countries over the past 20 years. By

contrast, many developing countries have had to contend with a more rigid and structured approach to economic liberalization. This one size-fits-all approach to development policy has, for the most part, been conducted by or through the Bretton Woods institutions — the World Bank and the International Monetary Fund (IMF) — whose surveillance and influence over domestic policymakers following the debt crises of the 1980s were considerably extended giving them greater authority to demand changes to what they deemed to be “unsound” policies. Countries seeking financial assistance or debt rescheduling from the Bank or the IMF had to adopt approved macroeconomic stability programmes and agree to “structural” and political reforms, which extended the influence of markets — via liberalization, privatization and deregulation, among others — and substantially reduced the economic and developmental roles of the State. Similarly, and as discussed in greater detail in the next chapter, the Uruguay Round of trade negotiations extended the authority of the World Trade Organization (WTO) to embrace services, agriculture, intellectual property and trade-related investment measures, thereby restricting, to varying degrees, the policy space available to developing countries to manage their integration into the global economy.

Emphasizing the role of policy, and of the international economic institutions in promoting one set of policies over another, is an important correction to the view that globalization is an autonomous, irresistible and irreversible process driven by impersonal market and technological forces. Such forces are undoubtedly important, but essentially they are instigated by specific policy choices and shaped by existing institutions. It is also misleading to think of the global economy as some sort of “natural” system with a logic of its own. It is, and always has been, the evolving outcome of a complex interaction of economic and political relations. In this environment, multilateral rules and institutions can provide incentives and sanctions that encourage countries to cooperate rather than go their own way. And as the world has become increasingly interdependent, it is more challenging for countries to build institutional structures and safeguard remaining flexibilities in support of inclusive development. To the extent that markets and firms operate globally, there are grounds for having global rules and regulations. Moreover, international collective action is needed to help provide and manage global public goods that markets are unable or unwilling to provide. Dealing effectively with emerging threats, such as climate change, also requires appropriate global rules, regulations and resources. However, it goes without saying that governance at the international level is very different from governance at the national level, given that governments are being asked to surrender some measure of their sovereignty and responsibility to support collective actions and goals. It is imperative, therefore, and all the more so in a world of interdependent but unequal States and economies, for international measures to be designed in such a way that they complement or strengthen capacities to achieve national objectives and meet the needs of their constituencies.

The system that has evolved under finance-led globalization has led to a multiplicity of rules and regulations on international trade and investment that tend to excessively constrain national policy options. At the same time it lacks an effective multilateral framework of rules and institutions for ensuring international financial stability and for overseeing extra-territorial fiscal matters. Within this imperfect system, policymakers in developed countries are aiming to tackle a series of interrelated macroeconomic and structural challenges, while those from developing countries are trying to consolidate recent gains and enter a new phase of inclusive development. It is therefore more important than ever before for national policy space to be made a central issue on the global development agenda.

UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, General Assembly resolution 68/109 – excerpts

Article 1. Scope of application

Applicability of the Rules

1. The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”) shall apply to investor-State arbitration initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors (“treaty”)* concluded on or after 1 April 2014 unless the Parties to the treaty** have agreed otherwise.
2. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, these Rules shall apply only when:
 - (a) The parties to an arbitration (the “disputing parties”) agree to their application in respect of that arbitration; or
 - (b) The Parties to the treaty or, in the case of a multilateral treaty, the State of the claimant and the respondent State, have agreed after 1 April 2014 to their application.

Application of the Rules

3. In any arbitration in which the Rules on Transparency apply pursuant to a treaty or to an agreement by the Parties to that treaty:
 - (a) The disputing parties may not derogate from these Rules, by agreement or otherwise, unless permitted to do so by the treaty;
 - (b) The arbitral tribunal shall have the power, besides its discretionary authority under certain provisions of these Rules, to adapt the requirements of any specific provision of these Rules to the particular circumstances of the case, after consultation with the disputing parties, if such adaptation is necessary to conduct the arbitration in a practical manner and is consistent with the transparency objective of these Rules.

Discretion and authority of the arbitral tribunal

4. Where the Rules on Transparency provide for the arbitral tribunal to exercise discretion, the arbitral tribunal in exercising such discretion shall take into account:
 - (a) The public interest in transparency in treaty-based investor-State arbitration and in the particular arbitral proceedings; and
 - (b) The disputing parties’ interest in a fair and efficient resolution of their dispute.
5. These Rules shall not affect any authority that the arbitral tribunal may otherwise have under the UNCITRAL Arbitration Rules to conduct the arbitration in such a manner as to promote transparency, for example by accepting submissions from third persons.
6. In the presence of any conduct, measure or other action having the effect of wholly undermining the transparency objectives of these Rules, the arbitral tribunal shall ensure that those objectives prevail.

Applicable instrument in case of conflict

7. Where the Rules on Transparency apply, they shall supplement any applicable arbitration rules. Where there is a conflict between the Rules on Transparency and the applicable arbitration rules, the Rules on Transparency shall prevail. Notwithstanding any provision in these Rules, where there is a conflict between the Rules on Transparency and the treaty, the provisions of the treaty shall prevail.

8. Where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the disputing parties cannot derogate, that provision shall prevail.
9. These Rules are available for use in investor-State arbitrations initiated under rules other than the UNCITRAL Arbitration Rules or in ad hoc proceedings.

Draft Declaration on the Right to International Solidarity of the Independent Expert on human rights and international solidarity (A/HRC/26/34) – excerpts

Article 9

1. In the elaboration and implementation of international agreements and related standards, States shall ensure that the procedures and outcomes are fully consistent with their human rights obligations in matters pertaining to, inter alia, international trade, investment, finance, taxation, climate change, environmental protection, humanitarian relief and assistance, development cooperation and security.
2. States shall take appropriate, transparent and inclusive action to consult their populations and fully inform them of the decisions agreed upon at the national, bilateral, regional and international levels, in particular on matters that affect their lives.

Article 10

1. States shall establish an appropriate institutional framework and adopt domestic measures to give effect to the right of peoples and individuals to international solidarity, in particular by ensuring and facilitating access for everyone to domestic and international legislative, judicial or administrative mechanisms:
 - (a) When failure of States to fulfil their commitments made at the regional and international levels results in denials and violations of human rights; and
 - (b) When actions and omissions by non-State actors adversely affect the exercise and full enjoyment of their human rights.
2. States shall promote and prioritize support for micro, small and medium community based and cooperative enterprises which generate the majority of jobs around the world, including through national and international grants and concessional loans.
3. States shall be guided by International Labour Organization Recommendation No. 202 (2012) concerning National Floors of Social Protection, with a view to securing universal access to social services.

Article 11

1. States shall implement a human rights-based approach to international cooperation and all partnerships in responding to global challenges such as those relating to:
 - (a) Global governance, regulation and sustainability in the areas of climate change, protection of the environment, humanitarian relief and assistance, trade, finance, taxation, debt relief, technology transfer to developing countries, social protection, universal health coverage, reproductive and sexual health, food security, management of water and renewable energy resources, social standards, free education for all, human rights education, migration, and labour, and in countering dumping of toxic wastes, and transnational organized crime, such as terrorism, human trafficking, piracy and proliferation of arms.
2. States shall establish and implement appropriate mechanisms to ensure that international cooperation is based on equal partnerships and mutual commitments and obligations, where partner States are accountable to each other, as well as to their respective constituents at the

national level, for the outcomes of policies, strategies and performance, whether at the bilateral, regional or international level, which shall reflect the best interests of their citizens and all others within their jurisdiction, in accordance with international human rights principles and standards.

3. States shall give effect to the establishment of a fair, inclusive and human rights based international trade and investment regime where all States shall act in conformity with their obligation to ensure that no international trade agreement or policy to which they are a party adversely impacts upon the protection, promotion and fulfilment of human rights inside or outside of their borders.

Article 12

The right to international solidarity shall impose on States particular negative obligations, required by applicable international human rights instruments, including:

- (a) Not adopting free trade agreements or investment treaties that would undermine peoples' livelihoods or other rights;
- (b) Not imposing conditionalities in international cooperation that would hinder or make difficult the exercise and enjoyment of human rights;
- (c) Not denying anyone access to life-saving pharmaceuticals and to the benefits of medical and scientific progress.

Bibliography

- ActionAid (2013) "How tax havens plunder the poor" www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/05/ActionAid-Tax-Havens-May-2013.pdf
- S.M. Ali Abbas, S.M. et al. "A partial race to the bottom_ Corporate tax developments in emerging and developing economies" IMF Working Papers 12(28), IMF, Washington 2012.
- Yilmaz Akyüz, Reforming the IMF, Third World Network, 2006.
- Raymond Baker, Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and how to Renew the Free-Market System, Hoboken, John Wiley & Sons, 2005.
- Hamid Beladi (ed.): Frontiers of Economics and Globalization, Emerald, 2010.
- Nathalie Bernasconi, "Rethinking Investment-related dispute settlement", International Institute for Sustainable Development Investment Treaty News, 6(2) May www.iisd.org
- Matthew Bishop and Michael Green, The Road from Ruin, A&C Black, London 2011.
- Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión, CEPAL, 2011.
- Kate Bronfenbrenner, Final Report: The Effects of Plant Closing or Threat of Plant Closing on the Right of Workers to Organize, Cornell University IRL School, 1996.
- Alfredo E. and Alfredo F. Calcagno, El Universo Neoliberal. Ediciones Akal, Madrid 2015.
- Ha-Joon Chang, Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective, Anthem, 2002.
- Ha-Joon Chang, Bad Samaritans, The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism Colin Crouch, Coping with Post-Democracy, Fabian Society, London 2000.
- Philippa Dee, The Impact of Trade Liberalisation on Jobs and Growth. OECD, 2011. http://www.oecd-ilibrary.org/trade/the-impact-of-trade-liberalisation-on-jobs-and-growth_5kgj4j4j1nq2-en.

- Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, Brussels/Amsterdam, November 2012.
- European Commission, “Investment in TTIP and beyond – the path for reform”, Concept Paper http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.pdf
- Malgosia Fitzmaurice and T. Elias, *The Doctrine of Fundamental Change of Circumstances*” in Fitzmaurice, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Eleven Publishing, 2005.
- Joseph F. Francois, *Ex Ante Assessment of the Welfare Impacts of Trade Reforms with Numerical Models*, in Chapter 13 in Gilbert, *New Developments*, 2010.
- Joseph F. Francois and Ian Wooton, *Market Structure in Services and Market Access in Goods*, CEPR Discussion paper, London 2005.
- Kevin P. Gallagher, *The New Vulture Culture: Sovereign debt restructuring and trade and investment treaties*, IDEAs Working Paper no. 02/2011, IDEAs, New Delhi
- John Gilbert (ed.) *New Developments in Computable General Equilibrium Analysis for Trade Policy (Frontiers of Economics and Globalization, Volume 7)* Emerald Group Publishing Limited, 2010.
- David Hall, *Challenges to Slovakia and Poland health policy decisions: Use of investment treaties to claim compensation for reversal of privatization/liberalization policies*. <http://corporateeurope.org/trade/2013/06/transatlantic-corporate-bill-rights>
- Steffan Hindelang and Markus Krajewski, “Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified”. Oxford.
- Anne Hoffmann, *Indirect Expropriation*, in A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Denis Horman, *Une clause sociale pour l’emploi et les droits fondamentaux*, Editions Luc Pire, Bruxelles, 1996.
- Scott Horton, *Lords of Secrecy*, Nation Books, 2015.
- Robert Howse, “Securing Policy Space for Clean Energy under the SCM Agreement: Alternative Approaches”, a think piece produced as part of a compilation of papers for the E15 Expert Group on Clean Energy Technologies and the Trade System, 2013.
- Gary Hufbauer and Jeffrey Scott, *NAFTA REvisited: Achievements and Challenges*. Washington DC 2005, Institute for International Economics.
- International Monetary Fund, « *The Liberalization and Management of Capital Flo0ws – An Institutional View*” Washington D.C. 2012.
- Raoul Marc Jennar, *Le Grand Marché Transatlantique. La Menace sur les peuples d’Europe*. Cap Bear Editions 2014.
- Sarah Joseph, *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique*. Oxford 2011.
- Martin Khor, *Implications of some WTO Rules on the Realisation of the MDGs*, Third World Network, 2005.
- Naomi Klein, *The Shock Doctrine*, Penguin, New York 2007.
- Naomi Klein, *This Changes Everything. Capitalism vs.The Climate*. Simon & Schuster New York 2014.
- Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Oxford 2013.
- David Lynch, *Trade and Globalization. An Introduction to regional trade agreements*, Rowman & Littlefield, New York 2010.

- Loretta Napoleoni, *Rogue Economics*, Seven Stories Press, New York 2008.
- Cecilia Olivet and Pia Eberhardt, *Profiting from Crisis*, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, Amsterdam/Brussels 2014.
- Anne Orford, 'Beyond Harmonization: Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice' 18 *Leiden Journal of International Law* 179 (2005).
- Melik Özden, *The Right to Land*, CETIM, Geneva 2013.
- Leo Panitch, and Sam Gindin. *The Making of Global Capitalism: The Political Economy of American Empire*. London: Verso 2013.
- W. Park and G. Alvarez, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, *The Yale Journal of International Law*, vol. 28 (2003).
- Jan Paulsson and Zachary Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, in Horn, Norbert and Kroll (eds), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.
- Sebastian Perry, "Stockholm: Arbitrator and counsel – the double-hat syndrome". *Global Arbitration Review*, Volume 7, 15 March 2012.
- Ernst-Ulrich Petersmann, "The Human Rights Approach Advocated by the United Nations High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organisation: is it relevant for WTO law and policy? In 7 *Journal of International Economic Law*, 605 et seq. (2004).
- Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-first Century*, Harvard University Press. 2004.
- Lauge N.S. Poulsen, Jonathan Bonnitcha, "Analytical Framework for Assessing Costs and Benefits of Investment Protection Treaties", Study prepared for the Department of Business Innovation and Skills, LES Enterprise 2013.
- Stephen Powell, "The place of human rights law in World Trade Organization rules" 16 *Florida Journal of International Law* 219 (2004).
- Dani Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the future of the World Economy*. WW Norton, New York 2011.
- Dani Rodrik, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions and Economic Growth*. Princeton 2008.
- Jeffrey Sachs, *The Price of Civilization*, The Bodley Head, London 2011.
- Karl P. Sauvant, "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 16 (2015), pp. 11-87, is available at http://works.bepress.com/karl_sauvant/158/ and <http://ccsi.columbia.edu/files/2015/03/KPS-UN-Code-proof-2-Journal-of-World-Investment-and-Trade-March-2015.pdf>. An abbreviated excerpt is forthcoming under the title "Why the Code failure?" in Khalil Hamdani and Lorraine Ruffing, eds., *The United Nations Centre on Transnational Corporations: Corporate Conduct and the Public Interest* (London: Routledge, March 2015).
- Karl P. Sauvant (2015), *AIM Investment Report 2015: Trends and policy challenges* (Dubai: Annual Investment Meeting, 2015), prepared for the Annual Investment Meeting (AIM), Dubai, 30 March to 1 April 2015.
- Karl P. Sauvant and Federico Ortino (2013), *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future* (Helsinki: Ministry for Foreign Affairs, 2013). A Columbia FDI Perspective (no. 101) by the authors, entitled "The need for an international investment consensus-building process", was published on August 12, 2013
- Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010.
- Robert Scheer, *The Great American Stickup*, Nation Books, New York 2010.

- Olivier de Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge 2014.
- Bryan Schwarz, “The Doha Round and Investment lessons from Chapter 11 of NAFTA” 3 *Asper Review of International Business and Trade Law* 1 (2003)
- Mehdi Shafaeddin, “Does Trade Openness Favour or Hinder Industrialization and Development?” *Third World Network Trade & Development Series No. 31*, Malaysia 2006.
- Joseph Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Penguin, London 2002
- Joseph Stiglitz, *Making Globalization Work*, Penguin, London 2007
- Joseph Stiglitz, *Freefall: Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, Allen Lane, London 2010.
- Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality*, Allen Lane, London 2012.
- Christian Tam, Antonios Tzanakopoulos and Andreas Zimmermann (eds.) *Research Handbook on the Law of Treaties*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.
- Yash Tandon, *Tade is War, the West’s War Against the World*. OR Books, New York 2015.
- Cristian Tietje, Freya Faetens, “The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership” Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, Netherlands 2014.
- Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2007.
- Gus van Harten, *Public Statement on the International Arbitration Regime* 2010 <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>
- Carlos Vazquez, “Trade sanctions and human rights – past, present and future” 6 *Journal of International Economic Law* 7967 (2003)
- Kenneth J. Vandeveld, “Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation”, Oxford 2010
- Thomas Waelde, *International Energy Investment*, in *Energy Journals* No. 17, 1996, pp. 191 215. http://felj.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol17_No1_1996_article_international.pdf
- Simon Walker, *The Future of Human Rights Impact Assessments of Trade Agreements*, Intersentia, Antwerp/Oxford 2009.
- Louis Wells, “Property rights for foreign capital : sovereign debt and private direct investment in times of crisis”, in Karl Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2009-1010. New York, Oxford University Press.
- Rüdiger Wolfrum, Peter Tobias and Anja Seibert-Fohr, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff, Leiden 2007.
- Jean Ziegler, *Destruction massive: Géopolitique de la faim*, Seuil, 2011.

Organizations documents

- ILO, *Social Protection Outlook*, 2015
- UNCTAD, *Trade and Development Report*, 2014, 2013, 2012.
- UNCTAD, *World Investment Report*, 2015, 2014, 2013
- UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, IIA Issues Note, No. 2, 2015

- UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union, IIA Issues Note No. 2, 2014
- UNCTAD, the Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment_ An Overview of Empirical Studies 1998-2014, IIA Issues note – working draft, 2014.
- UNCTAD, Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap. Special Issue for the Multilateral Dialogue on Investment, IIA Issues Note No. 2, 2013
- UNCTAD, Transparency in IIAS: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. 2012
- UNCTAD, Fair and Equitable Treatment” UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012.
- UNCTAD, Scope and Definition : A Sequel, 2011, w222.unctad.org/ia
- UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking, United Nations 2007.
- UNCTAD, Doha-Qatar 2012, UNCTAD XIII, Geneva 2012.
- UNCTAD, Working towards prosperity for all, Geneva 2015.
- UNCTAD, Report of the Expert Meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime: The Path Ahead (Held at the Palais des Nations, Geneva, from 25 to 27 February 2015)
- UNCTAD, Investor-State Disputes_ Prevention and Alternatives to Arbitration, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium, International Investment and Alternative Dispute Resolution, 2010
- WIPO, The Enforcement of Intellectual Property Rights, LTC Harms, 3rd edition 2012
http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/791/wipo_pub_791.pdf

Others

- http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2014/02/state-of-the-international-order/intlorder_report.pdf
- <http://www.brookings.edu/research/reports/2014/02/state-of-the-international-order>
- CETIM, Ami, Attention. Un Accord peut en cacher un autre, Cetim, Geneva 1998.
- Oxfam, Rigged Rules and Double Standards, London 2012.
- Oxfam, Partnerships of Power Play? How Europe should bring Development into its trade deals with African, Caribbean and Pacific Countries, Oxfam 2018.
- <http://socialprotection-humanrights.org/>
- <http://socialprotection-humanrights.org/legaldep/protecting-pensions-against-austerity-measures-in-latvia/>
- Pope Francis on TPP, TTIP, TISA <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-276806-2015-07-10.html>
- <https://www.techdirt.com/articles/20131205/11253225471/holy-see-pope-criticizes-tpp-taftattip-wto-speech.shtml>
- <https://www.youtube.com/watch?v=aZpyP9w4ctY>