

Une déclaration transatlantique des droits des multinationales

Les Dessous de Bruxelles publie la traduction française de l'excellent rapport rédigé par le réseau [Seattle to Brussels](#), [Corporate Europe Observatory](#) et [Transnational Institute](#) sur les dangers de l'accord de libre-échange et d'investissement entre l'Union européenne et les Etats-Unis. La traduction a été réalisée par les auteurs. La version originale du texte est disponible [sur le site du CEO](#) et la version PDF du texte en français [disponible ici](#).

51

11 octobre

Le mandat de négociation pour un accord étendu de libre commerce avec les Etats-Unis révèle la volonté de la Commission européenne de renforcer le pouvoir des entreprises transnationales. Le texte du mandat fait suite à une intense et longue campagne des lobbies de l'industrie et des officines juridiques pour permettre aux grandes compagnies de contester les réglementations nationales et internationales si elles affectent leurs profits.

Ainsi, les Etats membres de l'UE peuvent voir leurs lois domestiques de protection des intérêts publics contestées dans des tribunaux offshore, secrets, dans lesquels les lois nationales n'ont aucun poids et les élus politiques aucun pouvoir d'intervention.

La proposition de la Commission concernant le règlement des conflits entre investisseurs et Etats dans le Partenariat transatlantique pour le commerce et les investissements (PTCI) [1] autoriserait les compagnies américaines investissant en Europe à contourner les cours de justice européennes et d'attaquer directement l'UE et ses gouvernements devant un tribunal international ad hoc dès lors qu'elles estimerait que les lois réglementant les domaines de la santé, de l'environnement, ou de la protection sociale interfèrent avec leurs profits. Les compagnies européennes investissant aux États-Unis auront le même privilège.

A travers le monde, les entreprises transnationales ont déjà utilisé les organismes de règlement des conflits investisseurs-Etats et les accords sur le commerce et l'investissement pour réclamer des sommes vertigineuses en compensation de lois démocratiques prises dans le but de protéger l'intérêt public (voir ci-dessous). Parfois la simple menace d'une plainte ou son dépôt a suffi pour voir des législations abandonnées ou privées de substance. Dans d'autres cas, des tribunaux ad-hoc, c'est-à-dire un panel de 3 membres issus d'un club d'avocats privés et englués dans des conflits d'intérêts [2] – ont ordonné que des milliards d'euros soient versés aux entreprises, milliards sortis de la poche des contribuables.

Une multiplication des conflits

En tant que principaux bénéficiaires des traités internationaux existant sur les investissements, les entreprises américaines et européennes ont multiplié les litiges investisseurs-Etat dans les deux dernières décennies. La plupart des 514 conflits ouverts à la fin 2012 ont été lancés par les investisseurs américains. Ils ont déposé 24% (129) de toutes les plaintes. Les suivants sont les investisseurs néerlandais (50 plaintes), ceux du Royaume Uni (30) et d'Allemagne (27). Ensemble, les investisseurs des Etats membres de l'UE ont déposé 40% de tous les recours connus [3].

Les sociétés européennes et américaines ont utilisé ces procédures pour contester les politiques d'énergie verte et de santé publique, les législations anti-tabac, les interdictions de produits chimiques dangereux, les restrictions environnementales sur l'exploitation minière, les politiques d'assurance santé, les mesures d'amélioration de la situation économique des minorités et bien plus encore. Quelques conflits emblématiques :

Multinationales contre santé publique

► Philip Morris v. Uruguay et Australie : Au travers d'un traité bilatéral d'investissements, le géant du tabac Philip Morris poursuit en justice l'Uruguay et l'Australie sur leurs lois anti-tabac. La compagnie soutient que les encadrés d'alerte sur les paquets de cigarettes et les simples emballages les empêchent d'afficher effectivement le logo de leur marque, causant une perte substantielle de leur part de marché [4].

► Achmea v. la république slovaque : Fin 2012, l'assureur néerlandais Achmea (anciennement Eureko) a reçu 22 millions d'euros de la Slovaquie en compensation car, en 2006, le gouvernement slovaque a remis en cause la privatisation de la santé effectuée par l'administration précédente et demandé aux assureurs de la santé d'opérer sans ne plus faire de profits [5].

Multinationales contre protection de l'environnement

► Vattenfall v. Allemagne : en 2012 le géant Swedish energy a porté plainte contre l'Allemagne demandant 3,7 milliards en compensation de profits perdus suite à l'arrêt de deux de ses centrales nucléaires. La plainte suivait la décision du



Un déluge de conflits

Nombre de cas Source : CNUCED



gouvernement fédéral allemand de supprimer progressivement l'énergie nucléaire après le désastre nucléaire de Fukushima [6].

► Lone Pine v. Canada : sur la base de l'ALENA (accord entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, la société américaine Lone Pine Ressources Inc. demande 250 millions de dollars américains de compensation au Canada. Le « *crime* » du Canada : la province canadienne du Québec a décrété un moratoire sur l'extraction d'huile et gaz de schiste en raison du risque environnemental de cette technologie [7].

Multinationales contre régulation financière – Argentine et Grèce.

► Lorsque l'Argentine a figé les prix courants essentiels (énergie, eau ...) et dévalué sa monnaie en réponse à la crise financière de 2001-2002, elle fut frappée par plus de 40 plaintes de sociétés comme CMS energy (US), Suez et Vivendi (France). A la fin de 2008, les condamnations contre le pays totalisaient 1.15 M\$ [8].

► En mai 2013, des investisseurs slovaques et cypristes poursuivaient en justice pour l'échange réalisé sur sa dette souveraine (détenue sur le second marché) pour pouvoir bénéficier de l'aide monétaire de l'UE et du FMI [9].

► L'UE et le FMI ont tous deux averti que les accords sur les investissements peuvent sévèrement affecter l'aptitude des Etats à lutter contre la crise économique et financière [10].

Désormais les multinationales s'intéressent aux perspectives qu'ouvre le chapitre investissements dans la négociation Etats-Unis-UE sur le libre échange (PTCI ou « *Pacte transatlantique pour le commerce et l'investissement* »), la plus importante négociation jamais entamée sur les investissements.

Protection des investissements à tout prix

Les procédures investisseurs-Etat instaurées par le PTCI permettraient aux entreprises de l'UE et des EU de s'engager dans des guerres juridiques d'usure afin de limiter le pouvoir des gouvernements des deux côtés de l'Atlantique. L'énorme volume d'investissements transatlantiques – chaque partenaire compte pour plus de la moitié des investissements directs à l'étranger dans l'économie de l'autre – montre l'ampleur du risque dans de telles guerres juridiques.

De plus, des milliers de sociétés de l'UE et des EU ont des filiales au-delà de l'Atlantique. Utilisant le PTCI, elles pourraient monter des procédures investisseurs-Etat, via ces filiales, pour contraindre leur propre gouvernement à s'abstenir de prendre des règlements dont elles ne voudraient pas.

Sans surprise, les lobbyistes européens comme américains ont poussé pour inclure des arbitrages investisseurs-Etats dans le PTCI. Le syndicat représentant le patronat européen Business Europe, la chambre américaine du commerce, AmCham UE, le Transatlantic Business Council (TABC), et d'autres poids lourds du lobbying ont tous plaidé pour donner ce privilège aux investisseurs.

Ils nourrissent aussi l'espoir que la négociation aboutisse à mettre en place un « *gold standard* » global, un modèle pour la protection des investissements qui s'étende aux autres accords dans le monde [11].

De plus en plus de pays questionnent et même abandonnent globalement les arbitrages investisseurs-Etat précisément en raison de l'impact négatif sur l'intérêt public [12].

En réponse, le monde des affaires demande un « *signal au monde de sa volonté à s'engager* » dans un « *gold standard* » protégeant les investissements [13].

Depuis décembre 2009, quand l'UE a reçu le pouvoir de négocier les sujets de la protection des investissements dans le cadre du traité de Lisbonne, les grandes entreprises de l'industrie se sont mobilisées contre toute opportunité pouvant permettre d'instituer un équilibre plus juste entre les intérêts public et privé [14].

Elles ont compris que les négociations qui s'ouvriraient entre les Etats-Unis et l'UE auraient pu être l'occasion pour l'UE d'apprendre de l'expérience négative des accords d'investissements existants, de considérer leurs défauts et de développer une nouvelle génération de traités – sans dispositif de règlement des différends investisseurs- Etats, avec des obligations pour les investisseurs et des restrictions plus précises de leurs droits. Les organisations syndicales, les groupements d'intérêts publics et les associations à travers le monde appelaient à une telle volte-face.

Dans de nombreuses lettres, séminaires, débats et rencontres confidentielles avec des députés européens et la Commission, les lobbies industriels européens comme BusinessEurope ou les lobbies nationaux comme la fédération allemande de l'industrie (BDI) ont plaidé contre ce changement de cap. Ils ont clairement indiqué que l'industrie s'opposerait à tout accord dans lequel la protection de l'investissement serait « *négocié contre des objectifs de politiques publiques, y compris les droits humains et du travail* », pour citer Pascal Kerneis de l' European Service Forum (ESF) (un lobby pour des acteurs de services mondiaux comme Deutsche Bank, IBM ou Vodafone) [15].

A quel point les gouvernements des Etats-Unis et de l'UE sont-ils vulnérables [16] ?

Quelques chiffres :

- Globalement, 514 procédures investisseurs-Etats en tout avaient été ouvertes à la fin 2012 ;
- en 2012 seulement, 58 plaintes ont été lancées, soit le plus grand nombre de conflits ouverts en une année ;
- Les investisseurs des États-Unis et de l'EU ont initialisé 329 (64%) de toutes les procédures connues ;
- Les États-Unis ont fait face à plus de 20 plaintes d'investisseurs sous le chapitre « *investissements* » de l'ALENA (accord de libre-échange nord-américain) ;

- ▶ 15 États membres de l'UE ont fait face à une ou plus plaintes d'investisseurs [17] ;
- ▶ La République tchèque est le cinquième pays du monde le plus poursuivi dans ce cadre ;
- ▶ Plus de la moitié des investissements directs extérieurs (IDE) de l'UE viennent des Etats-Unis ; de même, la moitié des IDE aux Etats-Unis viennent de l'UE ;
- ▶ Seuls 8 États membres de l'UE, tous européens de l'Est , ont déjà un traité bilatéral avec les Etats-Unis [18] ;
- ▶ Le PTCl devrait contenir un des premiers chapitres de protection des investissements à l'échelle de l'UE ;
- ▶ Environ 42% des conclusions connues des procès investisseurs-Etat ont été en faveur des Etats, 31% en faveur des investisseurs et 27% sont réglés à l'amiable (la plupart du temps avec des paiements ou des concessions pour les investisseurs) ;
- ▶ Les dommages et intérêts les plus hauts à ce jour : 1.77 M\$ ont été attribués à la compagnie américaine Occidental Petroleum contre l'Equateur ;
- ▶ Le coût légal moyen de ces procès avoisine 8 m\$ pouvant atteindre jusqu'à 30 millions dans certains cas. Ils ne sont pas toujours mis en charge de la partie perdante.

Toujours plus de droits pour les investisseurs

Si le grand business l'emporte, le dispositif de protection des investissements sera encore plus orienté vers les entreprises qu'actuellement. Tandis que le Parlement européen soulignait à plusieurs reprises le droit des gouvernements de réglementer pour protéger l'environnement, la santé publique et les consommateurs, Peter Chase – un ancien du gouvernement Etats-Unis, désormais travaillant pour la chambre du commerce Etats-Unis à Bruxelles – a encouragé les négociateurs des Etats-Unis à expliquer « *le danger des droits sociaux, environnementaux et de régulation non nécessaires présents dans les demandes du Parlement européen* » [19] ».

Le géant de l'énergie des Etats-Unis Chevron, lui aussi plaide pour un chapitre sur les investissements allant au-delà du modèle courant des traités américains. Ayant été poursuivi plusieurs fois par des entreprises canadiennes avec l'ALENA, les Etats-Unis ont deux fois révisé leur modèle de traités internationaux sur les investissements pour mieux protéger leur espace politique. Chevron veut que le PTCl restaure de certains des droits excessifs en faveur des investisseurs telle que la « *clause parapluie* », ce qui augmenterait considérablement les obligations de l'Etat (voir annexe pour plus de détails). Chevron a aussi proposé que le mécanisme dans le PTCl inclut « *à la fois les investissements existants et futurs* » [20].

Quand un mécanisme de règlement des différends investisseurs-Etat est combiné avec ce genre de clause, les risques pour des procédures judiciaires coûteuses augmentent considérablement.

Préparer le terrain aux gaz de schiste...

Chevron est engagé dans une bataille légale controversée avec l'Équateur. La compagnie a demandé un arbitrage pour éviter de payer 18 M\$ pour nettoyer une pollution occasionnée par ses forages dans la forêt amazonienne ainsi que l'avait ordonné la Cour équatorienne. On a interprété le cas comme « *une mauvaise utilisation flagrante* » d'arbitrage sur l'investissement pour éluder la justice [21].

Il n'est pas étonnant que Chevron ait consacré toute sa contribution à la consultation lancée par le gouvernement des Etats-Unis à la protection des investissements : « *globalement l'un des sujets les plus importants* » selon ses dires [22].

En Europe, Chevron veut « *la protection la plus complète possible* » des mesures gouvernementales « *pour atténuer le risque associé aux projets de large échelle, à haut niveau de capital et de long terme [...] comme le développement de gaz de schiste* ». A cause de ses impacts environnementaux et sanitaires, plusieurs gouvernements de l'UE ont décidé un moratoire sur le développement du gaz de schiste (fracturation hydraulique). Le chapitre proposé dans le PTCl sur la protection des investissements donnerait pouvoir à des sociétés de l'énergie comme Chevron de contester ces mesures de précaution « *afin d'obliger les gouvernements à s'abstenir de saper des espérances légitimes soutenues par des investisseurs* », pour reprendre les termes de Chevron (voir Encadré 1 pour un précédent légal ALENA).

La simple menace d'un procès investisseur-Etat de 1 million d'euros pourrait être suffisant pour effrayer un gouvernement jusqu'à ce qu'il cède, affaiblisse ou supprime l'interdiction des techniques de fracturation ou bien son encadrement strict. Selon les termes de Chevron : « *L'accès à l'arbitrage [...] accroît la probabilité que les investisseurs et les Etats hôtes soient capables de résoudre les désagréments et les négocient avec succès et équitablement* » [23].

Les mercenaires des multinationales

Lorsque les décideurs de l'UE ont voulu changer les traités internationaux sur les investissements ces dernières années, les officines juridiques et les arbitres, en lien avec les organisations de l'industrie, ont organisé une campagne de lobbying féroce pour résister aux réformes visant à un meilleur équilibre des intérêts publics et privés [24]. Ce n'est pas surprenant : l'arbitrage sur les investissements est une grosse affaire pour eux. Les factures encaissées par les meilleurs cabinets juridiques peuvent atteindre 1 000\$ de l'heure dans les procès de traités sur l'investissement. Les émoluments perçus par des cabinets juridiques d'élite peuvent être de 1,000\$ par heure et par avocat dans des cas de traité d'investissement, avec un staff complet d'assistants. Les juristes privés qui décident dans ces conflits, les arbitres, se remplissent aussi les poches, gagnant par jour jusqu'à 3000\$ voire plus [25]. Plus il y a de conflits investisseurs-Etat dans les traités et plus ils ont d'affaires à traiter.

Les juristes de l'UE et des Etats-Unis dominent le terrain, cherchant toute opportunité pour porter plainte contre les Etats. 19 des

20 offices juridiques dominantes représentant les entreprises accusateurs ou défenseurs dans ces litiges ont leur siège en Europe ou aux Etats-Unis. Leur grande majorité (14) sont étatsuniennes. Sur les 15 arbitres qui ont décidé de 55% du total des litiges investisseurs-Etats ouverts et connus aujourd'hui, 10 sont européens ou états-uniens [26].

Depuis l'entrée en application du traité de Lisbonne dans l'UE en 2009, les sociétés de juristes comme Hogan Lovells et Herbert Smith Freehills se sont donnés les moyens d'influencer le débat, invitant la Commission européenne, les représentants officiels des Etats et les parlementaires européens à d'informels (mais informés) séminaires sur le web ou à des tables rondes avec leurs clients – incluant certains qui ont porté plainte contre des Etats au nom de traités existants – comme la Deutch Bank, Shell ou le géant de l'énergie GDF-Suez. Leur message portait sur le besoin d'une protection des investissements de haut niveau et surtout que la question de la protection de l'investissement ne soient pas liée aux règles de protection du travail ou de l'environnement [27].

L'une des préoccupations exprimée par les juristes était la politisation des politiques d'investissement résultant du Traité de Lisbonne. L'implication du Parlement européen dans les décisions constitue pour eux un souci particulier. A une conférence en décembre 2009, Daniel Price, un ex-négociateur des Etats-Unis et ex-co-président du Transatlantic Economic Council (TEC) [28] qui travaille maintenant principalement comme lobbyiste, juriste pour les investisseurs et arbitre, avertissait de la dégradation continue des traités sur les investissements qu'il avait constaté aux Etats-Unis.

L'implication du Congrès a conduit à des controverses et plus tard à une révision des politiques d'investissements que Price considérait comme « inutile ». Cette révision tentait de mieux équilibrer les droits des investisseurs et des Etats grâce à une formulation légale plus précise. En Janvier 2010, peu après que Price ait pantouflé depuis l'administration Bush, il écrivit au responsable de la Commission pour les dossiers d'investissements et offrait son assistance sur la réflexion concernant le sujet. Il ajoutait : « *comme vous le savez, mon groupe a conseillé aussi bien les investisseurs que les Etats* » [29] :

Une pure usurpation de pouvoir.

Quelques-uns des collègues arbitres de Price ont déjà plaidé pour défendre la mise en place d'organismes de règlement des différends dans le PTCl, remettant en cause le besoin d'un renforcement judiciaire dans des systèmes légaux jugés trop sophistiqués comme ceux de l'UE ou des Etats-Unis. Simon Lester, par exemple, analyste des politiques de l'institut libertarien Cato et habituel partisan de l'arbitrage des différends investisseurs-Etat a averti du risque sans précédent que pourrait créer un système de règlement des différends dans le contexte d'énormes flux d'investissements transatlantiques [30].

Un des arguments habituels pour la défense de l'arbitrage dans les différends Etats-investisseurs – le besoin d'assurer une sécurité légale pour attirer les investisseurs étrangers dans des pays où le système judiciaire est faible – n'a aucun fondement dans le contexte du PTCl. où les investisseurs des Etats-Unis et UE assurent déjà plus de la moitié des investissements directs dans chacune des économies. Il est ainsi clair que les investisseurs semblent assez satisfaits de l'état du droit des deux côtés de l'Atlantique. Ceci est confirmé par un rapport interne de la Commission européenne de 2011 déclarant « *Il est discutable qu'un accord de protection des investissements soit nécessaire au vu de l'état du droit.* » [31]

Tollé public croissant

Les citoyens et la société civile organisée s'opposent aux dispositifs de règlement des différends Etats-investisseurs. D'après une déclaration du Transatlantic Consumer Dialogue formé par des groupes de consommateurs de l'UE et des Etats-Unis, le PTCl ne devrait pas comporter de résolution sur les différends investisseurs-Etats. Les investisseurs ne doivent pas avoir le droit de porter plainte contre les Etats pour obtenir des accords dans des tribunaux secrets et privés et pour court-circuiter les systèmes judiciaires domestiques qui fonctionnent bien et consolident la protection des droits de propriété aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne [32].

De manière similaire, la fédération des syndicats des Etats-Unis AFL-CIO argue que « *étant donné le niveau des systèmes judiciaires Etats-Unis et de l'UE, un système de règlement des différends investisseurs-Etat est un risque inutile pour l'établissement des politiques domestiques au niveau local comme fédéral* » [33].

Les militants des droits numériques, environnementaux et de la santé se sont aussi déclarés contre la menace d'un assaut des firmes transnationales sur la démocratie.

Aux Etats-Unis, la conférence nationale des législateurs des Etats qui représente les parlementaires de 50 Etats a aussi annoncé qu'elle ne soutiendrait pas « *un accord (de libre-échange) qui comporterait une clause relative portant sur les différends entre Etat et investisseurs* » car cela interférerait avec « *leur capacité d'action et leur responsabilité en tant que législateurs d'Etat d'ordonner et de faire appliquer des règles justes, non discriminatoires, qui protègent la santé publique, la sécurité et le bien-être, assure aux travailleurs santé et sécurité et protègent l'environnement* » [34].

Les parlementaires européens des groupes Verts, Socialistes et GUE-NGL semblent dans le même état d'esprit.

Lorsque le membre du congrès étatsunien Alan Grayson a publiquement affirmé que le PTCl inclurait un système de règlement des différends investisseurs-Etat permettant de détruire la protection des consommateurs, de l'environnement, des lois sur le travail et la sécurité devant des « *tribunaux internationaux* », cela a généré près de 10 000 commentaires indignés de citoyens en à peine plus de 24 heures [35].

Attention à l'agenda de l'Union Européenne

Des Etats membre de l'UE semblent aussi s'interroger sur le besoin de clauses de protection des investissements entre deux systèmes légaux aussi sophistiqués que ceux de l'UE et des Etats-Unis. Certains craignent une inondation de procès depuis les Etats-Unis qui ont une culture légale des plus agressives. Il est à craindre que le secteur financier des Etats-Unis puisse sciemment utiliser la crise économique européenne comme un moyen de sauver et de restructurer leur dette. D'un autre côté,

des Etats membres comme l'Allemagne ou les Pays Bas, qui défendent profondément les droits des investisseurs, veulent au contraire éviter le langage pro-intérêt public qui est plus habituel aux Etats-Unis que chez eux et qui, de leur point de vue, pourrait « diluer » la protection des investissements.

Quoiqu'il en soit, le gouvernement des Etats-Unis et la Commission européenne semblent déterminés à utiliser le PTCl pour permettre aux investisseurs étrangers de contourner les tribunaux locaux et attaquer les Etats directement par des tribunaux internationaux dès que des décisions démocratiques mettraient en cause leurs intérêts.

Le mandat de négociation de la Commission européenne porte des suggestions détaillées concernant la mise en place d'un mécanisme de règlement investisseur-Etat qui est le reflet des propositions émanant des lobbies d'affaires [36].

Cette clause mettra en cause de nombreuses politiques publiques et refroidira certainement les gouvernements qui chercheraient à établir de nouvelles règles pour protéger l'environnement et la société (voir annexe).

Il est grand temps que gouvernements et parlements des deux côtés de l'Atlantique comprennent le risque politique et financier de ces mécanismes de règlement des conflits. Le Parlement européen en particulier devrait contrôler réellement la Commission qui ignore de toute évidence les appels des députés pour des « changements majeurs » [37] dans le régime des investissements internationaux (voir annexe)

Pourquoi les législateurs devraient-ils donner aux milieux d'affaires un outil si puissant pour maîtriser la démocratie et freiner les politiques définies dans l'intérêt du public ?

Annexe : Le diable est dans les détails du PTCl

Examinons point par point ce que veut négocier l'UE [38] :

► **Le chapitre de protection des investissements « devrait couvrir une large gamme d'investisseurs et leurs investissements [...] si l'investissement est fait auparavant ou après l'entrée en vigueur de l'Accord ».**

Quelle signification en pratique ?

Les définitions « d'investisseur » et « d'investissements » sont clés parce qu'elles déterminent ce qui est couvert par le chapitre. Une large définition couvre non seulement des entreprises réellement implantées dans l'Etat hôte, mais également la foule d'établissements secondaires et les instruments souverains de la dette, ce qui expose les Etats à un risque légal imprévisible. Des définitions larges ouvrent aussi la porte aux entreprises boîte aux lettres abusant du traité pour « faire leur marché », qui permettrait, par exemple, qu'une société américaine poursuive en justice l'UE via une entreprise de boîte aux lettres hollandaise.

► **Les droits de propriété intellectuelle (DPI) devraient être inclus dans la définition 'd'investissements' protégés par PTCl.**

Quelle signification en pratique ?

Les conflits Etat-investisseurs menés par l'entreprise Philip Morris contre l'Uruguay et l'Australie montrent les risques de cette proposition (l'Encadré 1). Dans une autre réclamation [...] le géant Eli Lilly attaque des lois sur les brevets au Canada par lesquelles l'utilité médicale d'un médicament doit être démontrée pour pouvoir déposer un brevet [39]. Les avocats de santé publique ont baptisé les accords semblables à celui prévu dans le PTCl : « un piège pour l'accès aux médicaments [40] ».

► **Les investisseurs devront être traités « de façon juste et raisonnable incluant une interdiction de mesures peu raisonnables, arbitraires ou discriminatoires ».**

Quelle signification en pratique ?

Une disposition fourre-tout la plus prisée par investisseurs poursuivant en justice un Etat. Dans 74 % des affaires où des investisseurs américains ont gagné, les tribunaux ont trouvé une violation sur la base de ce type de clause. Dans Tecmed v. Mexique, par exemple, le tribunal a constaté que le Mexique « n'avait pas agi sans ambiguïté et d'une manière totalement transparente ». En raison des préoccupations environnementales, une administration locale n'avait pas accordé une licence à une usine [41] de traitement des déchets.

L'UE va probablement proposer une version large de la clause, protégeant même les investisseurs contre la remise en cause de leurs espérances « légitimes » du fait de changements « imprévisibles ». On pourrait considérer une interdiction d'un produit chimique trouvé nuisible pour la santé publique comme une violation de cette disposition. On permettra ainsi aux investisseurs de défier les justifications scientifiques d'une politique et de faire déclarer celle-ci « arbitraire » ou « peu raisonnable ».

► **Les investisseurs devraient être protégés « contre l'expropriation directe et indirecte », y compris avec un droit à compensation.**

Quelle signification en pratique ?

D'un certain point de vue, favorable à l'investisseur, presque n'importe quelle mesure légale ou réglementaire peut être considérée comme une expropriation indirecte quand elle a pour effet de baisser le montant des profits attendus. Plusieurs tribunaux ont interprété des politiques publiques environnementales et autres illégitimes de ce point de vue.

► **L'accord devrait aussi inclure « une clause parapluie ».**

Quelle signification en pratique ?

Ceci ferait assumer par un Etat toutes les obligations qui concernent un investissement, le PTCl servant « de parapluie » (ainsi

en serait-il du contrat lui-même avec un investisseur), multipliant ainsi le risque de procès coûteux.

► **L'accord devrait garantir « le transfert libre des fonds de capital et des paiements par des investisseurs ».**

Quelle signification en pratique ?

Cette disposition permettrait à l'investisseur d'importer ou d'exporter librement ses capitaux, réduisant la capacité de pays à traiter de soudains et massifs flux de capitaux positifs ou négatifs, mettant en cause l'équilibre des paiements avec le risque de crises macro-économiques.

► **La protection des investissements « devra se faire sans préjudice des droits de l'UE et des États membres d'adopter et faire respecter [...] les mesures nécessaires pour poursuivre des objectifs de politiques publiques légitimes sociales, environnementales, de stabilité du système financier, de santé publique et de sécurité dans une façon non-discriminatoire ».**

Quelle signification en pratique ?

Ce paragraphe est faussement rassurant. Il lie la politique publique aux résultats de tests de nécessité, plaçant la charge de la preuve sur le gouvernement pour justifier ses actions. La règle édictée par l'Australie sur les paquets de cigarettes est-elle nécessaire pour protéger la santé publique ? Est-ce qu'en Allemagne la sortie de l'énergie nucléaire était nécessaire ? Ne pourrait-il pas y avoir d'autres solutions, des mesures plus efficaces ? Il reviendrait à un tribunal offshore d'avocats privés de décider avec un total manque de responsabilité.

Les arbitres qui décident dans les procédures investisseurs-Etat devraient être indépendants. Ceci répond aux préoccupations répandues de conflits d'intérêts parmi les groupes de trois avocats qui décident en fin de compte des résultats du conflit. Contrairement aux juges, ils n'ont pas de salaire fixe, mais sont payés sur le nombre de cas qu'ils traitent. Des codes de conduite existants n'ont pas empêché un petit nombre d'officines arbitrales de « s'emparer » de l'arbitrage de la majorité de conflits Etat-investisseur, ouvrant la voie dans l'avenir à de nombreuses affaires dans lesquelles l'interprétation de la loi se révélerait le plus souvent favorables à l'investisseur. Par cette clause, l'UE ne considère pas les conflits d'intérêts entre ces arbitres entrepreneuriaux. La seule revendication de leur indépendance est clairement insuffisante.

► **Il devrait y avoir "une interprétation contraignante de l'Accord par les Parties".**

Quelle signification en pratique ?

Ceci est supposé permettre aux gouvernements de contrôler comment la loi qu'ils ont créée est interprétée. Après une vague de réclamations d'investisseur avec l'ALENA (l'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN), les EU, le Canada et le Mexique ont publié de telles clarifications communes de droits d'investisseur vaguement formulées. En pratique, les arbitres ont largement prouvé qu'ils étaient enclins à ignorer de telles interprétations contraignantes [42].

► **Les investisseurs devraient pouvoir utiliser « une aussi large gamme de forums d'arbitrage qu'il en est actuellement disponible conformément aux accords bilatéraux sur les investissements conclus par les États membres ».**

Quelle signification en pratique ?

L'institution administrant un conflit Etat-investisseur est importante : par exemple, quand elle nomme des arbitres ou reçoit des réclamations contre eux sur la base de conflits d'intérêts. « Une vaste gamme » de forums pourrait inclure des organisations entièrement immergées dans les affaires comme la Chambre de commerce Internationale Basée à Paris (l'ICC), un des lobbies d'entreprises les plus influents du monde.

Un tel centre d'affaires pourrait-il réellement être considéré comme « indépendant » dans un différend entre Etat et investisseurs ?

► **Les mécanismes de règlement des différends état-investisseurs doivent inclure des sécurités contre les plaintes injustifiées ou peu sérieuses.**

Quelle signification en pratique ?

Un paragraphe lui-aussi est faussement rassurant. Aucune des attaques controversées sur des politiques publiques mentionnées précédemment ne serait écartée par un tel mécanisme - parce que basées sur l'allégation de violations réelles des clauses du traité souvent rédigées de façon interprétable. Les plaintes sont seulement considérées « frivoles » quand il y a un manque total de bases légales.

Sous les règles existantes, les Etats pourraient à priori demander aux arbitres de rejeter des recours « frivoles » mais aucune occurrence n'est connue à ce jour [43]

► **On devrait prendre en considération la possibilité de créer un mécanisme d'appel applicable au règlement des conflits dans le cadre de l'accord.**

Quelle signification en pratique ?

Contrairement à ce qu'on trouve dans les systèmes judiciaires publics, les décisions des juridictions d'arbitrage Etat-investisseur ne sont pas révisables, mises à part les procédures d'annulation qui concernent à une gamme étroite d'erreurs procédurales et ne sont pas traitées par des juges, mais par un autre tribunal d'arbitrage. Un mécanisme d'appel pourrait contribuer à des décisions plus cohérentes, mais les choses étant ce qu'elles sont, les perspectives de réalisation sont lointaines..

Publié par Seattle to Brussels Network, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute, octobre 2013

- [1] Le mandat de la Commission, du 17 juin 2013, peut être trouvé sur le site du réseau S2B, <http://www.s2bnetwork.org/fileadmin...> [18-09-2013]
- [2] Pour les conflits d'intérêts voir chapitre 4 du document de Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute (2012) Profiting from Injustice, <http://corporateeurope.org/publicat...> [15-05-2013].
- [3] UNCTAD (2013) Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), No 1, Revised, May, p. 4, unctad.org/en/Docs/webdiaeia20103_en.pdf [15-05-2013], with additional research in the UNCTAD database of investor-state disputes, <http://unctad.org/en/pages/DIAE/Int...> [26-05-2013].
- [4] Porterfield, Matthew C. and Byrnes, Christopher R. (2011) Philip Morris v. Uruguay. Will investor-State arbitration send restrictions on tobacco marketing up in smoke ? Investment Treaty News, <http://www.iisd.org/itn/2011/07/12/...> [15-05-2013].
- [5] 9 Hall, David (2010) Challenges to Slovakia and Poland health policy decisions : use of investment treaties to claim compensation for reversal of privation/liberalisation policies, January, <http://www.psir.org/reports/2010-0...> [23-05-2013] ; Peterson, Luke Eric (2012) Investor Announces Victory in Intra-EU BIT Arbitration with Slovakia Arising out of Health Insurance Policy Changes, Investment Arbitration Reporter, 10 December.
- [6] Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/ Hoffmann, Rhea Tamara (2012) The German Nuclear Phase-Out Put to Test in International Investment Arbitration ? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II), <http://www.iisd.org/publications/pu...> [23-05-2013].
- [7] Corporate Europe Observatory/ Council of Canadians/ Transnational Institute (2013) The right to say no. EU-Canada trade agreement threatens fracking bans, <http://corporateeurope.org/publicat...> [15-05-2013].
- [8] Phillips, Tony (2008) Argentina Versus the World Bank : Fair Play or Fixed Fight ?, Center for International Policy (CIP), <http://www.cipamericas.org/archives/1434> [15-05-2012]. Peterson, Luke Erik (2008) Round-Up : Where things stand with Argentina and its many investment treaty arbitrations, Investment Arbitration Reporter, 17 December.
- [9] Perry, Sebastian (2013) Bondholders pursue Greece over debt haircut, Global Arbitration Review, 7 May.
- [10] 7 UNCTAD (2011) Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements, Issues Note No 2, July, unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d3_en.pdf [15-05-2013] ; International Monetary Fund (2012) The Liberalization and Management of Capital Flows : An Institutional View, www.imf.org/external/np/pp/e... [15-05-2013].
- [11] Voir, par exemple, la lettre conjointe de la Chambre de commerce des Etats-Unis, de BusinessEurope, du Transatlantic Business Dialogue, l'AmCham EU et autres dans le document EU-US Investment Dialogue, daté de 16 novembre 2011, <http://www.amchameu.eu/Portals/0/20...> [15-05-2013]. In leurs contributions en 2012 et 2013 sur le PTCI pour l'UE et les Etats-Unis US, tous ces lobbies ont plaidé pour un mécanisme de règlements des différends investisseurs-Etat.
- [12] 12- Au printemps 2011, le gouvernement australien a annoncé qu'il n'inclurait plus désormais de mécanisme investisseurs-Etats dans les accords de commerce. La Bolivie, l'Equateur et le Venezuela ont mis un terme à plusieurs traités sur l'investissement et se sont retirés du mécanisme instauré par la Banque mondiale pour régler ces différends, le Centre international de règlement de différends sur l'investissement (le CIRDI). L'Afrique du Sud a revu ses traités.
- [13] Déclaration de la Chambre de commerce des Etats-Unis sur le PTCI au bureau du représentant des Etats-unis pour le commerce, 10 mai 2013, <http://www.regulations.gov/# !docume...> [23-05-2013].
- [14] Voir, par exemple, Corporate Europe Observatory (2011) Le droit de l'investissement défie la démocratie, <http://corporateeurope.org/publicat...> [23-05-2012].
- [15] Rapport interne de la Commission européenne d'une rencontre sur la politique de l'UE sur l'investissement et sur le dialogue EU-UE , organisé par AmCham EU le 8 Juillet 2011. Obtenu par une requête faite dans le cadre de la loi sur l'accès au document. Voir le CEO.
- [16] CNUCED (2013), see endnote 10 ; Akhtar, Shayerah Ilias/ Weiss, Martin A. (2013) U.S. International Investment Agreements. Issues for Congress. Congressional Research Service, April 29, www.fas.org/sgp/crs/row/R430... [23-05-2-13].
- [17] 20 République Tchèque (20 demandes), Pologne (14), République Slovaque (11), Hongrie (10), Roumanie (9), Lituanie (5), Estonie, Allemagne, Latvie (all 3 demandes), Slovénie et Espagne (2 demades, Belgique, France, Italie et Portugal (tous une demande).
- [18] Bulgarie, République Tchèque, Estonie, Latvie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie.
- [19] Chase, Peter H. (2011) The United States, European Union and International Investment, GMF policy brief, July, p.8, <http://www.gmfus.org/archives/the-u...> [15-05-2013].
- [20] Chevron Corporation : Comments on Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership, May 7, 2013, <http://www.regulations.gov/# !docume...> [23-05-2013].
- [21] Voir le site <http://chevrontoxico.com/> . Pour la version de Chevron, voir <http://www.theamazonpost.com/> .
- [22] Chevron Corporation, voir note 22.
- [23] Ibid.
- [24] 27 See : Corporate Europe Observatory (2011), voir note 15 ; Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute (2012) Profiting from Injustice, chapitres 3 et 4, <http://corporateeurope.org/publicat...> [15-05-2013].
- [25] OCDE (2012) Mécanisme de règlement des différends Investisseurs-Etat, Consultation publique : 16 Mai– 23 Juillet 2012, p. 20. International Center for Settlement of Investment Disputes (2008) Schedule of Fees (Effective January 1, 2012), p.1.
- [26] Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute (2012) Profiting from Injustice, voir note 27.
- [27] Analyse du contexte pour la table ronde sur l'investissement étranger organisé par Hogan Lovells à Frankfurt le 7 juin 2010 et rapport interne de la Commission sur l'investissement direct, table ronde organisé par Hogan Lovells à Bruxelles le 7 décembre 2010, daté du 21 décembre 2010, TRADE F.2 CB/MAL/ba. Obtenu par une requête faite dans le cadre de la loi sur l'accès au document . Voir le CEO.
- [28] Le Conseil Economique transatlantique (CTE) regroupe la Commission européenne et les représentants du gouvernement des Etats-Unis. Mise en place par le Président de la Commission, la Chancelière allemande Merkel et le Président des Etats-Unis Bush en 2007 pour faire progresser l'intégration économique transatlantique.

[29] 32 Commission européenne (2009) : Rapport de Mission . Conférence, 50 ans de traités d'investissement bilatéraux – Frankfort 1-3 Décembre 2009 ; mail de Daniel Price à Jean-François Brakeland, chef de pour l'unité sur les services et l'investissement au département commerce de la Commission, daté du 5 janvier 2010. Obtenu par une requête faite dans le cadre de la loi sur l'accès au document . Voir le CEO.

[30] 33 voir l'échange sur le blog de Simon Lester, analyste de la politique commerciale au Cato Institute, et l'arbitre Mark Kantor, <http://worldtradelaw.typepad.com/ie...> [15-05-2013].

[31] Rapport interne de la Commission européenne d'une rencontre sur la politique européenne d'investissement et dialogue sur l'investissement entre les EU et l'UE, organisé par AmCham EU le 8 juillet 11 avec le European Services Forum, 13 Décembre 2011, daté du 17 Décembre 2011. Obtenu par une requête faite dans le cadre de la loi sur l'accès au document . Voir le CEO.

[32] Dialogue transatlantique des consommateurs (2013) : réaction des groupes de consommateurs des EU et de l'UE à l'annonce du PTCI, 5 Mai 2103, <http://www.tacd.org/index2.php?opti...> [15-05-2013].

[33] 38 AFL-CIO (2013) U.S.-EU Free Trade Agreement, <http://www.aflcio.org/Issues/Trade/...> [15-04-2013].

[34] Lettre ouverte des législateurs des Etats-Unis aux négociateurs du PTCI réclamant le rejet du mécanisme Investisseurs-Etat, Juillet 2013.

[35] Les Sociaux-démocrates soulèvent la question du mécanisme Etat-Investisseur, 23 Mai 2012, <http://www.socialistsanddemocrats.e...> [26-05-2013].

[36] Voir note 1.

[37] Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne d'investissement international (2010/2203(INI), 6 avril 2011.

[38] voir note 1.

[39] Conseil des Canadiens (2013) le cas Eli Lilly's, poursuite sur le fondement de l'ALENA devrait faire réfléchir rapidement aux droits des investisseurs dans les accords de commerce, <http://canadians.org/blog/eli-lilly...> [18.09.2013].

[40] Baker, Book K. (2013) Corporate Power Unbound. Investor-State Arbitration of IP Monopolies on Medicines – Eli Lilly and the TPP, PIJIP Research Paper Series, Paper 36, <http://digitalcommons.wcl.american...> [26-05-2013].

[41] Public Citizen (2012) Memorandum. "Fair and Equitable Treatment" and Investors' Reasonable Expectations : Rulings in U.S. FTAs & BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed, www.citizen.org/documents/MS... [26-05-2013].

[42] Porterfield, Matthew C. (2013) A Distinction Without a Difference ? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals, Investment Treaty News, 22 March, <http://www.iisd.org/itn/2013/03/22/...> [26-05-2013].

[43] Inside US Trade (2013) Revised EU Mandate Seeks To Prevent 'Fivolous' Investor-State Claims, 23 May.

Les dessous de Bruxelles est un site réalisé sous [SPIP](#).
Réalisation [Def], sur un squelette GPL3 de <http://www.erational.org>