

DÉMOCRATIE >

GETTA

MARCHANDER LA DÉMOCRATIE

LES RÈGLES DE PROTECTION DES INVESTISSEURS DE
L'AÉCG POURRAIENT MENER À L'EXPLOSION DES POURSUITES
D'INVESTISSEURS CONTRE LE CANADA ET L'UNION EUROPÉENNE

Septembre 2016

Résumé

Le 26 septembre 2014, le Canada et l'Union européenne (UE) ont annoncé la conclusion d'un accord d'intégration économique d'une grande ambition : l'Accord économique et commercial global (AECG). L'accord comprend un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (connu sous son acronyme anglais ISDS ou RDIE en français), qui a ensuite été légèrement modifié et renommé ICS (système juridictionnel des investissements) en février 2016. L'AECG pourrait se solder par une véritable explosion du nombre de litiges d'entreprises contre le Canada, l'UE et les États membres de l'UE ; il pourrait dangereusement contrecarrer les efforts des gouvernements qui cherchent à protéger leurs citoyens et l'environnement.

L'ICS, un mécanisme similaire à l'ISDS, accorde aux compagnies étrangères la possibilité d'intenter directement des poursuites contre des États auprès de tribunaux internationaux pour réclamer des dommages et intérêts si elles jugent que des mesures de protection de la santé, de l'environnement, de la stabilité financière ou d'autres réglementations nationales portent atteinte à leurs droits. Ces poursuites intentées par des investisseurs contre un État sont instruites par des arbitres commerciaux privés qui sont rémunérés au dossier. Ceux-ci tendent manifestement à interpréter la loi en faveur des investisseurs. Alors que la Commission a décrit les tribunaux comme 'publics', l'organisation allemande regroupant le plus grand nombre de juges et de procureurs, a indiqué que ni la proposition de procédure de nomination des membres de l'ICS ni leur position ne satisfont les exigences internationales en termes d'indépendance des tribunaux. De plus, l'organisation rappelle que l'ICS n'est pas une cour internationale, mais une cour permanente d'arbitrage.

L'ICS peut empêcher les gouvernements d'agir dans l'intérêt commun, à la fois directement lorsqu'une entreprise intente une poursuite contre un État, et indirectement en décourageant les États, qui redouteront des poursuites, d'adopter des lois. À travers le monde, des investisseurs ont contesté des lois de protection de la santé publique telles que des lois anti-tabac, des décisions d'interdiction de substances toxiques ou d'activités minières, des règles obligeant l'évaluation préalable d'impacts environnementaux, des règlements sur les déchets toxiques, des mesures fiscales ainsi que des mesures de taxation.

Marchander la démocratie

Les règles de protection des investisseurs de l'AÉCG pourraient mener à l'explosion des poursuites d'investisseurs contre le Canada et l'Union européenne

Auteurs : Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecilia Olivet et Lora Verheecke

Éditeur : Scott Harris et Katharine Ainger

Traduction: Sébastien St-François, Amélie Canonne, Lala Hakuma Dadci et Lora Verheecke

Mise en page et illustrations : Ricardo Santos

Publié par Corporate Europe Observatory (CEO), Transnational Institute, Powershift, le Conseil des Canadiens, Védegyelet Egyesület, War on Want, Umanotera, Amis de la Terre Europe, Réseau québécois sur l'Intégration continentale (RQIC), Forum Umwelt und Entwicklung, Global Justice Now (GJN), Fédération Syndicale Européenne des services publics, Association Internationale de techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), Attac Austria, LobbyControl, Vienna Chamber of Labour (AK Vienna), Afrika Kontakt, Ecologistas en Acción, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), Both Ends, Nature Friends Grèce, Centre national de coopération au développement (CNCD-11.11.11) et Attac France.

Septembre 2016

Principales constatations :

1. L'expérience canadienne avec l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) illustre les dangers de l'arbitrage d'investissement. En vertu de l'ALÉNA, le Canada a été poursuivi à 37 reprises, a essuyé une défaite, réglé à l'amiable huit dossiers et versé des dommages et intérêts totalisant plus de 171,3 millions de dollars américains à des investisseurs étrangers¹. Des plaintes déposées par des investisseurs, toujours en cours, portent sur une multitude de mesures gouvernementales qui nuiraient à la valeur des investissements étrangers, depuis un moratoire imposé sur la fracturation hydraulique et la révocation connexe de permis de forage jusqu'à une décision rendue par des tribunaux canadiens d'invalider des brevets pharmaceutiques qui n'étaient pas suffisamment innovateurs ou utiles. À l'heure actuelle, des investisseurs étrangers réclament plusieurs milliards de dollars en dommages et intérêts au gouvernement canadien.

2. L'AÉCG exposerait l'UE et ses États membres à des risques plus élevés de contestation par des investisseurs canadiens dans les secteurs de l'exploitation minière et de l'extraction pétrolière et gazière. La valeur des investissements canadiens dans ces secteurs au sein de l'UE est considérable, et des sociétés minières canadiennes sont déjà engagées dans un certain nombre de projets controversés d'extraction de ressources naturelles aux quatre coins de l'UE. Des spécialistes miniers qualifient l'AÉCG d'accord « historique », qui pourrait avoir « des conséquences importantes pour les entreprises minières ». Partout sur la planète, des sociétés pétrolières, minières et gazières ont de plus en plus recours à l'arbitrage de différends relatifs aux investissements. Le cas du canadien Gabriel Resources qui poursuit le gouvernement roumain après que ce dernier ait décidé de ne pas permettre l'exploitation d'or à Roşia Montană au vu de la destruction de l'environnement et des déplacements de populations qu'aurait induits ce projet, donne un bon aperçu du type de poursuites judiciaires auxquels les États membres peuvent s'attendre de la part d'entreprises canadiennes.

3. Des filiales canadiennes de multinationales américaines pourront également invoquer l'AÉCG dans leurs poursuites contre des gouvernements européens, et ce même si l'UE finit par exclure ou limiter le règlement de différends entre investisseurs et États dans le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) actuellement négocié avec les États-Unis. C'est particulièrement inquiétant pour les Européens étant donné que l'économie canadienne est dominée par des compagnies enregistrées aux États-Unis. Les filiales européennes de sociétés étrangères auraient également la possibilité de contester des mesures prises par le Canada.

4. Des sociétés européennes, canadiennes et américaines figurent déjà parmi les plus grands utilisateurs de l'arbitrage d'investissement. Il y a donc tout lieu de croire

que ces sociétés invoqueront l'AÉCG pour freiner des mesures gouvernementales au Canada et en Europe. Dans l'ensemble, les investisseurs européens ont déposé 61 % de toutes les plaintes pour différends investisseur-État, soit 425 plaintes répertoriées. Les investisseurs américains ont déposé un cinquième de toutes les plaintes pour différends investisseur-État répertoriées (138 plaintes). Les investisseurs canadiens se classent au cinquième rang des utilisateurs les plus fréquents de l'arbitrage d'investissement (avec 39 plaintes). Ensemble, les investisseurs européens, américains et canadiens ont déposé 602 plaintes contre des États, sur les 696 plaintes connues².

5. L'opposition aux dispositions d'arbitrage investisseur-État de l'AÉCG s'intensifie des deux côtés de l'Atlantique parmi des organisations de la société civile, des syndicats, voire des États membres de l'UE. En réaction, la Commission européenne et le gouvernement du Canada ont entrepris une campagne de propagande trompeuse, qui consiste à occulter les problèmes fondamentaux du système en mettant l'accent sur des réformes superficielles.

6. Les « réformes » promises par la Commission européenne et le gouvernement du Canada pour dissiper les craintes à l'égard de l'ISDS (Investor-State Dispute Settlement) ne préviendront pas les abus de la part d'investisseurs et d'arbitres. Au contraire, l'AÉCG aura pour effet d'élargir considérablement la portée de l'arbitrage investisseur-État et d'exposer l'UE et ses États membres, de même que le Canada, à des risques de responsabilité judiciaire imprévisibles et sans précédent.

7. Les protections consenties aux investisseurs par l'AÉCG pourraient accorder des droits accrus aux investisseurs étrangers par rapport à ceux octroyés par l'ALÉNA, augmentant ainsi le risque que des investisseurs étrangers utilisent l'AÉCG pour faire obstacle à de futures politiques gouvernementales :

- En protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs en vertu de la soi-disant clause de « traitement juste et équitable », l'AÉCG risque de codifier une interprétation très large de la clause. Cela donnerait aux investisseurs une arme redoutable pour contester des changements de la réglementation, y compris celles mises en œuvre à la lumière de nouvelles connaissances ou de nouveaux choix démocratiques.
- L'AÉCG accorderait aux investisseurs étrangers le droit de contester des mesures de régulation financière qui seront supérieurs à ceux que leur confère l'ALÉNA. Ce dernier se limitait principalement aux droits (déjà très larges) des banques de transférer des capitaux librement tout en bénéficiant d'une protection contre l'expropriation. L'AÉCG élargit l'étendue de leurs droits pour y inclure des concepts très élastiques comme le traitement juste et équitable. Cela menace de paralyser les organismes de régulation chargés de la protection des consommateurs et de la stabilité financière en situation d'urgence.

8. L'AÉCG exposera le Canada à des risques beaucoup plus élevés d'être poursuivi par des banques, des assureurs et des holdings. Ces risques sont évidents, car les investisseurs spéculatifs, appuyés par des avocats spécialisés en investissement et dans leur quête du profit, ont de plus en plus recours à l'arbitrage d'investissement pour poursuivre des gouvernements en difficultés financières. La valeur des placements de l'UE dans le secteur financier canadien est considérable, ce qui ouvrirait la voie à des droits de poursuite étendus en vertu de l'AÉCG.

Rien ne justifie la création d'un régime juridique particulier pour protéger les investisseurs étrangers, surtout dans des juridictions stables comme l'UE et le Canada. Les

multinationales d'aujourd'hui sont parmi les plus prospères de la planète et disposent d'un niveau d'expertise considérable. Elles sont en mesure d'évaluer les risques de leurs investissements et les rendements attendus en fonction de ces risques. Si les risques s'avèrent trop élevés, des options comme l'assurance privée, les systèmes publics de garantie des investissements et le recours aux tribunaux nationaux ordinaires sont toutes facilement accessibles.

Marchander La Démocratie demande à la Commission européenne, au gouvernement canadien, aux États Membres de l'UE et aux législateurs des deux côtés de l'Atlantique de rejeter le texte actuel de l'AÉCG qui inclut un système d'arbitrage investisseur-État.

Marchander La Démocratie

Les règles de protection des investisseurs de l'AÉCG pourraient mener à l'explosion des poursuites d'investisseurs contre le Canada et l'Union européenne

Le 26 septembre 2014, le Canada et l'Union européenne (UE) ont annoncé la conclusion d'un accord d'intégration économique d'une portée majeure, l'Accord économique et commercial global (AÉCG). Suite aux élections générales canadiennes et face à des critiques grandissantes, l'accord a été légèrement modifié pour être finalement publié le 29 février 2016³. Il a confirmé nombre des craintes exprimées par des observateurs indépendants, qui n'ont pas été apaisées par la version finale modifiée.

La présente étude démontre que les droits qu'accorde l'AÉCG aux investisseurs risquent de provoquer une montée en flèche du nombre de poursuites des grandes entreprises à l'encontre du Canada, de l'UE ou de ses États membres – y compris celles d'entreprises multinationales des États-Unis par l'entremise de leurs filiales canadiennes. L'analyse avance que l'AÉCG menace dangereusement la capacité des gouvernements à déployer des efforts pour protéger les citoyens et l'environnement, et que les États pourraient être contraints de verser aux investisseurs des milliards de dollars en indemnités pour leur prétendue « perte » de profits à la suite de politiques d'intérêt général.

Cela ne change rien car les standards qui forment la base à partir de laquelle les jugements sont rendus restent les mêmes.

Nigel Blackaby, avocat spécialiste de l'arbitrage chez Freshfields sur la proposition ICS de l'UE⁴

L'AÉCG impose de nombreuses contraintes aux gouvernements, entre autres en matière de propriété intellectuelle, de marchés publics, de services publics et financiers et de souveraineté alimentaire. Pour les citoyens à la fois de l'UE et du Canada, ce sont toutefois les puissants mécanismes de protection qu'accorde l'AÉCG aux « droits des investisseurs » qui constituent la manière la plus controversée de limiter les pouvoirs des gouvernements élus démocratiquement.

Ce document fait valoir que, contrairement à ce qui a été avancé publiquement, l'UE et le Canada n'ont pas limité ces droits octroyés aux entreprises par l'AÉCG. Il invite les législateurs du Canada et de l'UE à rejeter le texte actuel de l'AÉCG qui inclut un système d'arbitrage investisseur-État.

Le chapitre de l'AÉCG sur l'investissement prévoit un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (Investor-State Dispute Settlement en anglais, ou ISDS), renommé Système Juridictionnel des Investissements (SJI, ou ICS en anglais). L'ICS accorde aux entreprises le privilège spécial de contourner les tribunaux nationaux et d'intenter directement des poursuites contre les États auprès de tribunaux internationaux privés pour réclamer des dommages et intérêts si elles jugent que des mesures de protection en matière de santé, d'environnement, de régulation financière ou dans d'autres domaines d'intérêt public, portent atteinte à leurs droits. Ce système judiciaire parallèle n'est accessible qu'aux investisseurs étrangers. Les investisseurs nationaux n'y ont pas accès; les gens ordinaires, encore moins.

Chevron soutient que l'existence même de l'ISDS est importante car il agit comme une arme de dissuasion.

Un représentant de la Commission européenne commentant une réunion avec Chevron sur l'ISDS, 29 avril 2014⁹

Il s'agit d'un outil de lobbying, dans le sens où cela donne la capacité d'interpeller et de dire « OK, si vous allez de l'avant, nous vous poursuivrons pour dommages et intérêts » [...] Il est évident que ça change les comportements dans certains cas.

Peter Kirby du cabinet d'avocats Fasken Martineau, concernant l'arbitrage des différends entre investisseurs et États¹⁰

Chaque poursuite intentée par un investisseur contre un État est instruite par des arbitres commerciaux privés. La Commission européenne les a requalifiés « membres du tribunal », mais il leur manque toujours l'indépendance et l'éloignement des conflits d'intérêts financiers auxquels les juges sont censés se soumettre. Les avocats spécialistes de l'investissement qui décideront des plaintes ouvertes sur la base de l'AÉCG seront payés au dossier, ce qui confirme leur condition d'« arbitres à but lucratif ». De façon générale, l'arbitrage d'investissement est entre les mains d'un petit nombre de personnes et de firmes d'avocats qui font fréquemment affaire avec l'industrie (phénomène de « porte tournante » ou « pantouflage ») et qui ont nettement tendance à interpréter la loi en faveur des investisseurs.⁵

Le nombre d'investisseurs ayant poursuivi des États a explosé au cours des dernières années. Au milieu des années 1990, on dénombrait une douzaine de cas; à la mi-2016, on comptait 696 cas répertoriés.⁶ Les investisseurs ont multiplié leurs attaques contre des politiques d'intérêt général dans des domaines de plus en plus variés, n'hésitant pas à contester des lois anti-tabac, des mesures fiscales ou financières, des interdictions de produits toxiques, des restrictions sur l'exploitation minière, des exigences d'évaluations d'impacts environnementaux et des réglementations sur la gestion des déchets dangereux (voir les encadrés 1 et 2). Les sommes que les États ont été obligés de verser en dommages-intérêts sont également montées en flèche. Dans plusieurs cas, des États ont même été condamnés à indemniser des investisseurs pour la perte anticipée de profits *futurs*.

Parce que les arbitres privés ont le pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires aux gouvernements, la crainte ou la menace réelle de poursuites coûteuses peut provoquer un « gel politique » qui rendrait les gouvernements frileux au moment de développer de nouvelles initiatives.⁷ Cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange

nord-américain (ALÉNA) entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, un ancien fonctionnaire du gouvernement du Canada décrivait de la façon suivante l'effet de l'inclusion de clauses de protection des droits des investisseurs dans l'accord : « J'ai lu des lettres adressées au gouvernement canadien en provenance de cabinets d'avocats de New York et de Washington pratiquement pour chaque nouvelle réglementation en matière de protection de l'environnement [...] Toutes les nouvelles initiatives étaient ciblées et la majorité n'a jamais pu voir le jour. »⁸

Les leçons apprises de l'ALÉNA sont de mauvaise augure pour l'AÉCG

L'expérience vécue par le Canada avec l'ALÉNA illustre très bien les dangers inhérents à l'arbitrage des différends en matière d'investissements. Au total, 37 contentieux investisseur-État ont été enregistrés contre le Canada en vertu de l'ALÉNA, et ce nombre continue d'augmenter. À ce jour, le Canada a perdu ou réglé à l'amiable huit de ces poursuites et a dû verser aux investisseurs étrangers plus de 171,3 millions de dollars américains en dommages et intérêts. Sans compter que, puisés dans l'argent des contribuables canadiens, des dizaines de millions de dollars ont dû être déboursés en frais juridiques pour se défendre contre ces réclamations.¹¹

Plusieurs plaintes au nom de l'ALÉNA sont toujours en cours et touchent à une diversité de mesures gouvernementales sous prétexte qu'elles nuiraient à la valeur des investissements étrangers. Des entreprises s'attaquent au moratoire sur la fracturation hydraulique imposé par le gouvernement du Québec ou au moratoire sur les projets d'éoliennes sur le lac Ontario ; d'autres contestent des dispositions de la *Loi sur l'énergie verte* en Ontario, qui fait la promotion des énergies renouvelables, ou encore une décision d'un tribunal canadien d'invalider un brevet pharmaceutique parce qu'il n'était pas suffisamment innovateur ou utile (voir l'encadré 1). De façon cumulative, des investisseurs étrangers réclament actuellement plusieurs milliards de dollars en dommages et intérêts au gouvernement du Canada.¹⁸

Les entreprises européennes et canadiennes sont celles qui ont le plus souvent recours à l'arbitrage en matière d'investissements. À l'échelle mondiale, presque deux tiers des cas répertoriés (soit 463) de toutes les plaintes investisseurs-État connues ont été intentées par des investisseurs européens et canadiens.

Quant aux investisseurs canadiens, ils se classent au cinquième rang des utilisateurs les plus fréquents des mécanismes d'arbitrage, dépassés uniquement par les investisseurs provenant des États-Unis, des Pays-Bas, du Royaume-Uni et de l'Allemagne.¹⁹

ENCADRÉ 1

QUELQUES CAS INVESTISSEUR-ÉTAT EN VERTU DE L'ALÉNA**Les grandes entreprises attaquent les traités environnementaux – SD Myers c. Gouvernement du Canada :**

Le Canada est signataire au niveau international de la Convention de Bâle, laquelle prévoit que les pays sont responsables d'éliminer les substances dangereuses qu'ils produisent à l'intérieur de leurs frontières. Le Canada a imposé une interdiction temporaire sur l'exportation de déchets toxiques de BPC entre novembre 1995 et février 1997. Il s'agissait d'une interdiction générale qui ne ciblait aucun pays ou aucune entreprise en particulier. Néanmoins, SD Myers, une société américaine d'élimination de déchets dangereux, a intenté avec succès une action contre cette interdiction en vertu de l'ALÉNA. Le panel d'arbitrage a rendu une décision contre le Canada et a accordé à l'investisseur des dommages-intérêts totalisant 6,05 millions de dollars américains, plus intérêts.¹²

Les grandes entreprises attaquent les protections en matière d'environnement et de santé– Ethyl c. Gouvernement

du Canada : En 1997, lorsque le Parlement canadien a interdit l'importation et le transport d'un additif à essence toxique en invoquant des objectifs de protection de l'environnement et de la santé, le fabricant américain Ethyl a intenté une poursuite en vertu de l'ALÉNA, réclamant des dommages-intérêts de 201 millions de dollars américains. Le Canada a accepté un règlement à l'amiable de 13 millions de dollars américains et a abrogé l'interdiction.¹³

Les grandes entreprises attaquent un moratoire sur la fracturation hydraulique – Lone Pine c. Gouvernement

du Canada : En 2011, en réponse à la pression du public et aux préoccupations concernant la pollution des eaux, le gouvernement du Québec a imposé un moratoire sur le recours à la fracturation hydraulique à des fins d'exploration pétrolière et gazière. En 2012, l'entreprise canadienne Lone Pine Resources, dont les opérations sont à Calgary, a utilisé sa domiciliation légale dans le paradis fiscal de l'État du Delaware, aux États-Unis, pour déposer une plainte en vertu de l'ALÉNA contre ce moratoire. L'entreprise réclame 109,8 millions de dollars américains en dommages plus les intérêts.¹⁴

Une analyse approfondie de ce cas révèle que cette dispute pourrait toujours voir le jour sous l'ICS, le mécanisme de règlement des différends investisseur-Etat (ISDS) dans le chapitre d'investissement révisé de l'AÉCG¹⁵.

Les grandes entreprises attaquent les décisions des cours de justice concernant des brevets de médicaments –

Eli Lilly c. Gouvernement du Canada : L'action de 370 millions de dollars américains¹⁶ intentée en vertu de l'ALÉNA en 2013 par le géant pharmaceutique américain Eli Lilly démontre comment l'ISDS paralyse de plus en plus les tribunaux nationaux et les lois nationales. En vertu des lois canadiennes, la Cour fédérale du Canada est l'arbitre ultime en matière de validité des brevets. Eli Lilly conteste le refus de la Cour de lui accorder des brevets supplémentaires sur l'olanzapine et l'atomoxétine, une décision qui invoque le manque d'innovation de ces deux médicaments reformulés. Au total, neuf juges canadiens ont déjà entendu les arguments d'Eli Lilly et l'entreprise pharmaceutique a perdu à chaque stade du processus juridique. Si Eli Lilly obtient gain de cause devant les instances d'arbitrage de l'ALÉNA, elle aura dans les faits réussi à contourner les plus hautes instances de justice du Canada.¹⁷

Il y a tout lieu de croire que l'AÉCG ouvre la voie à beaucoup d'autres réclamations de ce type contre le gouvernement du Canada ainsi que contre l'UE et ses États membres. Le chapitre de l'AÉCG portant sur l'investissement concède potentiellement encore plus de droits aux investisseurs étrangers que n'en concède l'ALÉNA, entre autres en protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs en vertu de la clause dite de « traitement juste et équitable », et en ouvrant la porte à des différends entre investisseurs et États en ce qui a trait à la régulation des services financiers (voir l'annexe 1). L'AÉCG augmentera de manière significative le risque de poursuites d'investisseurs contre des politiques canadiennes. Déjà mi-2016, les investisseurs européens avait initié 61% de toutes les disputes connues à travers le monde (soit 425 cas)²⁰.

Le Canada à la merci des banques européennes

Les flux d'investissements entre l'UE et le Canada sont significatifs et méritent à plusieurs égards qu'on s'y attarde. Un volume élevé de flux d'investissements signifie qu'un nombre important d'investisseurs obtiendront des droits pour poursuivre en justice des États grâce au traité de commerce. De plus, il est important d'observer les secteurs où se dirigent les Investissements directs étrangers (IDE) car les entreprises de certains secteurs utilisent l'ISDS de manière plus intensive que d'autres.

En 2015, les investisseurs européens ont investi presque 200 milliards de dollars américains au Canada (stock d'IDE). Un tiers de cet investissement s'est opéré dans le secteur de la fabrication (presque 67 milliards de

dollars américains). Les investisseurs européens ont également investi de façon importante dans la gestion de sociétés et d'entreprises (47 milliards de dollars américains) et dans le secteur des finances et assurances (26 milliards de dollars américains)²¹.

Le secteur des finances et des assurances mérite une attention particulière car l'AECC accordera aux investisseurs du secteur des capacités de poursuite accrues, en comparaison à ceux consentis par l'ALÉNA. Cela suggère que les risques que court le Canada d'être poursuivi par des banques, des assureurs et des holdings

augmenteront considérablement dès lors que l'AECC sera entré en vigueur. Ces risques sont évidents si l'on considère que les investisseurs spéculatifs, appuyés par des avocats spécialisés en investissement, ont un recours croissant à l'arbitrage investisseur-État. Ces investisseurs, dans leur quête de profits, n'hésitent pas à poursuivre des gouvernements aux prises avec de graves difficultés financières.²²

Les investisseurs européens sont les principaux utilisateurs du système de l'ISDS. Les investisseurs des pays membres de l'UE ont initié 61% de toutes les disputes ISDS connues à travers le monde. En particulier, les investisseurs des Pays-Bas,

ENCADRÉ 2

COMMENT LES ENTREPRISES EUROPÉENNES UTILISENT L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Les entreprises européennes attaquent la protection de l'environnement – Vattenfall c. Allemagne I et II : En 2009, la multinationale suédoise d'énergie Vattenfall a entamé des poursuites contre le gouvernement allemand, lui réclamant 1,4 milliard de dollars américains d'indemnisation pour les restrictions environnementales imposées à l'une de ses centrales électriques au charbon. L'affaire a été réglée à l'amiable après que l'Allemagne ait accepté d'atténuer ses exigences environnementales. En 2012, Vattenfall a intenté une deuxième procédure – celle-là de 5,14 milliards de dollars américains – pour profits « non réalisés » par deux de ses centrales nucléaires suite à la décision du gouvernement allemand d'éliminer progressivement la production d'énergie nucléaire dans la foulée de la catastrophe nucléaire de Fukushima. Le gouvernement allemand a déjà dépensé plus de 3,54 millions de dollars américains pour se défendre dans ce contentieux, et s'attend à dépenser un montant total de 9,98 millions de dollars américains de frais juridiques²⁷. Les deux actions ont été intentées en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie.²⁸

Une analyse approfondie de la dispute Vattenfall c. Allemagne I (à propos d'une centrale électrique à charbon à Hambourg) révèle que cette dispute pourrait toujours voir le jour sous l'ICS, le mécanisme de règlement des différends investisseur-État (ISDS) dans le chapitre d'investissement révisé de l'AECC²⁹.

Les entreprises attaquent des politiques de non-discrimination – Piero Foresti et autres c. Afrique du Sud : En 2007, des investisseurs italiens et luxembourgeois ont attaqué l'Afrique du Sud dans un contentieux de 350 millions de dollars américains parce qu'une nouvelle loi minière comportait des règles de non-discrimination tirées de la *Loi sur l'habilitation économique des Noirs* du pays. Cette loi vise à corriger certaines des injustices subies sous le régime de l'apartheid. En vertu de cette loi, les sociétés minières avaient l'obligation de transférer une partie de leurs actions à des investisseurs noirs. Le litige, basé sur des traités d'investissement conclus par l'Afrique du Sud avec l'Italie et le Luxembourg, a été réglé en 2010 après que les investisseurs aient obtenu de nouvelles licences prévoyant la cession d'un nombre beaucoup moins élevé d'actions.³⁰

Les entreprises européennes attaquent les politiques de lutte contre les crises économiques – Investisseurs c. l'Argentine, Chypre et la Grèce : Lorsque l'Argentine a gelé les tarifs des services publics (énergie, eau, etc.) et dévalué sa monnaie en réponse à la crise financière qui l'a frappée en 2001-2002, des investisseurs ont intenté plus de 40 poursuites contre le pays. En date de janvier 2014, le pays s'était vu ordonner de payer des indemnités totalisant 980 millions de dollars américains. Parmi les requérants figuraient plusieurs multinationales européennes, dont Vivendi et Suez (France), Anglian Water (Royaume-Uni) et Aguas de Barcelona (Espagne). Des cas similaires ont été initiés par des investisseurs étrangers contre Chypre et la Grèce.³¹

Les entreprises européennes attaquent le salaire minimum – Veolia c. Égypte : Depuis 2012, en vertu d'un accord bilatéral d'investissement France-Égypte, la société de services française Veolia poursuit l'Égypte pour violation présumée d'un contrat d'élimination des déchets dans la ville d'Alexandrie. La plainte de Veolia se fonde sur un traité bilatéral d'investissement entre la France et l'Égypte. La ville avait refusé d'apporter les modifications du contrat demandées par Veolia, aux prises avec une hausse de ses coûts, attribuable en partie à l'instauration d'un salaire minimum. De plus, selon Veolia, la police locale n'avait pu empêcher le vol massif de poubelles par la population locale. Selon les médias, Veolia réclame une indemnisation de 90,9 millions de dollars américains.³²

ENCADRÉ 3

UN AVERTISSEMENT POUR L'EUROPE : LE CAS DE ROȘIA MONTANĂ

Roșia Montană est située dans les montagnes roumaines Apuseni et abrite les plus grandes réserves d'or de l'Europe.

Début 2000, Gabriel Resources a obtenu des permis d'exploration pour extraire l'or de Roșia Montană. Le projet minier aurait pour conséquence la destruction de quatre montagnes, le déplacement de populations et la destruction de l'environnement causée par l'utilisation de cyanure.

Depuis le début, le projet est vivement contesté par les communautés locales qui remettent en cause la légalité des principaux permis et ont obtenu des tribunaux nationaux leur annulation définitive.

En 2013, Gabriel Resources a tenté de pousser le gouvernement roumain à proposer une loi qui approuverait la mine avec le consentement du parlement mais cette tentative a provoqué des manifestations nationales. L'entreprise fait également l'objet d'une enquête judiciaire en Roumanie pour des affaires d'évasion fiscale et de blanchiment d'argent.

En juillet 2015, Gabriel Resources a déposé une plainte en arbitrage contre le gouvernement roumain pour traitement injuste.

du Royaume-Uni et de l'Allemagne « sont les plus actifs en termes de dépôt de poursuites ISDS » d'après les Nations Unies²³. De plus, une grande partie des investissements européens au Canada provient exactement de ces pays européens où les investisseurs sont tristement célèbres pour être des initiateurs de contentieux investisseur-État : les Pays-Bas et le Royaume-Uni (2ème et 4ème plus gros investisseurs au Canada respectivement en 2015)²⁴. Les investisseurs européens ont initié au moins 40 poursuites fondées par des traités d'investissement dans le secteur des finances et des assurances, contre 25 pays allant du Burundi à la Russie²⁵. Les raisons de ces procédures judiciaires vont de la restructuration de la dette publique aux défauts de paiement, en passant par des changements dans les obligations d'État ou encore des mesures de contrôle sur les capitaux en temps de crises financières, la mise en application de lois d'urgence et d'autres décisions visant à gérer la crise économique d'un pays, l'annulation d'engagements de soutien de banques étrangères par un État, la restructuration du secteur bancaire ou encore la nationalisation de banques²⁶.

Les entreprises minières canadiennes : une menace pour l'Europe

En 2015, les investisseurs canadiens ont investi 174 milliards de dollars américains en Europe (stock d'IDE). Un tiers de cet investissement s'est porté sur le secteur des finances et des assurances (60 milliards de dollars américains). La gestion de sociétés et d'entreprises (39 milliards de dollars américains) et les secteurs de l'exploitation minière et de l'extraction de pétrole et de gaz (31 milliards de dollars américains³³) sont aussi parmi les secteurs dans lesquels les investisseurs canadiens sont le plus présents en Europe.

Les sociétés transnationales du secteur de l'exploitation minière et de l'extraction de pétrole et de gaz se tournent de plus en plus vers des tribunaux internationaux d'arbitrage. En mai 2016, un dossier sur quatre déposé au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), où la majorité des différends entre investisseurs et États est instruite, concernait l'exploitation minière ou l'extraction de pétrole ou de gaz.³⁴ Ce sont également des secteurs dans lesquels des entreprises canadiennes ont acquis la réputation d'être les « pires délinquants sur la planète en matière d'atteintes à l'environnement et aux droits de l'homme, et de violations dans divers autres domaines ».³⁵

Des sociétés minières canadiennes sont déjà engagées dans un certain nombre de projets controversés d'exploitation des ressources naturelles sur le territoire de l'UE (voir l'image 1 et l'encadré 3). Si le chapitre de l'AÉCG sur l'investissement entre en vigueur, d'autres sociétés minières canadiennes pourront proférer des menaces similaires et tenter des poursuites identiques contre l'UE et l'ensemble de ses 28 États membres. Il n'est pas surprenant que des spécialistes miniers se réjouissent et qualifient l'AÉCG d'accord « historique », qui pourrait avoir « des conséquences importantes pour les entreprises minières ».³⁶

L'avancée la plus significative de l'Accord économique et commercial global (AÉCG) pour le secteur minier des deux côtés de l'Atlantique est sans doute l'inclusion d'une disposition concernant les relations investisseur-État.

Propos de la revue minière *Mineweb*³⁷

IMAGE 1

PROJETS EUROPÉENS CONTROVERSÉS PAR L'INDUSTRIE MINIÈRE CANADIENNE EN EUROPE LE CHAPITRE DE L'AÉCG SUR L'INVESTISSEMENT CONTRIBUERA-T-IL À METTRE FIN À LA RÉSISTANCE DES COMMUNAUTÉS AFFECTÉES?



Alors que **Dalradian Resources** cherche à développer une mine d'or à **Curraghinalt** en **Irlande du Nord**, des environnementalistes ont sonné l'alarme quant aux impacts potentiellement destructeurs du projet, particulièrement pour une zone naturelle protégée située à proximité. Ils ont également soulevé l'absence d'évaluation des impacts du projet sur l'environnement.

En octobre 2013, en réaction à une vive opposition populaire motivée par la crainte de la destruction de l'environnement, de la contamination de l'eau et de la disparition des activités économiques locales, le gouvernement régional de **Galice**, en **Espagne**, a mis un frein temporaire au développement d'une mine à ciel ouvert à **Corcoesto** par la société minière **Edgewater**.

En Octobre 2015, Edgewater a notifié l'Espagne du lancement d'une procédure de règlement de différends investisseur-État sur la base du traité bilatéral d'investissement entre l'Espagne et le Panama.

Des défenseurs de l'environnement et des groupes indigènes ont sonné l'alarme face au boom de l'exploitation des minerais à **Lapland**, en **Finlande**. L'eau contaminée et les déchets de métaux lourds engendrés par des projets tels que la mine de nickel de **First Quantum Minerals** à Sodankylä pourraient endommager l'écosystème de façon permanente en plus de nuire aux communautés indigènes et à l'industrie touristique de la région.

Des citoyens tentent de bloquer les mines à ciel ouvert développées par **Eldorado Gold** dans la région de **Halkidiki** au nord de la **Grèce** (**Skouries**, **Olympias**, **Stratoni**). Les gens craignent la coupe à blanc de forêts toujours intactes, la contamination de l'eau par le cyanure et la disparition des activités rémunératrices de la population locale dans les secteurs du tourisme, de l'agriculture, de la pêche et de l'apiculture.

Gabriel Resources utilise des traités d'investissement des années 90 pour poursuivre la **Roumanie** (Voir encadré 3). La résistance populaire au vu des conséquences de ce projet - destruction de l'environnement et déplacement de villageois - a mis un frein à l'extraction d'or et d'argent prévue par l'entreprise à **Roşia Montană**.

En **Bulgarie**, des populations locales et des environnementalistes tentent de bloquer l'approbation de la mine d'or et d'argent à ciel ouvert **Krumovgrad** développée par **Dundee Precious Metals** sur le site **Ada Tepe** / (NATURA Natura 2000). Les opposants s'inquiètent de la pollution, des pressions sur les ressources limitées en eau et des menaces à l'égard des moyens de subsistance des paysans locaux.

Tout en faisant la promotion des intérêts de son industrie minière en Europe, le gouvernement du Canada s'est aussi servi des négociations de l'AÉCG pour contrecarrer d'importantes lois européennes ayant une incidence sur l'industrie canadienne du pétrole et du gaz.³⁸ En effet, le gouvernement canadien a travaillé pendant des années au service de sociétés pétrolières et gazières opérant au Canada pour affaiblir et mettre à mal le projet de Directive européenne sur la qualité des carburants, qui exige des distributeurs de carburant de l'UE une réduction de la teneur en carbone de leurs carburants. Cette directive devait tenir compte des émissions de gaz à effet de serre plus élevées des carburants à forte teneur en carbone comme le pétrole extrait des sables bitumineux du Canada, dont l'extraction et le raffinage sont plus énergivores que dans le cas du pétrole conventionnel.³⁹ Après plusieurs années de retard et nombre de délais, la Commission européenne a finalement rendu publiques de nouvelles mesures qui reconnaissent, certes, que le pétrole des sables bitumineux est plus consommateur et producteur de carbone, mais sans pour autant exiger que les entreprises européennes déclarent une valeur d'« intensité-carbone » plus élevée si elles en importent. Suite aux pressions répétées du Canada, il en résulte un système qui ne découragera aucunement les sociétés pétrolières d'utiliser le pétrole des sables bitumineux ou d'investir dans leur exploitation.⁴⁰

L'AÉCG, un cheval de Troie pour les entreprises des États-Unis

Il est fondamental de souligner que l'AÉCG ne permettra pas seulement à des sociétés canadiennes d'intenter des poursuites contre des gouvernements européens et, inversement, à des investisseurs européens d'intenter des actions contre le Canada. Les filiales canadiennes de multinationales américaines (voir l'image 2) pourront également utiliser l'AÉCG pour intenter des poursuites investisseur-État contre des gouvernements européens et ce même si l'UE en arrivait à exclure ou à limiter la portée du mécanisme investisseurs-État au sein du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI ou TTIP/TAFTA) qu'elle négocie actuellement avec les États-Unis. Les filiales européennes de compagnies étrangères disposeraient de pouvoirs similaires pour contester des mesures prises par le Canada.

Quatre entreprises américaines présentes dans l'UE sur cinq (41,811 entreprises) pourront obtenir de nouveaux droits pour attaquer des politiques de l'Union Européenne et de ses États Membres via le mécanisme ISDS de l'AÉCG.⁴¹

IMAGE 2

INTENTER UNE POURSUITE EN VERTU DE L'AÉCG ? VOICI QUELQUES ENTREPRISES AMÉRICAINES DES ÉTATS-UNIS QUI FONT DES AFFAIRES AU CANADA



Le contrôle exercé par les États-Unis sur l'économie canadienne est particulièrement inquiétant dans le contexte de l'AÉCG car l'histoire démontre que les investisseurs américains sont les plus enclins à utiliser l'arbitrage d'investissement. Ces investisseurs ont en effet déposé un cinquième de toutes les plaintes de ce type répertoriées dans le monde à la mi-2016, soit 138 plaintes⁴². Les statistiques suggèrent que la tendance est particulièrement forte parmi les arbitres impliqués à interpréter la loi en faveur de l'investisseur lorsque le plaignant est originaire des États-Unis.⁴³ Sans compter que l'industrie juridique qui se spécialise dans les poursuites contre les pays est dominée par des avocats américains. Sur les 20 premiers cabinets d'avocats qui représentent les parties demanderesse et/ou défenderesse dans des cas de poursuites investisseur-État, 15 ont leur siège social aux États-Unis.⁴⁴

Invoquer l'AÉCG pour poursuivre son propre gouvernement

Les investisseurs européens et canadiens ont appris à tirer partie du système, en s'enregistrant à l'étranger pour obtenir la qualité d'investisseurs « étrangers » et ainsi pouvoir poursuivre leur propre gouvernement. Parmi les exemples récents de ce phénomène de « shopping de traités », on compte la poursuite initiée par la compagnie pétrolière et gazière Lone Pine de Calgary contre un moratoire sur la fracturation hydraulique du gouvernement du Québec, qui s'était accompagné de la révocation des permis d'exploration de gaz de schiste (voir l'encadré 1). C'est également le cas de la poursuite intentée par le conglomérat espagnol Abengoa, qui a utilisé sa filiale enregistrée au Luxembourg pour invoquer les droits accordés aux investisseurs étrangers dans le Traité sur la Charte de l'énergie, et ainsi contester la décision du gouvernement espagnol de réduire ses subventions dans le secteur de l'énergie solaire.⁴⁵

Alors qu'un nombre croissant d'entreprises structurent leurs investissements via des réseaux complexes de filiales, l'UE et le Canada peuvent s'attendre à ce que l'AÉCG favorise des poursuites similaires (voir l'annexe 1). Cela pourra être le lot des filiales de sociétés européennes ayant d'importantes activités commerciales au Canada, dont Shell Canada (propriété de Royal Dutch Shell), British Petroleum Canada (propriété de British Petroleum), Mercedes-Benz Canada (propriété du géant allemand Mercedes-Benz) et Total E. & P. Canada. Ces filiales pourront toutes invoquer l'AÉCG pour poursuivre des gouvernements européens pourvu que leurs investissements soient structurés en conséquence. De la même façon, le constructeur d'avions et de trains Bombardier – une société canadienne du Québec avec des installations en Irlande – pourrait poursuivre le gouvernement canadien aux termes de l'AÉCG.

Passage en mode « propagande » pour faire face au tollé général

L'opposition aux dispositions investisseur-État de l'AÉCG prend de l'ampleur des deux côtés de l'Atlantique. Voilà plusieurs années que des organisations de la société civile⁴⁶ et des syndicats⁴⁷ du Canada et d'Europe expriment leurs préoccupations concernant l'AÉCG et réclament en particulier l'abrogation de l'ISDS. Mais après cinq ans de négociations secrètes, une opposition citoyenne généralisée et l'élection d'un nouveau gouvernement au Canada, l'AÉCG n'a été modifié qu'en surface.

L'AÉCG, comme tous les récents accords de commerce, réduit l'espace dévolu aux politiques publiques et multiplie ainsi les entraves pour les gouvernements qui s'efforcent de fournir des services ou de légiférer dans l'intérêt général.

Tout en prenant note des améliorations apportées aux modalités relatives aux relations entre investisseurs et État, nous les estimons insuffisantes.

(...) Les changements ne répondent toujours pas à la question de savoir pourquoi un système juridictionnel des investissements ou un RDIE est nécessaire, si tant est qu'il le soit, entre pays ayant des systèmes juridictionnels bien développés et efficaces.

Déclaration conjointe du Congrès du Travail du Canada (CTC) et de la Confédération Européenne des Syndicats (CES)⁴⁸

La Commission européenne et le gouvernement du Canada ont lancé une campagne de propagande trompeuse. Leur stratégie consiste à apaiser les craintes du public en minimisant les problèmes fondamentaux du système et en mettant l'accent sur des réformes cosmétiques.

Cependant, un examen plus attentif de ces soi-disant « réformes » dans le texte finalisé de l'AÉCG (voir Annexe 2) indique qu'elles ne feront rien pour « protéger le droit des États de réglementer et pour faire en sorte que le règlement des différends en matière d'investissements respecte pleinement l'Etat de droit », comme l'indique la Commission Européenne⁴⁹. Au contraire, les droits des investisseurs prévus dans l'AÉCG sont à l'évidence plus larges que ceux inclus dans des accords comme l'ALÉNA – entre autres parce qu'ils protègent les « attentes légitimes » des investisseurs en vertu de la clause dite de « traitement juste et équitable » et parce qu'ils ouvrent la porte à des différends entre investisseurs et États en ce qui a trait à la régulation des services financiers (voir les annexes 1 et 2).

ENCADRÉ 4

UN AVERTISSEMENT POUR L'EUROPE ET LE CANADA: LES AFFAIRES JUDICIAIRES TOUJOURS POSSIBLES SOUS LE CHAPITRE INVESTISSEMENT REVISÉ DE L'AÉCG⁵¹

La Commission européenne a renommé le mécanisme de résolution des différends investisseur-État de l'AÉCG le « système juridictionnel des investissements » (SJI ou ICS en anglais). Mais une analyse approfondie des affaires judiciaires ISDS les plus controversées de ces dernières années révèle que ces poursuites pourraient toujours avoir lieu et pourraient même être plus nombreuses avec l'ICS. (Voir annexes 1 et 2).

Entreprises contre le changement climatique et la démocratie - Transcanada contre les États-Unis: En janvier 2016, le concepteur canadien d'oléoducs, Transcanada, annonçait son intention de poursuivre les États-Unis⁵² en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Cela fait suite à la décision du Président Obama d'abandonner le projet d'oléoduc Keystone XL, contesté aux États-Unis, et qui devait relier les zones d'exploitation des sables bitumineux canadiens aux raffineries du Sud des États-Unis. Le projet, qui d'après ses opposants aurait accru les émissions de gaz à effet de serre et provoqué l'accélération des changements climatiques, faisait face à une opposition de plus en plus importante des citoyens. TransCanada réclame 15 milliards de dollars de dommages et intérêts.

L'entreprise TransCanada pourrait-elle déposer une plainte similaire dans le cadre de la nouvelle proposition de l'Union Européenne? Oui

Entreprises contre la santé publique - Philip Morris contre l'Uruguay: En février 2010, la multinationale du tabac, Philip Morris International (PMI), engageait contre l'Uruguay une procédure en arbitrage d'investissement, en vertu du traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Uruguay et la Suisse.⁵³ PMI prétend que la législation anti-tabac du gouvernement uruguayen, en particulier l'interdiction de vendre plus d'un type de cigarettes par marque (présentation unique) et l'obligation que les avertissements sur les risques du tabagisme couvrent au moins 80% du paquet de cigarettes, "allait bien au-delà de tout objectif légitime de santé publique" et dépossédait la marque déposée PMI de sa valeur commerciale⁵⁴. Par sa décision de juillet 2016, le tribunal a rejeté toutes les accusations de PMI et a ordonné l'entreprise à payer une partie des frais juridiques engagés par l'Uruguay⁵⁵. Néanmoins, ce résultat positif ne doit pas masquer le fait que PMI a traîné, pendant sept années, l'Uruguay dans une procédure judiciaire qui n'aurait jamais dû être autorisée. L'État a dû dépenser 27 millions de dollars américains en frais d'avocats, d'arbitres et administratifs, ce qui constitue une somme plus importante que la compensation demandée à PMI. De plus, cette affaire a retardé fortement la mise en œuvre de mesures anti-tabac plus strictes en Uruguay, telles que le paquet neutre⁵⁶.

L'entreprise Philip Morris pourrait-elle déposer une plainte similaire dans le cadre de la nouvelle proposition de l'Union Européenne? Oui

Les entreprises contre la protection de l'environnement - Bilcon contre le Canada: En mars 2015, un tribunal d'arbitrage constitué en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) décida qu'un processus d'examen environnemental canadien violait les règles de protection des investisseurs de l'AÉCG. Bilcon, une entreprise américaine, voulait construire une importante carrière et un terminal maritime dans une zone côtière écologiquement sensible de l'Est du Canada. Elle projetait d'extraire du basalte, de le concasser et de le transporter par bateau vers les États-Unis. En 2007, après une recherche approfondie et une consultation publique, un panel mis en place par le gouvernement pour évaluer l'impact écologique se prononçait contre le projet, à cause des conséquences environnementales probablement négatives. Les gouvernements de Nova Scotia et du Canada ont dès lors suivi les recommandations du panel et ont refusé d'autoriser le projet. Bilcon a alors attaqué en justice et gagné le contentieux investisseur-État en vertu de l'AÉCG. L'entreprise veut obtenir plus de 300 millions de dollars américains de dommages⁵⁷.

L'entreprise Bilcon pourrait-elle déposer une plainte similaire dans le cadre de la nouvelle proposition de l'Union Européenne? Oui

Ni la procédure proposée pour la nomination des juges de l'ICS, ni leur fonction ne répondent aux exigences internationales en matière d'indépendance des tribunaux.

Deutscher Richterbund, la première association de juges et de procureurs d'Allemagne⁵⁰

Les traités existants justifient-ils que l'on en négocie toujours plus ?

Pour justifier son approche, la Commission européenne fait souvent référence au fait qu'il existe plus de 3 000 traités d'investissement à travers le monde qui incluent l'arbitrage des différends entre investisseurs et États. Selon la Commission, la seule façon d'éliminer les failles de ces traités et de prévenir

les abus consiste à réformer l'actuel système en concluant de nouveaux accords qui garantiront un meilleur équilibre entre les droits des investisseurs et le droit de réglementer. De telles modifications pourraient par la suite avoir une incidence bénéfique sur d'autres accords et remplaceraient directement des accords déjà existants (comme par exemple, les huit traités bilatéraux entre le Canada et des pays de l'Europe de l'Est, auxquels se substituerait l'AÉCG).⁵⁸

Or, premièrement, l'AÉCG ne démontre aucune véritable intention de rééquilibrer le régime d'investissement. Il concède des droits considérables aux investisseurs, mais sans leur imposer d'obligations (voir les annexes 1 et 2). Deuxièmement, la conclusion de nouveaux traités ne représente pas la seule option pour réformer le système. Il est possible de résilier, de ne pas renouveler, ou de renégocier des traités existants considérés comme dangereux. L'Afrique du Sud, l'Indonésie, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela ont adopté de telles approches. Ce sont des options qui pourraient aussi s'appliquer aux huit accords bilatéraux existants entre le Canada et des États membres de l'UE. Troisièmement, la Commission passe sous silence le fait que son approche aurait pour effet d'élargir considérablement la portée de l'arbitrage des différends relatifs aux investissements (plutôt que de se limiter à « réformer » ce qui est déjà en place actuellement). En effet, 21 des 28 États membres de l'UE – représentant plus de 95 % de l'économie européenne – ne sont présentement reliés par aucune disposition sur l'arbitrage des différends investisseur-État avec le Canada. De manière plus générale, la plupart des traités d'investissement existants dans les États membres de l'UE ont été conclus avec des pays importateurs de capitaux. Mais lorsqu'il s'agira de conclure des accords avec des pays qui exportent des capitaux, comme dans le cas de l'AÉCG (ou encore avec les États-Unis, le Japon et la Chine), cela élargira grandement la portée de l'arbitrage d'investissement, et exposera les États membres de l'UE à des risques juridiques imprévisibles et sans précédents.

Les universitaires commencent à se demander si l'ISDS offre les avantages escomptés en termes d'accroissement des investissements. Les investisseurs étrangers peuvent se protéger contre les abus de gouvernements volontairement nuisibles en souscrivant une assurance couvrant les risques politiques [...].

*The Economist*⁵⁹

Il en va de même pour le Canada, qui augmente le nombre de ses accords commerciaux et de ses traités d'investissement avec des pays exportateurs de capitaux, dont récemment un accord avec la Corée du Sud (Accord de libre-échange Canada-Corée du Sud [ALECC])⁶⁰ et un traité

d'investissement controversé avec la Chine (l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers [APIE] Canada-Chine) qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014.⁶¹

Conclusion

Au cours de ces dernières années, l'opposition au système de règlement des différends investisseur-État, jusqu'alors méconnu, s'est intensifiée. Dans le cas de l'AÉCG, la Commission européenne et le gouvernement du Canada se targuent d'avoir réformé les dispositions concernant d'arbitrage investisseur-État dans l'espoir de gagner l'appui du public. Toutefois, les changements et ajustements apportés sont mineurs et offrent peu de garantie que le système ne donnera pas lieu à des abus comme ce fut le cas dans le passé, qu'il ne servira pas d'arme pour limiter toujours plus les pouvoirs des gouvernements dûment élus et contester leurs initiatives de réglementation – particulièrement dans des secteurs où les règles doivent être renforcées, comme par exemple dans le secteur financier ou dans le domaine de l'exploitation minière (voir les annexes 1 et 2).

L'investissement étranger peut s'avérer risqué, mais rien ne justifie le besoin de créer un régime juridique particulier pour protéger les investisseurs étrangers, qui, comme tout le monde dans nos sociétés, ont accès aux systèmes juridiques nationaux pour adresser leurs réclamations. Les multinationales d'aujourd'hui comptent parmi les plus prospères et sophistiquées de la planète. Elles sont en mesure d'évaluer les risques et les rendements attendus en fonction de ces risques. Si ceux-ci s'avèrent trop élevés, des options comme l'assurance privée, les systèmes publics de garantie des investissements et le recours aux tribunaux nationaux ordinaires sont facilement accessibles.

Nous demandons donc à la Commission européenne, au gouvernement du Canada, aux États membres de l'UE et aux parlementaires des deux côtés de l'Atlantique de rejeter le texte actuel de l'AÉCG qui prévoit un mécanisme d'arbitrage des différends entre investisseurs et États. Une telle disposition doit aussi être rayée de tous les accords de libre-échange existants et à venir du Canada et de l'UE – dont le controversé Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI ou TTIP/TAFTA en anglais) et le Partenariat transpacifique (PTP ou TPP en anglais).

Nos sociétés ne seront pas en mesure de relever les défis qui se présentent aujourd'hui à elles – lutte contre les changements climatiques, explosion des inégalités sociales, prévention d'autres crises financières – si elles sont enfermées dans un carcan juridique et constamment exposées à la menace de poursuites de plusieurs milliards de dollars chaque fois que des entreprises contestent leurs changements de politiques. Il nous faut au contraire des mécanismes réglementaires solides pour mettre fin aux abus des multinationales. Ces dernières ne doivent pas avoir carte blanche pour piétiner notre démocratie, les droits des populations et notre planète.

ANNEXE 1

GUIDE DES DROITS LES PLUS DANGEREUX ACCORDÉS AUX ENTREPRISES EN VERTU DE L'AÉCG

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AÉCG⁶²TRADUCTION : POURQUOI C'EST DANGEREUX⁶³

La définition d'investissement : « Investissement désigne tout type d'actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement [...]. »

S'ensuit une longue liste non exhaustive des formes que peuvent prendre les investissements, incluant actions, créances et droits de propriété intellectuelle. (Chapitre 8, Article 1)

La définition de l'« investissement » est très importante, car elle détermine les capitaux étrangers qui sont protégés. Une vaste définition ouverte comme celle que propose l'AÉCG couvre non seulement les entreprises établies dans l'État hôte, mais aussi un vaste éventail de capitaux allant de la valeur d'une marque déposée, de promesses invoquées par des entités contrôlées par un État ou une autorité gouvernementale dans des contrats secrets, aux dettes souveraines. Cela expose les États à des risques juridiques imprévisibles.

La définition d'investisseur : « Investisseur désigne une Partie, une personne physique ou une entreprise d'une Partie [...] qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie ». Une « entreprise d'une Partie » doit soit « exercer des activités commerciales substantielles sur le territoire de cette Partie » ou « être directement ou indirectement détenue ou contrôlée » par une personne physique de cette Partie ou par une entreprise y menant des activités commerciales importantes. (chapitre 8, article 1)

La définition de l'« investisseur » est importante, car elle détermine qui est protégé. Alors que la protection dépendra dans une large mesure de l'interprétation que feront les arbitres des « activités commerciales importantes », l'AÉCG prévient les abus flagrants des traités par des entreprises « boîte postale » (ex. : une entreprise canadienne qui poursuit le Canada en passant par une coquille vide aux Pays-Bas). Cependant, cela n'empêchera pas les milliers d'entreprises détenues par des américains et européens ayant des filiales au Canada de poursuivre des gouvernements de l'UE en vertu de l'AÉCG (voir page 10). Le fait qu'un investisseur est également protégé si il/elle possède ou contrôle indirectement un investissement étend encore plus le champ des possibilités en termes de « shopping de traités » afin de trouver le plus avantageux.

Le traitement national : « Chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie et à un investissement visé un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations similaires, à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou la disposition de leurs investissements sur son territoire. » (Chapitre 8, Article 6)

Les investisseurs étrangers doivent avoir droit à un traitement au moins aussi favorable que celui réservé aux investisseurs nationaux. Cela a été interprété comme une interdiction de toute mesure qui désavantage *de facto* les étrangers, y compris en l'absence d'intention. Par exemple, il a été jugé qu'une décision prise par le Canada d'interdire l'exportation de déchets toxiques (interdiction applicable à tous les investisseurs et compatible avec un traité international en matière d'environnement) privilégiait les entreprises canadiennes, car ces dernières pouvaient continuer à mener leurs activités alors que des concurrents américains se voyaient interdits d'envoyer leurs déchets aux États-Unis pour les traiter. (voir l'encadré 1)

Le traitement juste et équitable : « Chaque Partie accorde, sur son territoire, aux investissements visés de l'autre Partie et aux investisseurs en ce qui concerne leurs investissements visés, un traitement juste et équitable [...] » S'ensuit une liste d'exemples qui constitueraient des manquements à cette obligation : « déni de justice », « violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi », « cas d'arbitraire manifeste », « discrimination ciblée » et « traitement abusif des investisseurs » (chapitre 8, article 10).

Cette potentielle clause fourre-tout est la plus dangereuse pour les contribuables et les instances de réglementation : le plus souvent, elle est invoquée avec succès par des investisseurs pour s'attaquer à des mesures d'intérêt public. L'inclusion de « cas d'arbitraire manifeste » en tant qu'un des critères que peuvent invoquer les investisseurs pour démontrer une violation de cette clause de l'AÉCG ouvre la porte grande ouverte aux investisseurs pour entamer des poursuites et aux arbitres pour une interprétation suivant leur appréciation.

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AECC⁶²

TRADUCTION : POURQUOI C'EST DANGEREUX⁶³

La protection des attentes légitimes des investisseurs : « Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite. » (chapitre 8, article 10)

Comité sur les services et l'investissement: "Le Comité sur les services et l'investissement peut [...] recommander au Comité mixte de l'AECC l'adoption d'autres éléments de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable." (Chapitre 8, Article 44)

L'expropriation : « Une Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen de mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation (...), sauf: a) pour une raison d'intérêt public, b) en conformité avec l'application régulière de la loi, c) de manière non discriminatoire, et d) moyennant le paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective.» (chapitre 8, article 12)

« Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. » (chapitre 8, annexe 8-A)

Une étude des arguments des investisseurs dans les affaires les plus emblématiques contre des lois d'intérêt général montre qu'il n'est pas rare de voir des entreprises arguer qu'une mesure prise par un État est « arbitraire »⁶⁴ Dans trois affaires sur quatre remportées par des investisseurs américains, les tribunaux ont conclu à une violation de l'obligation de traitement juste et équitable.⁶⁵

Des tribunaux ont déjà interprété le concept de traitement juste et équitable comme une protection des « attentes légitimes » des investisseurs, et ce, même si l'expression n'est pas dans les traités existants comme l'ALÉNA. De plus, ils ont jugé que ce concept crée le droit à un cadre réglementaire stable, ce qui empêche les gouvernements de modifier des lois, règlements ou autres mesures même à la lumière de nouvelles connaissances ou de choix démocratiques. Dans le cas du Québec, où l'opposition citoyenne a mené à un moratoire sur la fracturation hydraulique, Lone Pine prétend que la « révocation » de ses permis d'exploration gazière violait son « attente légitime d'un environnement commercial et juridique stable ». ⁶⁶ L'AECC prend le chemin de la codification de telles interprétations élargies du traitement juste et équitable, agrandissant ainsi la portée du concept et accordant aux investisseurs une redoutable arme pour contester tout resserrement des règles. Il est notamment préoccupant que l'AECC ne définisse pas quel type de « déclarations spécifiques » d'un État donnerait lieu à une « attente légitime ».

L'AECC crée plusieurs nouvelles institutions qui peuvent changer la substance du traité dans le futur. Cette situation est à double tranchant. Il y a une inquiétude grandissante que cela puisse mener, à long terme, à une codification encore plus élargie de la portée du traitement juste et équitable.

D'une certaine perspective favorable aux investisseurs, pratiquement toute mesure législative ou réglementaire peut être considérée comme une « expropriation » indirecte lorsqu'elle a pour effet de réduire les profits. C'est l'interprétation qu'ont eue des tribunaux face à des mesures de protection légitimes de la santé, de l'environnement et d'autres enjeux publics en ordonnant à des États de payer des compensations. L'annexe de l'AECC sur les mesures d'intérêt public préviendrait-elle une telle interprétation? Pas nécessairement. Un État aurait à démontrer qu'une mesure a été « conçue et appliquée afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public » et qu'elle n'est pas « manifestement excessive ». Même dans les affaires où une mesure gouvernementale a été contestée dans des tribunaux d'arbitrage, alors qu'elle était indéniablement dans l'intérêt public, les investisseurs ont estimé que les politiques étaient illégitimes et excessives. Par exemple, TransCanada soutient que la décision de l'administration fédérale américaine sur l'oléoduc Keystone ne constitue pas un objectif de politique publique légitime⁶⁷. Ce serait à un tribunal d'arbitres rémunérés à l'heure et ne devant rendre de comptes à personne – et non des juges indépendants – de décider dans ces cas.

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AÉCG⁶²

Le traitement de la nation la plus favorisée : « Chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie et à un investissement visé un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations similaires, aux investisseurs d'un pays tiers et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou la disposition de leurs investissements sur son territoire. » L'AÉCG précise que cela « n'englobe pas » les procédures ISDS dans d'autres traités et que « les obligations de fond contenues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ne constituent pas en elles-mêmes un « traitement », (...) en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une Partie au titre de ces obligations. » (chapitre 8, article 7)

Consentement au règlement du différend: Une plainte peut être déposée conformément aux règles habituelles d'arbitrage des différends investisseur-État comme la Convention du CIRDI et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. (Chapitre 8, Articles 23 et 25) Il n'est pas prérequis d'avoir épuisé dans un premier temps les recours locaux.

La constitution du tribunal d'arbitrage : Les plaintes des investisseurs seront tranchées par un « tribunal » de trois personnes choisies parmi un groupe de quinze « membres » nommés par le Comité mixte de l'AÉCG. Ils percevront une « rétribution mensuelle » qui sera déterminé par le Comité mixte de l'AÉCG. À moins que ce dernier n'adopte une décision, la rétribution se fera suivant le « Règlement administratif et financier de la Convention du CIRDI. » (chapitre 8, article 27)

La sentence définitive : Lorsqu'un tribunal conclut qu'un État a violé les droits des investisseurs en vertu de l'AÉCG, il « peut accorder uniquement, de façon séparée ou combinée: a) le versement de dommages pécuniaires et tout intérêt applicable; b) la restitution de biens. » « Les dommages pécuniaires ne sont pas supérieurs à la perte subie par l'investisseur ou, le cas échéant, par l'entreprise établie localement, déduction faite de tous dommages ou indemnités versés antérieurement. » (chapitre 8, article 39)

TRADUCTION : POURQUOI C'EST DANGEREUX⁶³

Des arbitres ont utilisé des dispositions sur la nation la plus favorisée comme des « baguettes magiques »⁶⁸ permettant aux investisseurs dans des procédures d'ISDS d'« importer » des droits plus favorables d'autres traités signés par l'État hôte. Cela multiplie les risques de voir aboutir des attaques contre des politiques publiques. Le libellé de la nation la plus favorisée dans l'AÉCG traite en quelque sorte de cette sélection des clauses les plus avantageuses, mais la formulation reste ouverte aux interprétations des arbitres et elle est ambiguë. En particulier, pour quelle raison l'AÉCG n'interdit-il pas en termes clairs l'« importation » d'obligations de fond provenant d'autres accords? Il le fait uniquement en l'absence de « mesures [...] au titre de ces obligations » dans d'autres traités et le terme « mesure » est défini très largement dans l'AÉCG.

C'est ici que l'UE dit en réalité: nos tribunaux ne sont pas assez bons pour les investisseurs étrangers. Contrairement aux entreprises nationales et aux citoyens ordinaires, les investisseurs étrangers auront le droit exclusif de contourner les systèmes juridiques nationaux et poursuivre l'UE et ses États membres directement dans des tribunaux internationaux, qui devront juger si les décisions politiques sont bonnes ou mauvaises et pourront ordonner que de vastes sommes d'argent provenant des contribuables soient payées en compensation.

Les différends investisseur-État ne seront pas tranchés par des juges indépendants jouissant d'un salaire fixe. Les décisions seront plutôt rendues par des arbitres travaillant à profit, rémunérés au dossier – avec une rétribution lucrative de 3 000 dollars américains par jour selon les règles financières du CIRDI et en plus d'une rétribution mensuelle – et clairement incités à rendre des décisions favorables à la partie qui leur apportera de nouvelles plaintes dans le futur : l'investisseur.

Les montants accordés en dommages-intérêts peuvent lourdement hypothéquer les budgets publics et pour les faire respecter, la saisie de biens de l'État dans de nombreux pays étrangers peut être ordonnée.

À ce jour, c'est la Russie qui a été condamnée à un des montants les plus élevés, soit 50 milliards de dollars américains.

En 2003, la République tchèque a été condamnée à verser à une entreprise du monde des médias un montant de 354 millions de dollars américains, soit l'équivalent du budget national de la santé du pays à l'époque.⁶⁹ Souvent, les tribunaux ordonnent le paiement de compensations en se basant sur les prévisions de bénéfices *futurs*, comme ce fut le cas dans une affaire contre la Libye. Le pays a été condamné à payer 900 millions de dollars américains pour « pertes de profits » découlant de la « perte d'opportunités réelles et certaines » subie par un projet de tourisme, et ce, même si l'investisseur n'avait investi que 5 millions de dollars américains et alors que la construction n'avait jamais débuté.⁷⁰

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AÉCG⁶²

L'article 21 du chapitre de l'AÉCG sur les services financiers permet le **règlement des différends relatifs aux investissements dans les services financiers** quand « un investisseur allègue qu'une Partie a violé l'article 8.10 (Traitement des investisseurs et des investissements visés), 8.11 (Indemnisation des pertes), 8.12 (Expropriation), 8.13 (Transferts), 8.16 (Refus d'accorder des avantages), 13.3 (Services financiers – Traitement national) ou 13.4 (Services financiers – Traitement de la nation la plus favorisée) » ou "l'article 13.16.1 (sur des exceptions prudentielles dans le secteur financier)." (Chapitre 13, Article 21)

Liberté de transfert de capitaux : " Chaque Partie permet que tous les transferts relatifs à un investissement visé soient effectués sans délai ni restriction". S'en suit une liste d'exemples de types de transferts, dont les profits, les intérêts et les paiements effectués au titre d'un contrat. (Chapitre 8, Article 13)

La clause de survie : « Dans l'éventualité de l'extinction du présent accord, les dispositions du chapitre Huit (Investissement) restent en vigueur pendant une durée de 20 ans après la date d'extinction du présent accord, en ce qui concerne les investissements effectués avant cette date. . » (chapitre 30, article 9).

TRADUCTION : POURQUOI C'EST DANGEREUX⁶³

En vertu de l'AÉCG, les investisseurs étrangers disposent de plus de droits pour contester les réglementations financières qu'en vertu des traités antérieurs, tels que l'ALÉNA. Cela menace de paralyser les organismes de réglementation chargés de la protection des consommateurs et de la stabilité financière en situation d'urgence. En vertu de l'ALÉNA, les poursuites intentées par des investisseurs dans le secteur financier se limitent principalement aux droits (très larges) des banques de transférer des fonds librement tout en bénéficiant d'une protection contre l'expropriation. L'AÉCG élargit l'étendue de leurs droits pour y inclure des concepts très élastiques comme le traitement juste et équitable. Les négociateurs canadiens du chapitre sur les services financiers ont eux-mêmes averti que cela « aurait un effet paralysant qui nuira à l'économie du pays dans son ensemble ». ⁷¹

Cette clause permettrait à l'investisseur de retirer toutes ses sommes d'argent liées à des investissements, réduisant la capacité des pays à faire face aux entrées et sorties de capitaux, aux besoins de la balance des paiements et autres crises macroéconomiques. C'est une interdiction de facto du contrôle de capitaux. L'article 28.4 permet des mesures de sauvegarde temporaires assez limitées à l'égard des mouvements de capitaux et des paiements et l'article 28.5 permet certaines restrictions en cas de graves difficultés liées à la balance des paiements et à la situation financière extérieure. Ces exceptions sont bien trop restrictives pour réglementer les flux inter-frontaliers de capitaux dans l'intérêt général.

Même si on abrogeait l'AÉCG, les investisseurs pourront toujours porter plainte pendant une période de 20 ans pour des investissements effectués avant l'abrogation. Cette « clause zombie » permet aux entreprises de conserver leurs droits exceptionnels bien après la mise à mort du reste de l'AÉCG.

ANNEXE 2

GUIDE DE DÉCRYPTAGE DES PARAGRAPHES FAUSSEMENT RASSURANTS DE L'AÉCG

LE JARGON DES RELATIONS PUBLIQUES :
LE LIBELLÉ DE L'AÉCG⁷²

Investissement et mesures réglementaires I : « Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section. » (Chapitre 8, Article 9)

Investissement et mesures réglementaires II : « Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle. » (Chapitre 8, Article 9)

Règles d'éthique: « Les membres du Tribunal sont indépendants. » Ils doivent respecter des lignes de conduite sur les conflits d'intérêts ou un code de conduite et doivent s'abstenir "d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international. » (Chapitre 8, Article 30)

CONFRONTATION AVEC LA RÉALITÉ :
POURQUOI CE N'EST PAS RASSURANT

Un examen plus approfondi de ce paragraphe montre que le réconfort qu'il apporte est en fait trompeur. À la différence de l'article 9.4 qui interdit clairement aux États de devoir indemniser les investisseurs en cas de suppression de subventions, l'article 8.9 n'exclut pas des obligations d'indemnisation si des États modifient leurs lois et réglementations et si ces changements violent d'autres obligations de l'AÉCG telles que le traitement juste et équitable.

En comparant ce paragraphe avec l'article 9.4, il apparaît clairement que l'UE ne souhaite pas protéger les politiques publiques à l'égard d'obligations d'indemnisation. Ainsi, les États seront en mesure de réglementer, mais pourront toujours être contraints de payer des milliards de compensations. Un représentant de haut-niveau de la Commission européenne, s'exprimant lors d'un événement aux États-Unis, a admis récemment que: "Ceci n'est pas une exception de type exception générale... C'est un principe directeur qui informe" la délibération du tribunal⁷³. De plus, le droit de réglementer est lié à un critère de légitimité des objectifs politiques. Des arbitres payés à l'heure devront déterminer si un objectif est « légitime ». Il s'agit là d'un obstacle facilement évitable par les arbitres pour obtenir un dédommagement public en faveur d'un investisseur. Par exemple, des mesures légitimes mais qui apparaissent "manifestement excessives" (Chapitre 8, Annexe A, Point 3) pourraient être considérées comme de l'expropriation indirecte.

Ceci ne constitue en aucun cas un dispositif institutionnel en mesure d'assurer l'indépendance et l'impartialité des arbitres, tel que le ferait un salaire fixe. Il est particulièrement inquiétant que les dénommés « membres » des tribunaux ne soient pas interdits d'agir à titre d'avocat (bien qu'il leur soit interdit d'agir en tant que conseiller juridique pour d'autres litiges relatifs à l'investissement) et qu'il n'y ait pas de périodes de « quarantaine » obligatoires avant et après leur nomination. Ils pourront ainsi faire partie du milieu restreint des arbitres en investissement qui ont tranché la plupart des litiges jusqu'à présent tout en encourageant d'autres procédures à leur propre bénéfice, et en interprétant la loi de manière extensive et en faveur des investisseurs.

LE JARGON DES RELATIONS PUBLIQUES : LE LIBELLÉ DE L'AÉCG⁷²

Les plaintes manifestement dénuées de fondement juridique et non fondées en droit : Le défendeur peut « présenter une objection à une plainte pour le motif que celle-ci est manifestement dénuée de fondement juridique.» ou une « objection (...) qu'une plainte (...) n'est pas, d'un point de vue juridique, une plainte à l'égard de laquelle une sentence en faveur du demandeur peut être rendue en vertu de la présente section, et ce même si les faits allégués sont tenus pour avérés. » C'est au tribunal de décider. (Chapitre 8, articles 32 et 33)

La sentence définitive : Un tribunal ne peut accorder « uniquement » que des dommages pécuniaires et tout intérêt applicable et la restitution de biens (chapitre 8, article 39). Selon l'UE, cela signifie que l'ordonnance d'un tribunal « ne peut mener à l'abrogation d'une mesure adoptée par les parlementaires de l'Union [européenne], d'un État membre ou du Canada. »⁷⁵

Le mécanisme d'appel : « Un Tribunal d'appel est institué en vue de procéder à l'examen des sentences rendues (...) Le Tribunal d'appel peut confirmer, modifier ou infirmer une sentence rendue par le Tribunal pour les motifs suivant: a) erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable; b) erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, (...); c) les motifs énoncés aux alinéas a) à e) de l'article 52(1) de la Convention du CIRDI » (Chapitre 8, Article 28)

CONFRONTATION AVEC LA RÉALITÉ : POURQUOI CE N'EST PAS RASSURANT

Il s'agit clairement d'un cas où on demande au renard de prendre soin du poulailler. La question de savoir si une plainte sera instruite sera tranchée par des arbitres, dont le revenu dépend du nombre de plaintes qu'ils instruisent. Ce conflit d'intérêts manifeste permet d'expliquer pourquoi on ne connaît aucune plainte aujourd'hui qui ait été jugée dénuée de fondement juridique⁷⁴ même si certains traités permettent le rejet de telles plaintes. Un autre problème concerne le fait que le nombre de différends Investisseur-Etat s'insère parfaitement dans le cadre élargi de privilèges des investisseurs que l'AÉCG accorde. Par exemple, des contestations manifestement frivoles de politiques fondées, comme dans les affaires Lone Pine et Vattenfall, sont très peu susceptibles d'être rejetées en vertu de tels mécanismes.

Cela n'arrêtera pas les gouvernements de « volontairement » abroger des mesures une fois qu'une poursuite majeure aura été intentée ou qu'ils auront fait l'objet de menaces de la part d'une entreprise aux ressources financières importantes. Des exemples d'un tel « gel réglementaire » incluent la dilution des contrôles environnementaux imposés à une centrale électrique au charbon lorsque l'Allemagne a réglé une plainte déposée par la société énergétique suédoise Vattenfall (voir l'encadré 2) et l'annonce de la Nouvelle-Zélande de sa décision de reporter sa loi sur le paquet de cigarettes neutre jusqu'à l'aboutissement de la plainte déposée par Philip Morris contre les règles anti-tabagisme adoptées par l'Australie.⁷⁶ Certains prétendent que cet effet paralysant sur la réglementation gouvernementale est la raison d'être du régime d'investissement mondial.

Ceci pourrait potentiellement contribuer à des décisions plus cohérentes mais cela ne remédie à aucun des problèmes fondamentaux mentionnés ci-dessus (le privilège accordé aux investisseurs étrangers, des tribunaux pas entièrement indépendants, un système fonctionnant seulement dans un sens, ... etc). Il faut également rappeler que le mandat du tribunal d'appel serait très limité, et qu'il n'est pas équivalent à une procédure de révision judiciaire telle que connue dans le droit national. Par exemple, la recherche de nouvelles preuves ou l'audition de nouveaux experts et témoins y est exclue.

LE JARGON DES RELATIONS PUBLIQUES : LE LIBELLÉ DE L'AÉCG⁷²

Droit applicable et interprétation: « Lorsque des questions d'interprétation susceptibles d'avoir une incidence sur l'investissement suscitent de graves préoccupations, le Comité sur les services et l'investissement peut (...) recommander au Comité mixte de l'AÉCG d'adopter des interprétations du présent accord. Une interprétation adoptée par le Comité mixte de l'AÉCG lie le Tribunal institué. » (chapitre 8, article 31)

L'AÉCG prévoit un certain nombre d'**exceptions** parsemées tout au long de l'accord. Par exemple : des « mesures raisonnables pour des raisons prudentielles » dans le secteur financier pour préserver notamment « l'intégrité et la stabilité du système financier d'une Partie » (Chapitre 13, Article 16) ou des mesures pour protéger « la santé et la vie des personnes et des animaux » ou préserver les végétaux. (Chapitre 28, Article 3.2)

Les réserves : Les règles d'investissement de l'AÉCG sont assujetties à des réserves particulières d'États concernant des secteurs économiques donnés ou des mesures définies dans des annexes spéciales. L'annexe I dresse la liste des « mesures existantes » qui ne sont pas conformes aux règles de l'AÉCG, mais qui peuvent être maintenues. L'annexe II dresse la liste des « réserves aux mesures ultérieures » que les gouvernements pourront présenter ultérieurement même si elles ne seront pas autrement possibles en vertu de l'AÉCG. L'ensemble des secteurs et des mesures que les gouvernements n'ont pas expressément exclus en les incluant dans les annexes sont automatiquement couvertes (Annexes I et II).

CONFRONTATION AVEC LA RÉALITÉ : POURQUOI CE N'EST PAS RASSURANT

En pratique, il est très difficile d'obtenir un consensus en matière d'interprétations ayant une force juridiquement contraignante. En 20 ans depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, qui comporte une disposition similaire, une entente n'a été conclue que pour deux interprétations de ce type, et ce malgré une vague de plaintes d'investisseurs. De plus, les arbitres ont souvent refusé d'accepter les interprétations « qui lient le tribunal » et les annexes qui cherchent à freiner leur interprétation.⁷⁷

Les exceptions se limitent habituellement à quelques secteurs et à certains droits bien précis consentis aux investisseurs. De plus, elles sont formulées en termes étroits et imposent le fardeau de la preuve aux gouvernements. Par exemple, des mesures de sauvegarde visant à assurer la stabilité financière doivent être « *absolument nécessaires* » et ne peuvent être prises que dans des « circonstances *exceptionnelles* » comportant de « *graves* difficultés de fonctionnement de l'union économique et monétaire ». Pour que les politiques abordent « de *sérieuses* difficultés liées à la balance des paiements ou à la situation financière externe », l'AÉCG va jusqu'à énoncer qu'elles doivent « éviter de léser *inutilement* les intérêts *commerciaux, économiques et financiers* de toute autre Partie » (Chapitre 28, Articles 4 et 5). Ce sera aux arbitres de décider si une politique était « absolument nécessaire » ou si elle a donné lieu à des coûts « inutiles » pour l'investisseur. C'est un obstacle facile à surmonter pour un arbitre dont l'intention est d'obtenir des compensations publiques pour une banque ou un autre investisseur.

Les réserves ont des limites sérieuses: les réserves de l'annexe I sont assujetties à la clause cliquet. Cela signifie qu'elles ne pourront être modifiées dans le futur que pour les rendre plus compatibles avec l'AÉCG. De plus, ni les réserves de l'annexe I ni celles de l'annexe II ne s'appliquent à la norme d'investissement la plus dangereuse, soit le traitement juste et équitable. Par ailleurs, les États membres européens ont peu d'expérience avec l'approche des « listes négatives » de l'AÉCG selon laquelle l'État doit dresser la liste de toutes ses exceptions au départ plutôt que de préciser les secteurs qu'il souhaite voir couverts par l'AÉCG. Les réserves prévues par les gouvernements européens varient beaucoup et sont souvent incohérentes. Par exemple, la Bulgarie a décrété une réserve sur l'interdiction de la fracturation hydraulique, mais la France – qui impose des interdictions similaires – n'a décrété aucune réserve similaire.

Notes

- 1 Canadian Centre for Policy Alternatives (2015) *NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes*. Disponible sur: https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2015/01/NAFTA_Chapter11_Investor_State_Disputes_2015.pdf
Deux nouvelles disputes ont vu le jour depuis la publication de ce rapport.
- 2 Données provenant du site internet de la CNUCED, consulté en juin 2016: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
- 3 La version consolidée de tous les chapitres, annexes et déclarations de l'Accord économique et commercial global (AEÉCG) est disponible ici : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1467909007204&uri=COM:2016:443:FIN#document2>
- 4 Cité dans Eric Frei « Schiedsrechtsexperte : TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern », *Der Standard*, 2 Novembre 2015, <http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern>, traduction : Pia Eberhardt
- 5 Corporate Europe Observatory (CEO) et Transnational Institute (TNI). 2012. Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, chapitre 4; Van Harten, Gus. 2012. « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration » dans *Osgoode Hall Law Journal* 50:1, p. 211-268.
- 6 CNUCED (2016) *Investment Dispute Settlement Navigator* Disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> (consulté le 21 Mai 2016)
- 7 Tienhaara, Kyla. 2010. Regulatory Chill and the Threat of Arbitration. A View from Political Science.
- 8 Tiré de Greider, William. 17 novembre 2001. « The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century » dans *The Nation*.
- 9 Rapport interne de la Commission européenne sur une réunion avec Chevron sur l'ISDS dans le TTIP, daté du 29 Avril 2014. Obtenu à travers une demande d'accès à des documents officiels en vertu de la réglementation européenne sur le partage d'informations officiels. Disponible sur demande auprès de CEO.
- 10 Tiré de Kenn, Kip. 23 octobre 2013. « Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners » dans *Mineweb*.
- 11 Canadian Centre for Policy Alternatives (2015) *NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes*. Disponible sur: https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2015/01/NAFTA_Chapter11_Investor_State_Disputes_2015.pdf
Deux nouvelles disputes ont vu le jour depuis la publication de ce rapport.
- 12 IIAPP. 2011. *SD Myers v. Canada* (NAFTA Chapter 11).
- 13 *Public Citizen*. 14 août 2014. « Table of Foreign Investor-State Cases and Claims under NAFTA and Other US "Trade" Deals ».
- 14 Corporate Europe Observatory, Conseil des Canadiens et Transnational Institute (TNI). 2013. The right to say no. EU-Canada trade agreement threatens fracking bans.
- 15 CCPA, Corporate Europe Observatory (CEO), Amis de la Terre Europe, NGO Allemande Forum on Environment and Development, Transnational Institute (TNI) (2016) « *Le système juridictionnel des investissements mis à l'épreuve* »
- 16 <http://globalarbitrationreview.com/news/article/34783/nafta-panel-admits-amicus-briefs-pharma-case/>
- 17 Trew, Stuart. 30 août 2013. Eli Lilly's NAFTA lawsuit should prompt rethink of investor 'rights' deals.
- 18 Ibidem.
- 19 Données provenant du site internet de la CNUCED, consulté en juin 2016: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
- 20 Données provenant du site internet de la CNUCED, consulté en juin 2016: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
- 21 Données provenant du site internet du Gouvernement du Canada suivant, consulté en juillet 2016: http://w03.international.gc.ca/Commerce_International/Commerce_Sector-Secteur.aspx?lang=eng
- 22 Corporate Europe Observatory (CEO) et Transnational Institute (TNI) (2014): Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries
- 23 UNCTAD (2014) Investor-State Dispute Settlement: an Information Note on the United States and the European Union, IIA Issue Notes, Numéro 2, Juin, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf
- 24 Données provenant du site internet du Gouvernement du Canada suivant, consulté en juillet 2016: http://w03.international.gc.ca/Commerce_International/Commerce_Indicator-Indicateur.aspx?lang=fra
- 25 La liste des pays poursuivis par des investisseurs de l'UE dans le domaine des finances et des assurances inclut: Chypre, Autriche, Cameroun, Maurice, Ukraine, Grèce, Russie, Pologne, Slovaquie, Géorgie, Macédoine, Corée, Vénézuéla, Kirgizstan, Indonésie, Pérou, Sri Lanka, Kazakhstan, Argentine, République Tchèque, Turquie, Tunisie, Estonie, Burundi, Malaisie.
- 26 Données provenant du site internet de la CNUCED, consulté en juin 2016: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
- 27 Toutes les conversions dans ce papier sont basées sur le taux de change de juillet 2016, soit 1€ = US\$1.109.
- 28 PowerShift, Transnational Institute (TNI) et SOMO. 2013. The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute *Vattenfall v. Germany* (II).
- 29 CCPA, Corporate Europe Observatory (CEO), Amis de la Terre Europe, NGO Allemande Forum on Environment and Development, Transnational Institute (TNI) (2016) « *Le système juridictionnel des investissements mis à l'épreuve* »
- 30 International Investment Arbitration et Public Policy (IIAPP). 2011. *Foresti v South Africa* (Italy-South Africa BIT).
- 31 Kevin P. Gallagher, International Investment Agreements and Sovereign Debt Restructuring – Mission Creep, in Kavaljit Singh and Burghard Ilge (eds), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices* (New Delhi: Both Ends, Madhyam, and Somo, 2016)

- 32 Karadelis, Kyriaki. 28 juin 2012. « Can Veolia trash Egypt at ICSID? » dans *Global Arbitration Review*.
- 33 Données provenant du site Internet du Gouvernement du Canada, consulté en juillet 2016: http://w03.international.gc.ca/Commerce_International/Commerce_Sector-Secteur.aspx?lang=fra
- 34 Institut d'études politiques. 1^{er} avril 2013. Mining for Profits in International Tribunals.
- 35 Whittington, Les. 19 octobre 2010. « Canadian mining firms worst for environment, rights: Report » dans *The Star*.
- 36 Keen, Kip. 2013. Voir la note de fin de texte 7.
- 37 Ibidem.
- 38 Amis de la Terre Europe. 2014. Dirty Deals: How trade talks threaten to undermine EU climate policies and bring tar sands to Europe, p. 9.
- 39 Institut Pembina : <http://www.pembina.org/oil-sands/os101/climate>
- 40 CBC News. 7 octobre 2014. « European Union drops plan to label oilsands crud 'dirty' ».
- 41 Public Citizen (2014) Disponible sur: <http://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf> (consulté le 23 Mai 2016)
- 42 Données provenant de ce site internet de la CNUCED consulté en juin 2016: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
- 43 Van Harten, Gus. 2012. Voir la note de fin de texte 2.
- 44 Corporate Europe Observatory (CEO) et Transnational Institute (TNI). 2012. Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, chapter 4, chapitre 3.
- 45 Observatoire européen des entreprises/Institut transnational. 2014. Voir les notes de fin de texte 2, 30.
- 46 Déclaration publique (novembre 2013). Stop the Corporate Giveaway! A transatlantic plea for sanity in the EU – Canada CETA negotiations.
- 47 Congrès du Travail du Canada (CTC) et Confédération Européenne des Syndicats (CES). (2016) *AECG : où nous en sommes et ce qui doit changer*. Disponible sur: <https://www.etic.org/fr/documents/corrigendum-aecg-o%C3%B9-nous-en-sommes-et-ce-qui-doit-changer>
- 48 Congrès du Travail du Canada (CTC) et Confédération Européenne des Syndicats (CES). (2016) *AECG : où nous en sommes et ce qui doit changer*. Disponible sur: <https://www.etic.org/fr/documents/corrigendum-aecg-o%C3%B9-nous-en-sommes-et-ce-qui-doit-changer>
- 49 Commission Européenne, Direction du Commerce, Communiqué de presse, « AECG: l'Union européenne et le Canada s'entendent sur une nouvelle approche en matière d'investissements dans l'accord commercial, » 29 Février 2016. Disponible sur: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1469&serie=1087&langId=fr>
- 50 Deutscher Richterbund, « Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015 », Nr. 04/16, 4 février 2016, Disponible sur: http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf, Traduction en français non officielle
- 51 CCPA, Corporate Europe Observatory (CEO), Amis de la Terre Europe, Forum on Environment and Development, Transnational Institute (TNI) (2016) « *Le système juridictionnel des investissements mis à l'épreuve* »
- 52 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", 6 Janvier 2016, disponible sur: <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 53 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration, 19 Février 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 54 Philip Morris International (2014) PMI – Uruguay legal dispute: spotlight on the facts <http://justthefacts.pmi.com/pmi-uruguay-legal-dispute-spotlight-on-the-facts/>
- 55 Philip Morris International v Uruguay, Final Award, 9 Juillet 2016 https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/award_eng1.pdf
- 56 <https://www.theguardian.com/global-development/2016/jul/28/who-really-won-legal-battle-philip-morris-uruguay-cigarette-adverts>
- 57 La décision du tribunal sur le montant des dommages est en cours. Bilcon a déclaré le 20 mars 2015 dans un communiqué de presse qu'il chercherait "au moins 300 millions de dollars américains en dommages du Canada." Paul MacLeod. "Bilcon seeks US\$300m after win in quarry dispute." Halifax Chronicle-Herald. 20 Mars 2015, disponible sur: <http://thechronicleherald.ca/novascotia/1275735-bilcon-seeks-us300m-after-win-in-quarry-dispute>.
- 58 Les traités bilatéraux d'investissement existants entre le Canada et la république tchèque, la Hongrie, la Croatie, la Lettonie, la Pologne, la Roumanie, Malte et la république slovaque sont disponibles sur le site Internet du gouvernement du Canada.
- 59 The Economist (2014): The arbitration game, 11 Octobre
- 60 Gouvernement du Canada. 2014. Accord de libre-échange Canada-Corée (ALECC).
- 61 Gouvernement du Canada. 2014. Négociations de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) Canada-Chine.
- 62 Texte de l'AECC consolidé, publié le 5 juillet 2016.
- 63 Sauf indication contraire, l'analyse repose sur des analyses critiques de versions antérieures du texte de l'AECC/AECC publiés sur <http://eu-secretdeals.info/ceta/> (section TTIP).
- 64 CCPA, Corporate Europe Observatory (CEO), Amis de la Terre Europe, NGO Allemande Forum on Environment and Development, Transnational Institute (TNI) (2016) « *Le système juridictionnel des investissements mis à l'épreuve* »
- 65 *Public Citizen*. 2012. « "Fair and Equitable Treatment" and Investors' Reasonable Expectations: Rulings in US FTAs and BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed », p. 1.
- 66 Lone Pine. 2013. Notice of Arbitration, p. 17.
- 67 CCPA, Corporate Europe Observatory (CEO), Amis de la Terre Europe, NGO Allemande Forum on Environment and Development, Transnational Institute (TNI) (2016) « *Le système juridictionnel des investissements mis à l'épreuve* »

- 68 Kahale, George III. 28 mars 2014. Keynote Speech at the Eighth Annual Juris Investment Treaty Arbitration Conference, Washington, p. 5.
- 69 Desai, Mihir A. et Alerto Moel. 2006. Czech Mate. Expropriation and Investor Protection in a Converging World.
- 70 Rosert, Diana. 19 janvier 2014. « Libya ordered to pay US\$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project » dans *Investment Treaty News*.
- 71 Centre canadien de politiques alternatives. 2014. Making Sense of CETA, p. 18f.
- 72 Texte de l'AÉCG consolidé, publié le 5 juillet 2016.
- 73 Rupert Schlegelmilch (Commission européenne, DG Commerce, Directeur de la direction des Services et Investissement, Propriété Intellectuelle et Marchés Publics) parlant dans un dîner privé sur « Investment Treaty Reform : The European Perspective » le Jeudi 7 Avril 2016, à l'Institut Cato à Washington DC.
- 74 Trew, Stuart. 23 mai 2013. « Revised EU Mandate Seeks To Prevent 'Frivolous' Investor-State Claims » dans *Inside US Trade*.
- 75 Commission européenne, 2014: Investment provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), 26 September.
- 76 Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 19 février 2013. Government moves forward with plain packaging of tobacco product.
- 77 Porterfield, Matthew. 22 mars 2013. « A Distinction Without Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals » dans *Investment Treaty News*.



Publié par Corporate Europe Observatory (CEO), Transnational Institute, Powershift, le Conseil des Canadiens, Védegylet Egyesület, War on Want, Umanotera, Amis de la Terre Europe, Réseau québécois sur l'Intégration continentale (RQIC), Forum Umwelt und Entwicklung, Global Justice Now (GJN), Fédération Syndicale Européenne des services publics, Association Internationale de techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), Attac Austria, LobbyControl, Vienna Chamber of Labour (AK Vienna), Afrika Kontakt, Ecologistas en Acción, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), Both Ends, Nature Friends Grèce, Centre national de coopération au développement (CNCD-11.11.11) et Attac France.