

Octobre 2013



Seattle to Brussels
Network



Une Déclaration transatlantique des

DROITS

des Entreprises

Les privilèges des investisseurs dans la négociation Union Européenne - États-Unis menacent l'intérêt général et la démocratie.

Le mandat de négociation pour un accord étendu de libre échange avec les États-Unis révèle la volonté de la Commission européenne de renforcer autant que possible le pouvoir des entreprises transnationales. Le texte du mandat fait suite à une intense et longue campagne des lobbies de l'industrie et des cabinets juridiques pour que les grandes entreprises aient le pouvoir de contester les réglementations nationales et internationales si elles affectent leurs profits. Ainsi, les États membres de l'UE peuvent voir leurs lois domestiques visant à protéger l'intérêt général contestées dans des tribunaux *ad hoc*, secrets, dans lesquels les lois nationales n'ont aucun poids et les élus politiques aucun pouvoir d'intervention.

La proposition de la Commission d'intégrer un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du Partenariat transatlantique pour le commerce et les investissements (PTCI)¹ autoriserait les entreprises américaines investissant en Europe à contourner les Cours de justice européennes et à attaquer directement l'UE et ses gouvernements devant un tribunal international *ad hoc* dès lors qu'elles estimeraient que les lois réglementant les domaines de la santé, de l'environnement, ou de la protection sociale aient un impact négatif sur leurs profits. Les entreprises européennes investissant aux États-Unis auraient le même privilège. A travers le monde, les entreprises transnationales ont déjà utilisé les mécanismes de règlement des différends investisseurs-États intégrés aux 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 général (voir encadré 1). 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'intérêts² – ont ordonné que des milliards d'euros soient versés aux entreprises, milliards sortis de la poche des contribuables.

ENCADRÉ 1

Quelques conflits emblématiques

Sociétés 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 leur lois anti-tabac. L'entreprise soutient que les avertissements sanitaires sur les paquets de cigarettes et les emballages les empêchent d'afficher clairement le logo de leur marque, causant une perte substantielle de leur part de marché³.

Sociétés contre protection environnementale Vattenfall v. Allemagne : En 2012 le géant *Swedish energy* a porté plainte contre l'Allemagne demandant 3,7 milliards d'euros en compensation de profits perdus suite à l'arrêt de deux de ses centrales nucléaires. La plainte suivait la décision du gouvernement fédéral allemand de supprimer progressivement l'énergie nucléaire après le désastre nucléaire de Fukushima⁴.

Sociétés contre les gouvernements prenant des mesures contre les crises financières – Argentine et Grèce : Lorsque l'Argentine a gelé les tarifs des services 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\$⁵. En mai 2013, des investisseurs slovaques et chypriotes poursuivaient en justice la Grèce concernant l'échange de créance sur sa dette souveraine de 2012 qu'Athènes a dû négocier avec ses créditeurs pour obtenir l'aide monétaire de l'UE et du FMI⁶. L'UE et le FMI ont tout deux averti que les accords sur les investissements pouvaient sévèrement affecter la capacité des États à lutter contre la crise économique et financière⁷.

Sociétés contre protection de l'environnement : Lone pine v. Canada : sur la base de l'ALENA (Accord de libre-échange nord américain), 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 technologie⁸.

Sociétés contre santé publique Achmea v. la République slovaque : Fin 2012, l'assureur néerlandais *Achmea* (anciennement *Eureko*) a reçu 22 millions d'euros de compensation du gouvernement slovaque pour avoir remis en cause, en 2006, la privatisation de la santé engagée par l'administration précédente, et demandé aux assureurs de santé d'opérer sans chercher de profits⁹.

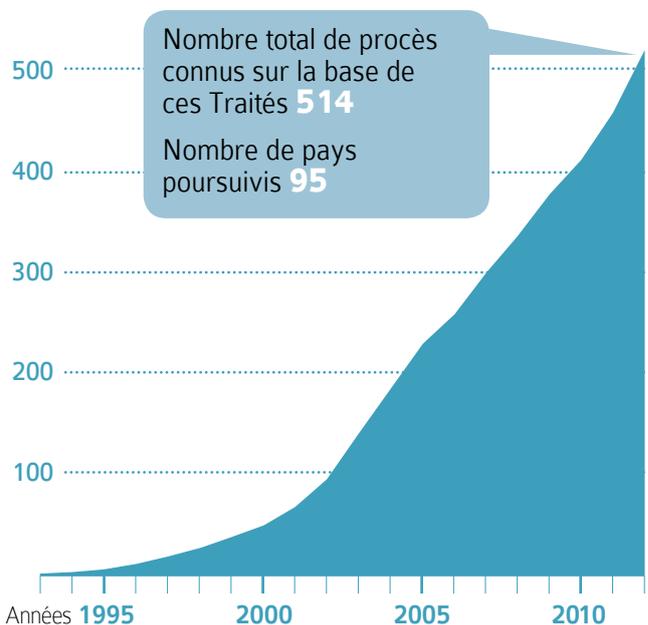
En tant que principaux utilisateurs des traités internationaux existant sur les investissements, les entreprises américaines et européennes ont conduit à une inflation de litiges investisseurs-État dans les deux dernières décennies.

Le plus grand nombre des 514 conflits connus déposés à la fin 2012 a été engagé par des investisseurs américains. Ils ont déposé 129 plaintes, soit 24% de toutes les plaintes. Les suivants sont les investisseurs néerlandais (50 plaintes), ceux du Royaume Unis (30) et d'Allemagne (27). Ensemble, les investisseurs des États membres de l'UE ont déposé 40% de tous les recours connus¹⁰.

Les entreprises 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.

Un déluge de conflits

Nombre de cas. Source : CNUCED



Maintenant elles s'intéressent aux perspectives qu'ouvre le chapitre investissement dans le projet d'accord de libre échange entre l'UE et les États-Unis (PTCI ou « Pacte transatlantique pour le commerce et l'investissement »), la plus importante négociation jamais entamée sur les investissements.

Lobbying pour l'établissement d'un « gold standard » d'entreprise

Les procédures d'arbitrage investisseurs-État 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 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 d'arbitrage investisseurs-État via ces filiales, pour contraindre leur propre gouvernement à s'abstenir de mettre en place des réglementations dont elles ne voudraient pas.

Sans surprise, les groupes lobbyistes européens comme américains ont poussé pour inclure un mécanisme d'arbitrage investisseurs-État dans le PTCI. Le syndicat représentant le patronat européen *BusinessEurope*, la chambre américaine du commerce, *AmCham EU*, le *Transatlantic Business Council* (TABC), et d'autres poids lourds du lobbying ont tous plaidé pour donner ce privilège aux investisseurs. Ils cherchent également à ce que la négociation aboutisse à mettre en place un « gold standard » global, qui deviendrait le modèle pour la protection des investissements étendu aux autres accords dans le monde¹¹.

De plus en plus de pays questionnent et même abandonnent les arbitrages investisseurs-État précisément en raison de l'impact négatif pour la protection de l'intérêt général.¹²

En réponse, le monde des affaires demande un « signal au monde de la volonté à s'engager sur un 'gold standard' » protégeant leurs investissements¹³.

Le chapitre sur l'investissement du PTCI devrait servir de 'gold standard' pour les autres accords d'investissement.

Chambre du Commerce des EU aux négociateurs états-uniens¹⁴

Depuis décembre 2009, quand l'UE a reçu la compétence pour négocier les dispositions en matière de protection des investissements dans le cadre du traité de Lisbonne, les grandes entreprises de l'industrie se sont mobilisées contre toute tentative visant à instituer un équilibre plus juste entre les intérêts public et privé.¹⁵ Elles savaient que les négociations qui allaient s'ouvrir entre les États-Unis et l'UE auraient pu être l'occasion pour l'UE d'en savoir plus sur les expériences négatives des accords d'investissements existants, et qu'elle soit davantage consciente de leurs risques et développe une nouvelle génération de traités sans dispositif de règlement des différends investisseurs-État, avec des obligations pour les investisseurs et des restrictions plus précises de leurs droits. Les organisations syndicales, les groupements d'intérêt public et les associations à travers le monde appelaient à une telle volte-face.

L'industrie s'opposera à tout accord où la protection des investissements serait négociée contre des objectifs de politiques publiques, y compris les droits humains et du travail.

Pascal Kerneis, European Service Forum (ESF)

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 « négociée 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*.¹⁶

ENCADRÉ 2

Les risques: à quel point les gouvernements des États-Unis et de l'UE sont-ils vulnérables ?¹⁷

- Globalement, **514** procédures investisseurs-États engagées, connues à la fin 2012
- 58 plaintes ont été lancées en 2012 seulement, le plus grand nombre de conflits connus ouverts en un an.
- Les investisseurs des États-Unis et de l'UE ont lancé **329** procédures, soit **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.
- **15** États membres de l'UE ont fait l'objet d'une ou plusieurs plaintes d'investisseurs¹⁸.
- La République tchèque est le **cinquième** pays du monde le plus poursuivi dans ce cadre.
- **Plus de la moitié** des IDE de l'UE viennent des États-Unis ; de même, la moitié des IDE aux États-Unis viennent de l'UE.
- Seuls **8** États membres de l'UE, tous de l'Europe de l'Est, ont déjà un traité bilatéral avec les États-Unis.¹⁹ Le PTCl devrait contenir un des **premiers** chapitres de protection des investissements conclu à l'échelle européenne.
- Environ **42%** des décisions connues à l'issue des procédures d'arbitrage investisseurs-État ont été en faveur des États, 31% en faveur des investisseurs et **27%** sont réglés à l'amiable (la plupart du temps avec paiement de compensations ou de concessions faites aux investisseurs).
- Les dommages et intérêts les plus hauts à ce jour : **1.77 M\$** ont été versés à l'entreprise américaine *Occidental Petroleum* contre l'Équateur.
- Le coût légal moyen de ces procès avoisine **8 millions\$** pouvant atteindre jusqu'à **30 millions** dans certains cas. Ils ne sont pas toujours pris en charge par la partie perdante.

Alors que certains demandent que ce mécanisme d'arbitrage ne figure pas dans le PTCl, étant donné le cadre juridique existant aux EU et en Europe, la Chambre insiste pour que les États-Unis et l'UE intègrent ces dispositions

Chambre du Commerce des EU aux négociateurs états-uniens²⁰

Étendre les droits de l'investisseur

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 a souligné à plusieurs reprises l'importance du droit des gouvernements de réglementer pour protéger l'environnement, la santé publique et les consommateurs, Peter Chase – un ancien du gouvernement des États-Unis, travaillant désormais pour la Chambre du commerce des États-Unis à Bruxelles – a encouragé les négociateurs états-uniens à insister sur « le danger des dispositions inutiles que cherche à intégrer le Parlement européen sur les droits sociaux, environnementaux et le 'droit de réguler' ».²¹

Le géant de l'énergie des États-Unis *Chevron*, fait lui aussi pression pour que soit intégré au PTCl un chapitre sur l'investissement qui va bien au-delà du modèle actuel des EU. Ayant été poursuivies plusieurs fois par des entreprises canadiennes en vertu de l'ALENA, les États-Unis ont révisé à deux reprises leur modèle de traités internationaux sur les investissements pour mieux protéger leur espace politique. *Chevron* veut que le PTCl restaure certains de ces droits excessifs en faveur des investisseurs telle que la « clause parapluie », ce qui étendrait considérablement les obligations de l'État (voir annexe pour plus de détails). *Chevron* a aussi proposé que le mécanisme de protection des investissements inclus dans le PTCl « couvre à la fois les investissements existants et futurs ».²²

Côté EU, il faut clairement expliquer les dangers des dispositions inutiles que cherche à intégrer le Parlement européen sur les droits sociaux, environnementaux et le 'droit de réguler'.

Peter Chase, Chambre du Commerce des EU

Quand un mécanisme de règlement des différends investisseurs-État intègre ce genre de clause très large, les risques de voir augmenter de manière très importante les coûts des procédures judiciaires est considérable.

La voie ouverte aux gaz de schiste

Chevron est engagé dans une bataille juridique controversée avec l'Équateur. L'entreprise 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 justice²³. Il n'est pas étonnant que *Chevron* ait centré sa participation à la consultation lancée par le gouvernement des États-Unis sur la protection des investissements : « Globalement l'un des sujets les plus importants » selon ses dires²⁴.

Chevron considère la protection des investissements comme l'une des questions les plus importantes

Chevron aux négociateurs étasuniens

En Europe, *Chevron* veut « la protection la plus complète possible » contre les mesures gouvernementales « pour atténuer le risque associé aux projets de grande 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 d'instaurer un moratoire sur le développement du gaz de schiste (fracturation hydraulique). Le chapitre proposé dans le PTCI sur la protection des investissements donnerait le pouvoir à des sociétés de l'énergie comme *Chevron* de contester ces mesures de précaution « afin d'obliger les gouvernements à ne pas porter atteinte à des attentes légitimes par rapport à leur investissement », pour reprendre les termes de *Chevron* (voir Encadré 1 pour un précédent sur l'ALENA). La simple menace d'un procès investisseur-État d'1 million d'euros pourrait être suffisante 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 États hôtes soient capables de résoudre les désagréments et les négocier avec succès et équitablement »²⁵.

J'ai vu arriver au gouvernement canadien des courriers en provenance des cabinets juridiques de New-York et Washington pour chaque nouvelle réglementation environnementale [...]. Presque toutes les initiatives étaient ciblées et la plupart n'ont jamais vu le jour.

Ancien membre du gouvernement canadien, 5 ans après l'entrée en vigueur des dispositions sur Investisseurs-Etat de l'ALENA²⁶

Les cabinets juridiques font pression pour leurs propres intérêts

Lorsque les décideurs de l'UE ont voulu changer les traités internationaux sur les investissements ces dernières années, les cabinets juridiques et les arbitres, en lien avec les associations de l'industrie, ont organisé une campagne de lobbying féroce pour résister aux réformes visant à un meilleur équilibre de l'intérêt général²⁷ avec les intérêts privés. Pas surprenant : l'arbitrage sur les investissements est une grosse affaire pour eux. Les factures encaissées par les meilleurs cabinets juridiques peuvent atteindre 1000\$ de l'heure dans les procès de traités sur l'investissement. Les juristes privés en charge des décisions, les arbitres, se remplissent aussi les poches, gagnant par jour jusqu'à 3000\$ voire plus²⁸. Plus il y a de conflits investisseurs-État dans les traités et plus ils ont d'affaires à traiter.

Les juristes de l'UE et des États-Unis dominent le terrain, cherchant toute opportunité pour porter plainte contre les États. Dix-neuf des vingt principaux cabinets juridiques représentant les requérants ou la défense dans ces litiges ont leur siège en Europe ou aux États-Unis. La grande majorité (14) est étasunienne. Sur les 15 arbitres qui ont jugé 55% du total des litiges investisseurs-État connus aujourd'hui, 10 sont européens ou étasuniens.²⁹

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009 en Europe, les sociétés de juristes comme *Hogan Lovells* et *Herbert Smith Freehills* ont mis énormément de moyens pour influencer le débat, invitant la Commission européenne, les représentants officiels des États et les parlementaires européens à des séminaires, informels mais informés, sur le web ou à des tables rondes avec leurs clients – y compris certains ayant porté plainte contre des États 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 haute protection des investissements, en particulier sur les arbitrages investisseurs-État. Ils demandaient également à ce que la protection des investissements ne soit pas liée aux règles de protection du travail ou de l'environnement.³⁰

Étant donné la multitude des investissements qui seraient couverts par l'accord UE-EU, les dirigeants européens et étasuniens devraient commencer à envisager l'impact des pertes liées aux arbitrages investisseurs-État

Simon Lester, analyste de politique commerciale, Institut Cato

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 a constitué pour eux un souci particulier. Lors d'une conférence en décembre 2009, Daniel Price, un ancien négociateur des États-Unis et ex-co-président du *Transatlantic Economic Council* (TEC)³¹ qui travaille désormais principalement comme lobbyiste, juriste pour les investisseurs et arbitre, avertissait de la dégradation continue des traités sur les investissements qu'il avait constaté aux États-Unis.

L'implication du Congrès a conduit à plusieurs 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 États grâce à une formulation légale plus précise. En janvier 2010, peu après que Price ait 'pantouillé' depuis l'administration Bush, il s'est adressé au responsable de la Commission concernant les dossiers d'investissements et offrait son assistance sur la réflexion sur ce sujet. Il ajoutait « *comme vous le savez, mon groupe a conseillé aussi bien les investisseurs que les États* »³²

Une pure usurpation de pouvoir

Certains collègues arbitres de Price se sont déjà interrogés sur l'opportunité de la mise en place de mécanismes de règlement des différends dans le PTCl par rapport aux voix alertant des risques de litiges, et ont questionné le réel besoin d'un renforcement judiciaire dans des systèmes juridiques sophistiqués comme ceux de l'UE ou des États-Unis. Simon Lester, par exemple, analyste des

politiques de l'institut libertarien *Cato* et habituel partisan de l'arbitrage des différends investisseurs-État a averti du risque sans précédent que pourrait créer un système de règlement des différends dans le contexte d'énormes flux d'investissements transatlantiques³³.

Un des arguments habituels pour la défense de l'arbitrage dans les différends États-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, alors que les investisseurs étasuniens représentent 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 cadre juridique des deux côtés de l'Atlantique. Ceci est confirmé par un rapport interne de la Commission européenne de 2011 qui affirme : « Il est discutable qu'un accord de protection des investissements soit nécessaire au vu de l'état de droit. »³⁴

Pourquoi donc aurait-on besoin d'une application extra-judiciaire de la loi ou de droits de propriété additionnels dans le cadre d'un accord avec l'UE ? La position des États-Unis consiste-t-elle à considérer les cours de justice européennes comme médiocres et leurs lois sur la propriété comme scandaleuses ? Ce n'est pas le cas. L'arbitrage investisseur-État dans le cadre du PTCl est une pure confiscation de pouvoir de la part des entreprises

Lori Wallac, directeur Global Trade Watch, Public Citizen³⁵

Tollé public croissant

Les citoyens et la société civile s'opposent aux dispositifs de règlement des différends États-investisseurs. D'après une déclaration du *Transatlantic Consumer Dialogue* constitué par des groupes de consommateurs de l'UE et des États-Unis, le PTCl ne devrait pas comporter de résolution sur les différends investisseurs-États. Les investisseurs ne doivent pas avoir le droit de porter plainte contre des États pour obtenir des accords dans des tribunaux secrets et privés et pour court-circuiter les systèmes judiciaires nationaux qui fonctionnent bien et consolident la protection des droits de propriété aux États-Unis comme dans l'Union européenne.³⁶

De manière similaire, la *Fédération des syndicats des États-Unis AFL-CIO* affirme qu'« étant donné le niveau élevé des deux systèmes juridiques en Europe et aux EU », le mécanisme de règlement des différends investisseurs-État « est un risque inutile pour l'établissement des politiques publiques au niveau local comme fédéral »³⁷

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

Aux États-Unis, la Conférence nationale des législateurs, représentant les parlementaires de 50 États, a aussi annoncé qu'elle ne soutiendrait pas « un accord [de libre-échange] qui comporterait une clause relative aux différends entre État et investisseurs » car cela interférerait avec « leur capacité d'action et leur responsabilité en tant que législateurs d'État d'ordonner et de faire appliquer des règles justes, non discriminatoires, qui protègent la santé publique, la sécurité et le bien être, assurent aux travailleurs santé et sécurité, et protègent l'environnement ».³⁸

Les parlementaires européens des groupes Verts, Socialistes et GUE-NGL ont présenté les mêmes préoccupations.

Appliquer le mécanisme d'arbitrage investisseurs-État n'a pas de sens dans le cadre d'un accord entre l'UE et les États-Unis. Toute plainte devrait passer par le système judiciaire ordinaire.

David Martin, Membre du Parlement européen, Socialiste & Démocrate

Lorsque le membre du congrès étasunien Alan Grayson a publiquement affirmé que le PTCl inclurait un mécanisme de règlement des différends investisseurs-État permettant de mettre à bas les systèmes de 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.³⁹

Attention à l'agenda de l'Union européenne !

Des États membres 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 États-Unis. Certains craignent une inondation de procès depuis les États-Unis qui ont une culture légale des plus agressives. Il est à craindre que le secteur financier des États-Unis puisse sciemment utiliser la crise économique européenne comme un moyen de sauver et de restructurer leur dette. D'un autre côté, des États membres comme l'Allemagne ou les Pays Bas, qui défendent très fortement les droits des investisseurs, veulent au contraire éviter le langage pro-intérêt public plus courant dans les Traités étasuniens que dans les leurs et qui, de leur point de vue, pourrait « diluer » la protection des investissements.

Pourquoi nos représentants sont-ils en train d'envisager l'abandon de nos droits souverains à des multinationales qui ne se soucient pas le moins du monde de nous ?

Une citoyenne parmi de nombreux autres lors de sa participation à la consultation étasunienne sur le PTCl⁴⁰

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

Le mandat de négociation de la Commission européenne a affiché des propositions détaillées concernant la mise en place d'un mécanisme de règlement investisseur-État qui sont le reflet des propositions émanant des lobbies d'affaire⁴¹. 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 différends. Le Parlement européen en particulier devrait contrôler réellement la Commission qui ignore de toute évidence les appels des députés pour des « changements majeurs⁴² » 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 instaurées pour protéger l'intérêt général ?

ANNEXE :

Le diable est dans les détails du PTCl

Quand le commerce parle : ce que veut négocier l'UE⁴³

Traduction : quelle signification en pratique⁴⁴

Le chapitre de protection des investissements "devrait couvrir une large diversité d'investisseurs et leurs investissements [...] que l'investissement soit fait avant ou après l'entrée en vigueur de l'Accord".

Les définitions "d'investisseur" et "d'investissements" sont clés parce qu'elles déterminent ce qui est couvert par le chapitre. Une définition large couvre non seulement des entreprises réellement implantées dans l'Etat hôte, mais également celles allant de la foule d'établissements secondaires aux 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», ce qui permettrait, par exemple, qu'une société américaine poursuive en justice l'UE simplement en ayant une boîte aux lettres hollandaise.

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

Les conflits investisseurs-Etat menés par l'entreprise *Philip Morris* contre l'Uruguay et l'Australie montrent les risques de cette proposition (Cf. 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 brevet⁴⁵. Les avocats de santé publique ont baptisé les accords semblables à celui prévu dans le PTCl : «un piège pour l'accès aux médicaments».⁴⁶

Les investisseurs devront être traités "de façon juste et équitable, et les mesures peu raisonnables, arbitraires ou discriminatoires" devraient être interdites.

Une disposition fourre-tout prisée par les 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 usine⁴⁷ de traitement de déchets.

L'UE va probablement proposer une version large de la clause, protégeant même les investisseurs contre la remise en cause de leurs attentes « 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 à travers un droit à la compensation.

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".

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 capitaux et des paiements par des investisseurs".

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

<p>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 telles que des mesures sociales, environnementales, de stabilité du système financier, de santé publique et de sécurité de façon non-discriminatoire".</p>	<p>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 <i>ad hoc</i> d'avocats privés de décider sans qu'il n'ait aucun compte à rendre.</p>
<p>Les arbitres qui décident dans les procédures investisseurs-Etat devraient être indépendants.</p>	<p>Ceci répond aux préoccupations répandues de conflits d'intérêts parmi les groupes de trois avocats qui décident en fin de compte de l'issue 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 groupe d'arbitres de « s'emparer » de l'arbitrage de la majorité de conflits État-investisseur, ouvrant la voie dans le futur à de nombreuses affaires dans lesquelles l'interprétation de la loi se révélerait le plus souvent favorable 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.</p>
<p>Il devrait y avoir "une interprétation contraignante de l'Accord par les Parties".</p>	<p>Ceci est supposé permettre aux gouvernements de contrôler la manière dont est interprétée la loi qu'ils ont instaurée. Après une série de plaintes d'investisseurs avec l'ALENA (l'Accord de libre-échange nord-américain), les EU, le Canada et le Mexique ont publié des clarifications communes de ce genre sur certains droits des investisseurs qui étaient vaguement formulés. En pratique, les arbitres ont largement prouvé qu'ils étaient enclins à ignorer de telles interprétations contraignantes.⁴⁸</p>
<p>Les investisseurs devraient pouvoir recourir à « une large diversité de forums d'arbitrage autant qu'il en existe actuellement, conformément aux accords bilatéraux sur les investissements conclus par les États membres ».</p>	<p>Le type d'institution qui administre un arbitrage État-investisseur est à prendre en compte : par exemple la nomination des arbitres ou les réclamations contre les États peuvent entraîner des conflits d'intérêts. «Une large diversité de forums » pourrait inclure des organisations entièrement immergées dans les affaires comme la <i>Chambre de commerce Internationale</i> 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 État et investisseurs ?</p>
<p>Les mécanismes de règlement des différents Etat-investisseurs doivent inclure des sécurités contre les plaintes injustifiées ou peu sérieuses.</p>	<p>Un paragraphe lui aussi faussement rassurant. Aucune des attaques controversées sur des politiques publiques mentionnées dans l'encadré 1 ne serait écartée par un tel mécanisme - parce qu'elles sont basées sur l'allégation de vraies violations des clauses du traité (souvent libres d'interprétation). Les plaintes sont seulement considérées «frivoles » quand il y a un manque total de bases légales. Sous les règles existantes, les Etats pourraient a priori demander aux arbitres de rejeter des recours « frivoles » mais aucun cas n'est connu à ce jour.⁴⁹</p>
<p>"Il devrait être considéré la possibilité de créer un mécanisme d'appel applicable au règlement des différends dans le cadre de l'accord".</p>	<p>Contrairement à ce qu'on trouve dans les systèmes judiciaires publics, les décisions des juridictions d'arbitrage État- investisseur ne sont pas révisables, mises à part les procédures d'annulation qui concernent 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.</p>

Sources et références

- 1 Le mandat de la Commission, du 17 juin 2013, peut être trouvé sur le site du réseau S2B, www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/EU-TTIP-Mandate-from-bf-mtv-June17-2013.pdf [18-09-2013]
- 2 Pour les conflits d'intérêts voir chapitre 4 du document de Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute (2012) <http://corporateeurope.org/trade/2012/11/chapter-4-who-guards-guardians-conflicting-interests-investment-arbitrators> [15-05-2013].
- 3 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/philip-morris-v-uruguay-will-investor-state-arbitration-send-restrictions-on-tobacco-marketing-up-in-smoke/> [15-05-2013].
- 4 Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/ Hoffmann, Rhea Tamara (2012), *La sortie du nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement? Aperçu du plus récent différend entre Vattenfall et l'Etat allemand* <http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2012/06/PowerShift-Briefing-Vattenfall-ICSID-Franz-2013.pdf> [23-05-2013].
- 5 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 Decembre.
- 6 Perry, Sebastian (2013) *Bondholders pursue Greece over debt haircut*, Global Arbitration Review, 7 May.
- 7 CNUCED (2011) *Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements*, Issues Note No 2, July, http://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/eng/2012/111412.pdf [15-05-2013].
- 8 Corporate Europe Observatory/ Council of Canadians/ Transnational Institute (2013) *The right to say no. EU-Canada trade agreement threatens fracking bans*, <http://corporateeurope.org/climate-and-energy/2013/05/right-say-no-eu-canada-trade-agreement-threatens-fracking-bans> [15-05-2013].
- 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*, janvier, www.psisu.org/reports/2010-02-H-tradelaw.doc [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 decembre.
- 10 CNUCED (2013) *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, No 1, Revised, May, p. 4, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf [15-05-2013], avec recherche complémentaire in the UNTAD database of investor-state disputes, <http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/IIA-Tools.aspx> [26-05-2013].
- 11 Voir, par exemple, la lettre conjointe de la Chambre de commerce des États-Unis, de BusinessEurope, du Transatlantic Business Dialogue, l'AmCham EU et autres dans le document *EU-US Investment Dialogue*, daté du 16 novembre 2011, www.amchameu.eu/Portals/0/2011/Documents/JointAssnTECCo-chairsInvestmentLetter20111115.pdf [15-05-2013]. Dans leurs contributions en 2012 et 2013 sur le PTCl pour l'UE et les États-Unis, tous ces lobbies ont plaidé pour un mécanisme de règlement des différends investisseurs-État.
- 12 Au printemps 2011, le gouvernement australien a annoncé qu'il n'inclurait plus désormais de mécanisme investisseurs-États dans les accords de commerce. La Bolivie, l'Équateur 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 également revu ses traités.
- 13 Déclaration de la Chambre de commerce des États-Unis sur le PTCl au bureau du représentant des États-Unis pour le commerce, 10 mai 2013, <http://www.regulations.gov/#/documentDetail;D=USTR-2013-0019-0241> [23-05-2013].
- 14 *Ibid*
- 15 Voir, par exemple, Corporate Europe Observatory (2011) *Le droit de l'investissement défie la démocratie*, <http://corporateeurope.org/trade/2011/04/investment-rights-stifle-democracy> [23-05-2012].
- 16 Rapport interne de la Commission européenne d'une rencontre sur la politique européenne 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.
- 17 CNUCED (2013), see endnote 10; Akhtar, Shayerah Ilias/ Weiss, Martin A. (2013) *U.S. International Investment Agreements. Issues for Congress*. Congressional Research Service, 29 avril, www.fas.org/sgp/crs/row/R43052.pdf [23-05-2-13].
- 18 République Tchèque (20 plaintes), Pologne (14), République Slovaque (11), Hongrie (10), Roumanie (9), Lituanie (5), Estonie, Allemagne, Latvie (tous 3 plaintes), Slovénie et Espagne (2 plaintes), Belgique, France, Italie et Portugal (tous une plainte).
- 19 Bulgarie, République Tchèque, Estonie, Latvie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie.
- 20 Déclaration de la Chambre de commerce des États-Unis sur le PTCl au bureau du représentant au commerce des États-Unis, voir note 13.
- 21 Chase, Peter H. (2011) *The United States, European Union and International Investment*, GMF policy brief, July, p.8, <http://www.gmfus.org/archives/the-united-states-european-union-and-international-investment/> [15-05-2013].
- 22 Chevron Corporation: *Comments on Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership*, May 7, 2013, <http://www.regulations.gov/#/documentDetail;D=USTR-2013-0019-0054> [23-05-2013].
- 23 Voir le site <http://chevrontoxico.com/> Pour la version de Chevron, voir <http://www.theamazonpost.com/>
- 24 *Chevron corporation*, voir note 22
- 25 *Ibid*

- 26 Greider, William (2001) The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century, *The Nation*, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century> [15-05-2013].
- 27 Voir: Corporate Europe Observatory (2011), note de fin 15; Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute (2012) *Les profiteurs de l'injustice*, chapitres 3 et 4, <http://corporateeurope.org/fr/trade/2012/11/les-profiteurs-de-l-injustice>, [15-05-2013].
- 28 OECD (2012) Mécanisme de règlement des différends investisseurs-État, 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.
- 29 Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute (2012), *Les profiteurs de l'injustice*, voir note 27.
- 30 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.
- 31 Le Conseil économique transatlantique (CTE) regroupe la Commission européenne et les représentants du gouvernement des États-Unis. Mise en place par le Président de la Commission, la Chancelière allemande Merkel et le Président des États-Unis Bush en 2007 pour faire progresser l'intégration économique transatlantique.
- 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 CEO.
- 33 Voir note 31
- 34 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 CEO.
- 35 Interview avec Lori Wallach, Directeur de Global Trade Watch à Public Citizen, 6 Mai 2013.
- 36 Dialogue transatlantique des consommateurs (2013) : réaction des groupes de consommateurs des EU et de l'UE à l'annonce du PTCl, 5 Mai 2103 http://www.tacd.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=354&Itemid=40 [15-05-2013].
- 37 AFL-CIO (2013) *U.S.-EU Free Trade Agreement* <http://www.aflcio.org/Issues/Trade/U.S.-EU-Free-Trade-Agreement-TTIP> [15-04-2013]
- 38 Lettre ouverte des législateurs des États-Unis aux négociateurs du PTCl réclamant le rejet du mécanisme d'arbitrage Investisseurs-État, Juillet 2013.
- 39 <http://alangraysonemails.tumblr.com/post/50533132368/trade-sell-out-out-of-the-mouths-of-citizens> [24-05-2013]
- 40 <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0019-0256> [24-05-2013].
- 41 Voir note 1
- 42 Parlement européen, résolution du 6 avril sur la future politique européenne d'investissement international (2010/2203(INI), 6 avril 2011.
- 43 Voir note 1
- 44 CNUCED's World Investment Report 2012 donne un aperçu des risques de certains dispositions relative à la protection des investissements et comment ceux-ci pourraient être résolus.
- 45 Conseil des Canadiens (2013) le cas Eli Lilly's, poursuite sur le droit des investisseurs dans les accords de commerce, <http://canadians.org/blog/eli-lilly%E2%80%99s-nafta-lawsuit-should-prompt-rethink-investor-rights-deals> [18.09.2013].
- 46 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.edu/research/36/> [26-05-2013].
- 47 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/MST-Memo.pdf [26-05-2013].
- 48 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/a-distinction-without-a-difference-the-interpretation-of-fair-and-equitable-treatment-under-customary-international-law-by-investment-tribunals/> [26-05-2013].
- 49 Inside US Trade (2013) Revised EU Mandate Seeks To Prevent 'Fivolous' Investor-State Claims, 23 May.

Brussels/Amsterdam, Octobre 2013

Publié par The Seattle to Brussels Network (S2B), Corporate Europe Observatory (CEO), le Transnational Institute (TNI), l'Association internationale des techniciens, experts et chercheurs (AITEC) et l'Association pour la taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne (Attac)

“ Pourquoi nos représentants sont-ils en train d’envisager l’abandon de nos droits souverains à des multinationales qui ne se soucient pas le moins du monde de nous ? ”

Une citoyenne parmi de nombreux autres lors de sa participation à la consultation étasuniennes sur le PTCI



**Seattle to Brussels
Network**

Le Réseau Seattle to Brussels Network (S2B) comprend des organisations de développement, environnementales, de défense des droits humains, des droits des femmes et des paysans, des syndicats et des mouvements sociaux travaillant ensemble pour une réelle politique commerciale juste, soutenable et démocratique en Europe.

www.s2bnetwork.org



Le Corporate Europe Observatory (CEO) est un groupe de recherche et de campagne travaillant à rendre visible et mettre en cause l’accès privilégié et l’influence qu’exercent les entreprises multinationales et leurs groupes de pression dans les processus de décisions au niveau de l’UE. CEO travaille étroitement avec des groupes d’intérêt public et des mouvements sociaux intra ou extra européens pour développer des alternatives à la domination du pouvoir des entreprises.

www.corporateeurope.org



Fondé en 1974, le Transnational Institute est un réseau international d’experts et d’activistes engagés à analyser de façon critique les problèmes d’aujourd’hui et de demain au niveau mondial. TNI vise à fournir une expertise aux mouvements qui défendent un monde démocratique, équitable et durable d’un point de vue environnemental.

www.tni.org



L’AITEC (Association internationale des techniciens, experts et chercheurs), a été créée par des urbanistes, économistes, juristes, etc. dans une volonté de (re)lier la pratique professionnelle à l’engagement politique. L’Aitec participe à la construction d’une expertise ancrée dans les luttes sociales et à la formulation de propositions alternatives sur les politiques commerciales et le développement, la réforme des institutions financières, la dette, le droit à la ville et l’accès au logement, les services publics...

<http://aitec.reseau-ipam.org>



Attac (Association pour la taxation des transactions financières et pour l’action citoyenne) est un mouvement international travaillant pour des alternatives sociales, environnementales et démocratiques dans le processus de mondialisation.

www.attac.org