

L'intérêt public et les politiques sociales et environnementales en danger

Changeons la politique d'investissement de l'UE – C'est l'heure !

Janvier 2011

Au cours des dernières décennies, les États membres de l'UE ont signé plus de 1.200 « traités bilatéraux d'investissement » (TBI ou BITS en anglais) visant à protéger leurs investisseurs à l'étranger. Les TBI accordent le droit aux entreprises multinationales de remettre en cause les législations sociales, environnementales et économiques des gouvernements si ces mesures sont susceptibles de porter atteinte à la rentabilité de leurs investissements. Les mécanismes de règlement des différends en matière d'investissement (ou mécanismes d'arbitrage), généralement intégrés dans les TBI, permettent aux investisseurs étrangers de passer outre les tribunaux nationaux et de poursuivre des États souverains directement devant des tribunaux d'arbitrage internationaux. Les TBI ont ainsi coûté aux contribuables des millions d'euros en frais de procédure et d'indemnisation. En outre, ces traités portent sérieusement atteinte à la capacité des gouvernements à agir pour l'intérêt de leurs citoyens. **Les traités bilatéraux d'investissement représentent une menace directe pour les politiques publiques, la**

gouvernance démocratique et la défense de l'intérêt public. Toute personne concernée par la défense des politiques environnementales et sociales devrait s'alarmer face aux menaces que représentent les TBI.

Actuellement, il existe une **opportunité unique pour rompre avec les politiques d'investissement en vigueur** et accorder enfin la priorité à l'intérêt public plutôt qu'aux bénéfices des entreprises. Le Traité de Lisbonne a transféré la compétence en matière d'investissements étrangers des 27 États membres à l'Union européenne. La Commission, le Conseil et le Parlement européens discutent en ce moment du contenu et des orientations de la future politique d'investissement de l'UE. **Les mouvements sociaux, les organisations de développement, de défense des droits humains et de l'environnement ainsi que les syndicats, doivent se saisir de cette négociation pour faire entendre leur voix** et faire pression pour que soit adoptée une politique d'investissement équilibrée.

Réglementation environnementale et démocratie mises à mal - l'affaire « Vattenfall v. Allemagne »

Depuis leur introduction, les traités d'investissement ont surtout eu un impact très lourd pour les pays en développement. Mais, une récente affaire controversée au sein de l'UE a révélé le coût financier et environnemental que pouvaient représenter ces mesures pour les contribuables européens. En 2009, l'entreprise Vattenfall a intenté une procédure d'arbitrage à l'encontre du gouvernement allemand devant le tribunal du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) pour violation des dispositions de la Charte européenne de l'énergie (accord multilatéral régissant les règles d'investissement dans le secteur de l'énergie). Vattenfall a exigé du gouvernement allemand que celui-ci lui verse une compensation suite à l'adoption par l'Allemagne de mesures environnementales limitant l'utilisation et le déversement d'eau de refroidissement dans la centrale électrique à charbon construite par Vattenfall sur les rives de l'Elbe. Vattenfall soutenait que ces réglementations étaient contraires aux garanties que leur avaient accordées les autorités de la ville de Hambourg et qu'elles entraveraient la viabilité économique de leur projet. Les autorités publiques affirmaient quant à elles que les restrictions imposées au permis d'utilisation d'eau obtenu par Vattenfall, étaient la conséquence directe de la retransposition au niveau national d'une directive européenne sur la qualité de l'eau affectant toutes les industries installées sur les rives des fleuves allemands.

En août 2010, un accord à l'amiable a finalement été conclu entre les parties au litige. Les termes exacts de cet accord n'ont pas été rendus publics, mais le premier recours déposé par Vattenfall révèle que la société demandait une compensation de près de 1,4 milliards d'euros pour les dommages subis au regard des 2,6 milliards qu'ils auraient investis. Les médias allemands et internationaux ont également fait état d'un éventuel assouplissement des restrictions d'utilisation des eaux locales qui, autrement, auraient empêché l'usine de fonctionner à plein régime.¹

¹ 'Parties announce settlement of dispute over German power plant 28.8.2010', Investment Treat News, Issue 1, Volume 1, septembre 2010.

brée: une politique qui ne se préoccupe pas seulement des droits des investisseurs mais qui les tient également pour responsables de leurs actes; une politique qui par ailleurs doit promouvoir et protéger les intérêts publics, les droits humains et l'environnement.

prévoir la portée de leurs droits et obligations avec aucune certitude.

Cette incertitude légale est d'autant plus forte que la plupart des TBI inclue des mécanismes d'arbitrage

Des investisseurs étrangers sapent les politiques anti-apartheid en Afrique du Sud

En 2007, un groupe d'investisseurs italo-luxembourgeois actif dans l'industrie minière en Afrique du Sud a intenté une action d'arbitrage devant le CIRDI, arguant que le programme de « Black Economic Empowerment » (BEE) mené par l'Afrique du Sud violait les dispositions des TBI qu'elle avait conclus avec le Luxembourg et l'Italie. Le programme BEE est au cœur des politiques visant à rectifier les inégalités raciales en Afrique du Sud. Le Mineral and Petroleum Resources Development Act (MPRD Act), entré en vigueur en 2004, impose à toutes les compagnies minières présentes en Afrique du Sud d'obtenir une nouvelle licence. Cette dernière est assortie de conditions exigeant qu'une plus grande proportion d'actions soit transférée aux investisseurs noirs, et impose que de réels efforts soient entrepris pour augmenter le pourcentage de citoyens sud-africains « historiquement défavorisés » aux postes à responsabilité. Les investisseurs ont attaqué ces dispositions en invoquant que ces conditions d'obtention de nouvelles licences étaient contraires à l'obligation pour l'Afrique du Sud de leur garantir un « traitement juste et équitable » qui ne soit « pas moins favorable » au traitement des investisseurs locaux, comme le stipulent les TBI. L'affaire a pris fin en 2010 suite à des concessions significatives de l'Afrique du Sud en matière d'obligations BEE.²

Pourquoi les citoyens de l'UE devraient-ils se préoccuper des traités d'investissement ?

Les TBI sont des accords conclus entre deux pays, qui définissent les conditions dans lesquelles s'opèrent les investissements privés sur leur territoire respectif. De manière générale, ils contiennent des clauses de non-discrimination, de traitement national, de compensation en cas d'expropriation ou de dommage subis par les investisseurs, ainsi que des garanties assurant la libre circulation des capitaux. Les termes dans lesquels ces clauses sont formulées sont généralement imprécis au niveau juridique permettant aux investisseurs d'étendre leurs privilèges à travers une interprétation large de leurs droits. A contrario, pour les États hôtes, il devient de plus en plus difficile de

permettant aux investisseurs de contourner les systèmes juridiques nationaux et de poursuivre les États hôtes directement devant des tribunaux d'arbitrage internationaux lorsqu'ils considèrent que leurs droits octroyés en vertu du TBI, ont été violés.

Aujourd'hui, le principal objectif des TBI est d'assurer une protection maximale aux droits des investisseurs. A l'inverse, les obligations envers ces derniers sont largement absentes. De manière générale, les TBI n'incluent aucune disposition visant à protéger l'environnement, les droits des travailleurs, la protection sociale ou les ressources naturelles. Par conséquent, ces considérations sont rarement prises en compte par les tribunaux d'arbitrage, dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'aucun recours et sont de por-

Le droit à l'eau sur la sellette

Un groupe d'investisseurs européens détenteurs d'une concession de 30 ans pour la fourniture d'eau et de services relatifs aux eaux usées à Buenos Aires et dans sa région, a mis en cause diverses actions prises par le gouvernement argentin pour faire face à la crise financière qui a frappé le pays à la fin des années 1990. Selon eux, ces mesures allaient diminuer la valeur de leurs investissements et violaient par conséquent l'obligation de l'Argentine de protéger leurs intérêts en tant qu'investisseurs étrangers au nom des TBI conclus avec l'Espagne, le Royaume-Uni et la France.

Dans sa décision finale (du 30 juillet 2010), le Tribunal du CIRDI a reconnu que l'Argentine avait été confrontée à une grave crise économique susceptible de justifier l'adoption de ces mesures défensives. Il a toutefois jugé que l'Argentine aurait pu adopter d'autres mesures pour faire face à la crise qui n'auraient pas porté atteinte aux droits des investisseurs.

L'Argentine avait demandé au Tribunal de tenir compte du fait que cette concession portait sur l'eau, et que par conséquent, celle-ci avait un impact direct sur la protection d'un droit humain fondamental qu'est le droit d'accès à l'eau. Le Tribunal a cependant rejeté ce principe selon lequel les obligations d'un gouvernement en matière de droits humains doivent passer avant ses obligations à l'égard des droits des investisseurs protégés par des TBI. Selon le Tribunal, les États doivent respecter les obligations qui leur incombent autant en matière de droits humains que de traités d'investissement. Le montant de l'indemnité n'a pas encore été fixé.³

² Pour plus d'informations sur ce cas, voir: ITUC Briefing note on Bilateral Investment Treaties, sur: <http://gurn.info/en/topics/bilateral-and-regional-trade-agreements/bilateral-investment-treaties/background/tils-briefing-note-on-bilateral-investment-treaties> (consulté le 22-11-2010). Et: 'ICSID Tribunal awards South African Government 7.5 per cent of its Euro 5.33m costs claim', sur: <http://www.webberwentzel.com/web/view/web/en/page1873?oid=27715&sn=detail&pid=1873> (consulté le 22-11-2010).

³ 'Argentina on the hook for breach of Fair and Equitable Treatment', Investment Treaty News, Issue 1, Volume 1, septembre 2010.

tée contraignante. En outre, ces affaires sont généralement traitées à huis clos, loin du regard critique du public.

Jusqu'à présent, ces recours auprès des tribunaux d'arbitrage ont permis aux investisseurs de remettre en cause bon nombre de réglementations environnementales, dont certaines interdictions de produits chimiques pour des raisons environnementales, un refus de permis pour l'implantation d'une décharge de déchets toxiques, une interdiction d'exportation de déchets contenant des PCB [polychlorobiphényles] et des mesures imposant que soient rebouchés des puits de mine à ciel ouvert.⁴ Les politiques sociales ont, elles aussi, souvent été la cible de ces procédures.

Depuis les premiers cas dans les années 1990, plus de 300 procédures d'arbitrage ont été déposées, dont la majorité contre des pays en développement et portant très souvent sur des conflits relatifs aux services publics, tel que l'eau, l'électricité, la gestion des télécommunications, des déchets et des ressources naturelles (pétrole, gaz et mines).⁵

Ces recours auprès des tribunaux d'arbitrage entraînent lourdement la responsabilité des Etats de promouvoir le bien-être social et la protection de l'environnement. Pour financer les coûts associés à ces procédures, les Etats peuvent être amenés à préle-



ver ces ressources dans les budgets prévus pour les dépenses sociales, de santé et d'éducation, amoindissant d'autant ces budgets déjà insuffisamment dotés. Par ailleurs, les gouvernements, par crainte de se voir poursuivre auprès d'un tribunal d'arbitrage et de devoir verser de lourdes compensations, peuvent également renoncer à leurs projets de

réglementations sociales ou environnementales. Ces mesures de recours auprès des tribunaux d'arbitrage peuvent ainsi provoquer une « frilosité législative » des États.

En sa qualité de « leader du marché » des investissements étrangers, l'UE s'est quant à elle très rarement trouvée parmi les victimes de ce type de jugement. Mais, étant donné la rapidité avec laquelle l'équilibre entre les puissances économiques mondiales évolue, cette situation pourrait changer très rapidement. Les économies émergentes telles que la Chine et l'Inde sont de plus en plus impliquées dans des investissements étrangers.

Toutes les mesures adoptées pour faire face aux effets de la crise économique actuelle et réglementer le secteur bancaire, pour lutter contre les changements climatiques, assurer le fonctionnement et une bonne répartition des services publics et protéger l'environnement pourraient à terme être l'objet de poursuites et contraindre les autorités publiques et, in fine, les

Les TBI sous les critiques du Sud

Pour bon nombre de pays en développement, les investissements directs à l'étranger (IDE) constituent une importante source de capitaux nécessaire à leur croissance économique. Pourtant, il est évident que les TBI en vigueur au sein de l'UE n'ont pas été élaborés dans le but de favoriser le développement durable. Les pays du monde entier prennent de plus en plus conscience des conséquences négatives que les TBI peuvent avoir. Plusieurs pays, conscients que les TBI ne sont qu'un facteur parmi d'autres qui influencent les décisions des investisseurs étrangers⁶, ont lancé une évaluation et une révision de leur politique d'investissement. Le gouvernement sud-africain est actuellement en train de revoir sérieusement l'ensemble de ses TBI afin que ceux-ci soient en conformité avec ses considérations en matière de développement.⁷ Pour l'Etat sud-africain, « l'un des éléments fondamentaux de la souveraineté des États est à la fois le droit et le devoir des gouvernements de réguler les activités économiques et le comportement de ces acteurs en faveur de l'intérêt public au sens large... La promotion et la protection des investissements ne peuvent se faire au détriment d'autres objectifs politiques fondamentaux »⁸. Le Brésil, un des pays d'Amérique Latine qui reçoit le plus d'IDE, maintient son opposition ferme à la ratification de ses TBI. Parallèlement, la Bolivie, en 2007, a décidé de se retirer du CIRDI. Le fait que le CIRDI permette aux sociétés multinationales d'intenter des actions contre des gouvernements (y compris pour la « perte » de gains futurs), sans autoriser les gouvernements à faire de même contre les sociétés multinationales est l'une des principales objections avancées par la Bolivie. Son Président, Evo Morales, a motivé sa décision en affirmant : « (Nous) rejetons fermement les pressions légales, médiatiques et diplomatiques exercées par certaines multinationales qui (...) résistent au pouvoir législatif souverain des Etats en les menaçant d'intenter ou en intentant des procédures d'arbitrage international. »⁹

⁴ Nathalie Bernasconi, Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration, International Institute for Sustainable Development, juillet 2009.

⁵ ITUC Briefing note on Bilateral Investment Treaties, sur: <http://gurn.info/en/topics/bilateral-and-regional-trade-agreements/bilateral-investment-treaties/background/tis-briefing-note-on-bilateral-investment-treaties> (consulté le 22-11-2010).

⁶ The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, UNCTAD Series on International Investment, 2009. Sur: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf

⁷ <http://www.thedti.gov.za/ads/bi-lateral.htm>

⁸ http://www.dti.gov.za/ads/bi-lateral_policy.doc

⁹ <http://www.allbusiness.com/legal/labor-employment-law-alternative-dispute-resolution/8906068-1.html>

contribuables, à déboursier des millions d'euros pour payer les indemnisations.

Opportunité de changement

Le contexte politique européen actuel ouvre une opportunité unique pour rééquilibrer la balance entre protection des intérêts publics et privés sérieusement mise à mal au sein des accords d'investissement en vigueur.

Le transfert de compétence, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, exige d'une part que soit développée une politique d'investissement européenne globale et d'autre part, que soit instauré un régime transitoire pour les 1.200 Traités Bilatéraux d'Investissement existants conclus par les États membres. A cette occasion, nous avons ainsi une opportunité unique d'ouvrir une discussion large et ouverte sur le contenu de la politique européenne d'investissements internationaux.

En juillet 2010, la Commission a ouvert le processus de négociation pour le développement d'une nouvelle politique à travers la publication de sa communication « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux » et d'un premier projet de réglementation sur le traitement des TBI existants. Ces documents vont à présent être examinés par le Conseil et le Parlement européens. Dans le même temps, la Commission travaille actuellement à la proposition de nouveaux mandats visant à ajouter des clauses de protection des investissements au sein des accords de libre-échange en cours de négociation avec le Canada, l'Inde, Singapour et le Mercosur (qui réunit un ensemble de pays d'Amérique du Sud). D'autres accords, uniquement sous la forme de traités d'investissement, pourraient suivre prochainement avec la Russie et la Chine.

La Commission a indiqué qu'en vertu du Traité de Lisbonne, la politique commune en matière d'investissement doit prendre en compte des objectifs plus globaux de l'UE tels que le respect des droits humains et le développement durable. Elle a en outre suggéré que soit recherchée une plus grande transparence au sein des mécanismes d'arbitrage « investisseur-État » et que soit établi un meilleur équilibre entre protection des intérêts publics et privés concernant les dispositions relatives à l'expropriation.

Pourtant, dans le même temps, la Commission déclare vouloir se baser sur les « meilleures pratiques » des TBI existants des États membres. Ainsi, elle conserverait très certainement les dispositions de protection des investisseurs formulées en des termes très vagues et ouverts, formulations imprécises ayant permis aux entreprises transnationales d'intenter des procès contre toutes sortes de régulation. Quoi qu'il en soit, les États

membres de l'UE sont déterminés à ce que la politique de l'UE traduise leurs propres pratiques et à maintenir, aussi longtemps que possible, leurs TBI et leurs propres politiques d'investissement.

Aujourd'hui, il est temps pour la société civile de faire entendre ses inquiétudes et de faire pression pour que soit adoptée une approche radicalement nouvelle à l'égard des investissements étrangers.

Les organisations de la société civile doivent:

- contacter leurs **parlementaires européens**, respectivement dans chaque pays, et en particulier ceux qui sont membres de la Commission du commerce international (INTA) [cliquer ici pour la liste des membres] qui voteront en mars et avril prochains une résolution sur la nouvelle politique d'investissement de l'UE et sur les amendements au projet de réglementation relatif aux TBI existants des États membres ;
- contacter leurs **parlementaires nationaux** pour les questionner sur les politiques d'investissement menées par leurs gouvernements nationaux et les positions qu'ils vont soutenir au sein du Conseil ;
- contacter la **Commission européenne** afin de faire pression pour que, d'une part, elle n'adopte pas les mêmes pratiques néfastes des TBI conclus par les États membres et d'autre part, qu'elle ne lance pas les négociations sur les investissements avant d'avoir procédé à une évaluation approfondie et entamer une large discussion publique sur le sujet ;
- faire circuler la présente note le plus largement possible, organiser des événements et susciter un **débat public** sur le sujet !

Tout nouveau régime d'investissement de l'UE devra:

- intégrer des **obligations envers les investisseurs** dans les accords d'investissement, plus particulièrement en matière de respect des droits humains et de responsabilité des entreprises ;
- adopter une **définition plus précise et plus stricte des droits des investisseurs** ;
- **abolir les mécanismes d'arbitrage « investisseur – État »**, procédure dénuée de toute transparence et à portée unilatérale en faveur des droits des investisseurs ;
- reconnaître, de manière explicite, le **droit des gouvernements à légiférer** et formuler des politiques dans l'intérêt général ;
- inclure une réelle **dimension sociale et environnementale**.

Dans le cadre du processus d'élaboration des principes de base visant à définir la politique commune

d'investissement, tous les TBI existant des États membres doivent être évalués de manière approfondie au regard de leur impact sur la capacité des gouvernements à favoriser le développement durable, l'égalité homme - femme et l'équité sociale, et à respecter leurs obligations en vertu des conventions internationales et des traités relatifs aux droits humains, aux droits des femmes et des travailleurs, à l'environnement et au changement climatique. En attendant que soit réalisée cette évaluation, **toutes les négociations de TBI par les États membres devraient être suspendues. Tous les TBI existants des États membres devraient être remplacés** pour que ceux-

ci soient conformes aux principes globaux de l'UE en matière de droits humains.

Influencer les choix politiques de l'Europe est important pour l'Europe, mais également pour l'ensemble de la planète car les choix de l'Europe peuvent faire la différence au niveau mondial : l'UE est à la fois la première zone recevant ces investissements et la première source d'investissements directs à l'étranger. Ensemble, les TBI conclus par ses États membres représentent près de la moitié des accords d'investissement actuellement en vigueur dans le monde entier.

Texte: Roeline Knottnerus, au nom et avec le soutien du groupe « S2B Investment » (www.s2bnetwork.org)

Lectures complémentaires

- ▶ Seattle to Brussels Network, Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy. EU investment agreements in the Lisbon treaty era: http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/eu_investment_reader_sp.pdf
- ▶ Chambre fédérale de travail de l'Autriche, Livre blanc sur la politique d'investissement de l'UE: http://akeuropa.eu/_includes/mods/akeu/docs/main_report_en_138.pdf
- ▶ Déclaration officielle sur le système international d'investissement (par un groupe de plus de 35 académiciens) 31 août 2010: http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/documents/Public%20Statement.pdf
- ▶ Commission DG Commerce de l'UE, site internet sur la politique d'investissement: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/>

Glossaire

Expropriation (indirecte)

Disposition qui interdit l'expropriation ou la nationalisation d'investissements étrangers, excepté lorsque des critères stricts sont respectés et qu'une compensation adéquate est octroyée. A travers cette disposition, les investisseurs étrangers essayent de plus en plus, et ce souvent avec succès, de remettre en cause toute une série de réglementations gouvernementales, notamment concernant des lois environnementales et sociales. Pour ce faire, ils invoquent l'obligation pour l'État d'octroyer une compensation en arguant que les mesures contestées, constituent de facto des « expropriations indirectes » étant donné que celles-ci entraîneraient une réduction de la valeur des bénéficiaires (futurs) de leurs investissements.

Traitement national

Clause interdisant un traitement préférentiel des investisseurs nationaux. (A noter que cette clause n'interdit pas le traitement préférentiel des investisseurs étrangers !). Ce principe est très largement contesté car, au nom de ce principe, il est de plus en plus difficile pour les pays de soutenir par exemple leurs secteurs d'activité naissants, de développer des politiques régionales spécifiques ou encore de déployer des mesures imposant aux investisseurs étrangers de recourir à des ressources locales (main d'œuvre, matières premières) dans leurs processus de production.

Traitement de la Nation la plus favorisée (NPF)

Obligation d'accorder à l'ensemble des investisseurs partenaires le traitement le plus favorable dont bénéficie l'un d'entre eux. Cette clause est susceptible d'entraver l'intégration régionale et la coopération entre pays en développement étant donné que tout traitement préférentiel doit automatiquement être étendu aux puissantes sociétés multinationales des pays développés.

Traitement juste et équitable

Ce concept légal très vaste et imprécis est fréquemment invoqué dans les mécanismes d'arbitrage international en matière d'investissement. Les dispositions relatives au « Traitement juste et équitable » permettent d'étendre encore plus les droits déjà importants des investisseurs étrangers en vertu des clauses de « traitement national » ou de « traitement de la nation la plus favorisée ». Il offre en effet aux tribunaux d'arbitrage la possibilité d'adopter une interprétation large des conditions nécessaires pour garantir un climat d'investissement stable ou éviter de porter atteinte aux « attentes légitimes » de l'investisseur.

Umbrella Clause (ou « clause parapluie » en français mais seul le terme anglais est utilisé y compris dans les textes français)

Cette disposition oblige chaque Etat signataire d'un accord international d'investissement à respecter la totalité des engagements pris envers les investisseurs étrangers de l'autre Etat signataire. La Clause « Umbrella » offre aux investisseurs une protection étendue en permettant d'élever les ruptures de contrat au rang d'infraction au droit international.

Arbitrage « investisseur-Etat »

Les investisseurs privés ont de plus en plus recours à ce mécanisme d'arbitrage pour résoudre des différends avec des entités gouvernementales d'un pays étranger, et obtenir des dommages et intérêts pour recouvrer les pertes potentiellement causées par des actions gouvernementales prises à n'importe quel niveau (Etat fédéral, autorité provinciale ou locale). Pratiquement tous les accords d'investissement conclus contiennent une disposition permettant de recourir à ces mécanismes d'arbitrage. En revanche, ces mécanismes d'arbitrage « investisseur-Etat » ne sont pas accessibles aux investisseurs nationaux qui, eux, ne disposent que des recours existants dans leur propre système juridique national.