

Un système au bord de l'implosion

Isolda Agazzi **L'édifice juridique de la protection des investissements craque de toutes parts : au cours des trois dernières années, quatre pays en développement ont dénoncé leurs accords d'investissement avec la Suisse. L'année passée, pour la première fois, une « contre-plainte » d'un pays contre un investisseur pour violation des droits humains a été acceptée par un tribunal arbitral. Dans la diplomatie multilatérale, une cour internationale d'arbitrage pourrait voir le jour.**

Le système de règlement des différends investisseurs – États (Investor – State Dispute Settlement, ISDS) explose : depuis le 1^{er} janvier 2016, selon la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), 104 nouvelles plaintes ont été déposées par des investisseurs étrangers contre des États hôtes, portant le nombre de plaintes connues depuis 1987 à 817. Les multinationales ont obtenu gain de cause dans 60 pour cent des cas. Les dommages et intérêts réclamés par les plaignants vont de 10 millions USD à 16,5 milliards USD réclamés à la Colombie par la multinationale américaine Cosigo Resources.¹

Les entreprises suisses ne sont pas en reste, les dernières plaintes connues étant celle de Glencore contre la Colombie et la menace de plainte de Novartis contre ce même pays.² La Suisse occupe même la 11^e place en termes de plaintes basées sur ses accords de protection des investissements (API) : 26 plaintes connues depuis 1987, la Confédération elle-même n'ayant fait l'objet d'aucune plainte³.

Pas étonnant, dès lors, que de plus en plus de pays en développement dénoncent leurs API et veuillent en renégocier de plus équilibrés, comme l'ont fait au cours des trois dernières

années l'Inde, l'Afrique du Sud, l'Indonésie et l'Équateur avec la Suisse. L'Inde a toutes les raisons de se faire du souci : jusqu'en 2010 elle n'avait jamais été condamnée par un tribunal arbitral, mais elle fait depuis l'objet d'un nombre croissant de plaintes (22 à ce jour), pour la plupart en cours. L'Afrique du Sud est beaucoup plus prudente : bien qu'elle n'ait fait l'objet que d'une seule plainte, par ailleurs retirée, elle a dénoncé tous ses API. Pareil pour l'Indonésie (7 plaintes en tout, dont 2 en cours).

Commission citoyenne en Équateur

L'Équateur est un cas emblématique : il a fait l'objet de 23 plaintes au moins, dont beaucoup sont encore en cours (aucune plainte d'entreprise suisse). La plupart ont été déposées ces dix dernières années, suite à des expropriations et autres mesures similaires décidées par l'ancien président Rafael Correa dans le secteur des hydrocarbures. L'année passée, Quito a dû payer 980 millions USD au pétrolier américain Occidental Petroleum pour l'annulation d'un contrat pétrolier. Un autre panel arbitral lui a ordonné de payer 380 millions USD au pétrolier ConocoPhillips.

La dénonciation des API fait suite à la recommandation de CAITISA, une commission citoyenne qui, dans un rapport de 668 pages, souligne à quel point les API ont fait plus de mal que de bien à l'Équateur : bien que ce soit l'un des pays de la région qui en ait signé le plus, il n'a reçu que 0,79 pour cent des investissements directs étrangers de la région entre 2001 et 2011.⁴ De surcroît, les principaux investisseurs étaient issus de pays – le Brésil, le Mexique et le Panama – avec lesquels il n'a pas d'accords d'investissement. L'Équateur doit encore payer des dommages et intérêts qui représentent 52 pour cent de son budget 2017 (!).

Dès lors, la commission citoyenne préconise d'exclure entièrement l'ISDS, l'expropriation indirecte, le traitement

Pays siège des multinationales qui ont porté plainte

1. USA	152 plaintes
2. Pays-Bas	96 plaintes
3. Grande-Bretagne	69 plaintes
11. Suisse	26 plaintes

Les premiers pays de l'hémisphère Sud sont les Émirats arabes unis (27^e place avec 8 plaintes) et le Chili (28^e place, 7 plaintes).

Quels pays ont été attaqués ?

1. Argentine	60 plaintes
2. Vénézuéla	42 plaintes
3. Espagne	36 plaintes
9. Équateur	23 plaintes
11. Inde	22 plaintes
19. Indonésie	7 plaintes
24. Afrique du Sud	1 plainte



Photo: ©Lucas Zanetti

Le système de santé colombien connaît de nombreux problèmes. Le prix élevé des médicaments brevetés en est un, la corruption, un autre. Photo : clinique de Santa Cruz del Islote, où le médecin de Carthagène ne passe qu'une fois tous les quelques mois.

juste et équitable et la clause parapluie. Des revendications qu'Alliance Sud formule aussi vis-à-vis des API suisses, mais qui, jusqu'à présent, sont restées lettre morte, le Seco s'étant limité à quelques modifications cosmétiques dans son nouveau modèle d'accord de mars 2016.

Droits humains et « contre-plainte »

Traditionnellement les API ne protègent que les droits des investisseurs et pas les droits humains des populations. « Le modèle d'accord alternatif que nous voulons mettre en place prévoit que les investisseurs aient aussi des obligations contraignantes et pas seulement des droits », souligne Cecilia Olivet, de Transnational Institute, qui a présidé les travaux de CAITISA.

Une première brèche en faveur du droit à la santé a été ouverte par la sentence de Philip Morris contre l'Uruguay (juillet 2016), où le fabricant suisse de cigarettes a été débouté sur toute la ligne. Une deuxième lueur d'espoir a jailli fin 2016, lorsqu'un tribunal arbitral a débouté Urbaser, une entreprise espagnole gérant la fourniture d'eau et les eaux usées à Buenos Aires et qui avait fait faillite après la crise financière de 2001–2002. Les arbitres ont affirmé qu'un investisseur doit aussi respecter les droits humains. Pour la première fois, ils ont aussi accepté le principe d'une « contre-plainte » de l'Argentine contre Urbaser pour violation du droit à l'eau de la population. Bien que les arbitres ont fini par statuer que, sur le fond, Urbaser n'avait pas violé le droit à l'eau, ils ont considéré que la contre-plainte était recevable, l'API Argentine–Espagne permettant aux « deux parties » de porter plainte en cas de différend.

Ce n'est malheureusement pas le cas des API suisses, qui permettent seulement à l'investisseur de porter plainte et non aux deux parties.⁵ La mise à jour des accords en cours serait l'occasion d'introduire cette modification. Un tel aménagement resterait cependant modeste puisque la plainte initiale

reste du seul ressort de l'investisseur : des victimes de violation du droit à l'eau, à la santé, des droits syndicaux ne peuvent pas porter plainte contre des multinationales étrangères sur la base des API. Ils ne pourraient, dans le meilleur des cas, que répondre aux plaintes des multinationales.

Cour internationale d'arbitrage : une fausse bonne idée ?

Pour faire taire les critiques contre l'ISDS – qui ont presque fait capoter le CETA – la Commission européenne propose de créer une cour permanente d'arbitrage. Certes, une telle cour, avec des juges choisis à l'avance et une possibilité d'appel, représenterait une amélioration par rapport au système actuel. Mais les ONG, dont Alliance Sud, suivent cette évolution avec scepticisme car une telle cour ne remettrait pas en cause le principe même d'une justice privée au service des multinationales étrangères. Pour Gus Van Harten, si la dite cour ne donne pas de garanties suffisantes en matière d'indépendance, d'équité, d'équilibre et de respect des institutions nationales, il vaut mieux supprimer l'ISDS tout court.⁶

« Nous sommes absolument contre l'ISDS. À la rigueur, tant que la protection des investisseurs est en place, nous pourrions soutenir une cour internationale d'investissement selon la proposition du professeur Gus Van Harten », lâche Cecilia Olivet, « mais la proposition de la Commission européenne ne donne pas assez de garanties d'indépendance et d'impartialité. »

¹ UNCTAD, *International Investment Agreement Issue Note*, May 2017.

² Cette dernière n'est pas officielle, mais elle a été révélée par le site d'investigation IAReporter.

³ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/203?party-Role=1>

⁴ <http://caitisa.org/index.php/home/en/laces-de-interes>

⁵ Cf. par exemple l'art. 10.2 de l'API avec la Géorgie, le plus récent API

⁶ <https://www.cigionline.org/articles/it-time-redesign-or-terminate-investor-state-arbitration>