

Cahier critique n° 7

Série : Business et droits humains



CETIM

Une collection du Programme Droits Humains

Centre Europe - Tiers Monde

Rue J.-C. Amat 6

CH - 1202 Genève

Tél.: +41 (0)22 731 59 63 - Fax: +41 (0)22 731 91 52

Courriel: cetim@bluewin.ch - Website: www.cetim.ch

Juillet 2010

URL: http://cetim.ch/fr/publications_cahiers.php

LES TRAITÉS INTERNATIONAUX, RÉGIONAUX, SOUS-RÉGIONAUX ET BILATÉRAUX DE LIBRE-ÉCHANGE

par Alejandro Teitelbaum

Diplômé en relations économiques internationales, Institut d'Etudes du
Développement Economique et Social de l'Université de Paris I,
Avocat, Université Nationale de Buenos Aires

I. INTRODUCTION

Un réseau dense d'accords et de traités économiques et financiers – internationaux, régionaux, sous-régionaux et bilatéraux – s'est aujourd'hui mis en place. Ces instruments ont supplanté les instruments fondamentaux du droit, international comme régional, des droits humains – y compris le droit à un environnement sain – et subordonné les Constitutions et les lois nationales destinées à promouvoir un développement national harmonieux ainsi que les droits humains, politiques, économiques, sociaux, culturels et environnementaux.

En s'appuyant sur l'application de clauses telles que celle du « traitement le plus favorable », du « traitement national » et de la « nation la plus favorisée », qui figurent dans presque tous ces traités, cet étroit maillage fonctionne comme un système de vases communicants permettant aux politiques néolibérales de circuler librement à l'échelle mondiale et de pénétrer au cœur des Etats où elles désintègrent les économies nationales et génèrent de graves dommages sociaux.

Tout cela implique la primauté des intérêts du capital sur les droits démocratiques et humains des peuples. Acquérant ainsi le statut de régime juridique obligatoire, les politiques de libéralisation et de privatisation en ressortent consolidées. Qui plus est, au travers de tels accords et traités, ces politiques ont tendance à **devenir irréversibles.**

C'est la consécration d'une sorte de droit féodal ou corporatiste qui s'accompagne d'un fort système coercitif pour garantir son application : amendes, pressions et sanctions économiques, diplomatiques et militaires.

Pour régler les différends entre les parties, divers « tribunaux arbitraux » ont été créés en marge du système judiciaire de droit public national et international. Parmi eux, il y a lieu de signaler tout spécialement ceux qui se sont constitués au sein du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, ICSID en anglais), un organisme de la Banque mondiale¹. Comme mentionné précédemment, font partie de ce système des accords internationaux, régionaux et sous-régionaux aussi bien que bilatéraux.

A) Les traités commerciaux internationaux

Fondamentalement, ce sont ceux conclus sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) : l'Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ASPIC) ; l'Accord relatif aux textiles et aux vêtements (ATV) ; l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS).

B) Les accords régionaux et sous-régionaux

Il y a lieu de signaler ici l'Accord de libre-échange nord-américain (**ALENA**, NAFTA en anglais) entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, en vigueur depuis 1994 ; l'Accord de libre échange centre-américain (ALECA, **CAFTA** en anglais)² et d'autres structures régionales comme l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE, **ASEAN** en anglais)³.

L'initiative d'une Zone de libre-échange des Etats-Unis et du Moyen-Orient (**MEFTA** en anglais) s'inscrit dans la perspective de constituer à l'horizon 2013-2014 un traité unique de libre-échange entre les Etats-Unis et tous les pays situés entre le Sahara occidental et l'Iran. Comme dans le cas du plan pour un Traité USA-ASEAN, l'idée est de poursuivre la construction du traité pas à pas, des fondations au sommet. Cela signifie faire pression sur tous les pays pour qu'ils se conforment à une série graduelle de conditions nécessaires : devenir membre de l'OMC, puis signer un Accord-cadre sur le commerce et l'investissement (**TIFA**, en anglais) avant de finalement conclure un traité bilatéral relatif aux investissements et/ou à un traité de libre-échange. Les pays que les Etats-Unis ont en ligne de mire pour qu'ils adhèrent au MEFTA sont l'Algérie, le Bahreïn, l'Egypte, l'Iran, l'Irak, Israël, la Jordanie, le Koweït, le Liban, la Libye, le Maroc, Oman, le Qatar, l'Arabie Saoudite, la Syrie, la Tunisie et le Yémen.

1 A l'OMC, un autre tribunal est en fonction: l'Organe de règlement des différends (ORD).

2 Le CAFTA est un Accord de libre-échange signé entre les Etats-Unis, d'une part, et le Salvador, le Honduras, le Guatemala, le Nicaragua et le Costa Rica, d'autre part. La République dominicaine a négocié son entrée dans l'Accord, devenu dès lors CAFTA RD, et l'a ratifié en 2005. Panama ne fait pas partie du CAFTA et a négocié séparément un traité commercial avec les Etats-Unis qui fut signé en juillet 2007. Mais le Congrès des Etats-Unis a gelé sa ratification.

3 Les gouvernements membres de l'ASEAN ont négocié un traité avec l'Australie et la Nouvelle Zélande (l'AANFTA) prévoyant un marché régional commun pour 2015 et comprenant tous les secteurs, y compris les biens, les services, les investissements et la propriété intellectuelle. Le syndicat des textiles vestimentaires et chaussures de l'Australie s'oppose à cet Accord à cause de l'impact de la future libéralisation du commerce sur ces secteurs productifs et sur les travailleurs australiens ainsi que sur le chapitre des droits humains en ce qui concerne la Birmanie.

Le projet du MEFTA est en compétition directe avec les plans de l'Union Européenne en vue d'établir une zone de libre échange avec les pays du Sud de la Méditerranée (la zone de libre-échange euro-méditerranéenne, **EMFTA** en anglais).

L'Association européenne de libre-échange (**AELE**), dont font partie l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse, a signé des traités bilatéraux avec le Chili (2003), Israël (1992), la Jordanie (2001), la Corée du Sud (2005), le Liban (2004), le Mexique (2000), le Maroc (1997), l'Autorité Palestinienne (1998), la Turquie (1991), Singapour (2002), la Tunisie (2004), l'Union douanière d'Afrique australe (2006), l'Égypte (2007), le Canada (2007), le Gulf Cooperation Council-GCC (2008), la Colombie (2008) et le Pérou (2008) et elle est en train de négocier un ALE avec l'Inde, la Thaïlande, l'Algérie et le Pakistan⁴. Tous les pays membres de l'AELE n'approuvent pas toujours ces traités. Par exemple la Norvège a rejeté celui avec la Colombie alors que la Suisse l'a approuvé.

L'Union européenne en a déjà signé plusieurs et elle est en train de négocier d'autres accords régionaux d'association économique (Accords de partenariat économique, **APE**) avec des pays de diverses régions du monde. L'UE, dans ses propositions d'accords commerciaux, exige des pays du Sud qu'ils ouvrent leurs marchés aux entreprises européennes, menaçant ainsi les emplois, les industries et les services publics des nations plus pauvres.

Par exemple, les conventions de préférences commerciales dites désormais réciproques dans le cadre du Pacte de Cotonou, entre l'UE et le groupe de 77 pays qui étaient des territoires coloniaux européens en Afrique, aux Caraïbes et dans le Pacifique (ACP), élimineront les taxes sur les produits d'importation et faciliteront pour les pays de l'UE la vente de produits subventionnés.

Deux organisations non gouvernementales, Traidcraft de Grande Bretagne et Eco-News Africa du Kenya, signalèrent dans une déclaration intitulée « EPAs: Through the Lens of Kenya » (les Accord de partenariat économique [APE] vus du Kenya), publiée en septembre 2005, que la détérioration du secteur manufacturier, la pauvreté croissante et le chômage dans des pays comme le Kenya doivent être sérieusement pris en considération avant de signer ces conventions, ajoutant que la libéralisation économique et commerciale de ces dernières années dans ce pays africain avait provoqué des « situations extrêmes », y compris des indicateurs élevés de criminalité et de prostitution, la détérioration de l'éducation et des suicides et que le nombre de personnes pauvres avait augmenté de 11 à 17 millions, plus de la moitié de la population du Kenya⁵.

En ce qui concerne les négociations de l'Union européenne avec des pays d'Amérique latine et des Caraïbes, la Déclaration finale du Sommet social des peuples « Enlazando Alternativas » tenu à Lima du 13 au 16 mai 2008 dit entre autres choses :

« ... nous rejetons le projet d'Accord d'Association, proposé par l'Union Européenne et approuvé par plusieurs gouvernements latino-américains et caribéens, qui ne visent qu'à intensifier et perpétuer l'actuel système de domination qui a fait tant de mal à nos peuples. La stratégie de l'Union Européenne, 'Europe globale, celle de la concurrence dans le monde', suppose le perfectionnement des politiques de compétitivité et de croissance économique qui cherchent à gonfler le carnet de commandes de leurs

4 Plus d'information sur les traités commerciaux sur : www.bilaterals.org.

5 *Reports exposes impact of free trade deals*, www.traidcraft.co.uk/template2.asp?pageID=1867

transnationales et à approfondir les politiques néolibérales, incompatibles avec le discours sur le changement climatique, la réduction de la pauvreté et la cohésion sociale. Bien qu'on essaie de camoufler leur nature en incluant des notions de coopération et de dialogue politique, l'essence du projet est d'ouvrir les marchés des capitaux, des biens et des services, de protéger l'investissement étranger et de réduire la capacité de l'Etat à promouvoir le développement économique et social. »⁶

Pour éviter de lui faire connaître le même sort que celui rencontré par le Projet de traité constitutionnel européen, qui dut être mis de côté à cause de son refus dans les pays où il fut soumis à référendum, tous les pays évitèrent la consultation populaire lors d'un second essai et le Traité de Lisbonne, qui remplaça le Projet de traité constitutionnel fut approuvé dans tous les pays par voie parlementaire, sauf en Irlande où il fut soumis à référendum parce que sa Constitution le stipulait. Refusé en juin 2008, il fut approuvé lors d'un nouveau référendum en octobre 2009. C'est de cette manière que le Traité de Lisbonne entra en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

Excepté quelques changements institutionnels positifs (augmentation de certaines prérogatives, plutôt formelles, du Parlement européen concernant certains aspects des facultés souveraines des Etats nationaux), le nouveau Traité ne modifie en rien l'orientation dominante du Projet de traité constitutionnel instaurant une normativité et une pratique des institutions européennes peu démocratiques et au service du grand capital.

C) Les traités commerciaux bilatéraux (plus de 2000 en vigueur dans le monde)

Ces traités sont peu connus de l'opinion publique, beaucoup d'entre eux ayant été passés à l'abri des regards ***et s'avèrent encore plus préjudiciables pour les droits des peuples que les traités internationaux ou régionaux en vigueur ou en projet.***

Les lois nationales sur les investissements étrangers viennent compléter les traités commerciaux internationaux, régionaux et bilatéraux. Elles ouvrent, presque sans limitation aucune, les portes aux investissements étrangers auxquels elles offrent le « traitement national » et ne laissent saufs que quelques rares secteurs de l'économie qui varient d'un pays à l'autre. En général, elles n'opposent aucune limitation ou obstacle au rapatriement des bénéfices à l'extérieur. Elles ne cherchent pas davantage à garantir un apport technologique à l'économie nationale ni ne comportent des « conditions à respecter ».

6 Traduction complète sur : www.enlazandoalternativas.org/spip.php?article194. L'Alliance bolivarienne pour les Amériques (ALBA, ce qui signifie l'aube en espagnol) est un projet lancé afin de s'opposer à l'ALCA initiée par les Etats-Unis. Issue d'accords initiaux forgés entre les gouvernements du Venezuela et de Cuba en décembre 2004, l'ALBA vise à promouvoir l'intégration régionale de l'Amérique latine et des Caraïbes basée sur des valeurs et des objectifs opposés à l'hégémonie des grandes puissances. Le Traité de commerce des peuples (TCP) est considéré comme le bras commercial de l'ALBA. C'est un effort visant à mettre en déroute les traités bilatéraux de libre-échange que le gouvernement des Etats-Unis a imposé en Amérique latine. Le TCP a pour objectif de promouvoir le commerce dans la région sous l'égide des principes de solidarité, de coopération et de complémentarité. Il fut lancé en mai 2006. Ont intégré l'ALBA-TCP : Antigua et Barbuda, Bolivie, Cuba, Dominique, Equateur, Nicaragua, Saint-Vincent et les Grenadines et Venezuela.

II. LES DIFFÉRENTS TRAITÉS BILATÉRAUX

Les traités bilatéraux comprennent fondamentalement des traités de promotion et de protection des investissements étrangers, de libre-échange, de droits de propriété intellectuelle, de coopération et de sciences et technologie.

Ces traités sont le résultat d'une tactique des centres du pouvoir économique-politique planétaire, particulièrement des Etats-Unis d'Amérique, consistant à négocier un à un avec des gouvernements faibles et/ou corrompus enclins à céder.

Dans le cas de l'Amérique latine et des Caraïbes, les Etats-Unis ont choisi en premier la voie rapide d'un seul traité continental pour soumettre tout le continent à leurs desseins en se basant sur le précédent Accord de libre-échange nord-américain entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique (ALENA, NAFTA en anglais), à savoir la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA, ALCA en espagnol). Ce projet d'accord continental a été négocié depuis 1994 sans la participation des peuples ni celle des parlements, mais divers groupes de mouvements sociaux lancèrent l'alarme en expliquant les conséquences néfastes pour les droits des peuples du continent qui entraînerait l'approbation de l'ALCA⁷. Cela contribua à ce que divers gouvernements manifestèrent leur résistance face à ce projet, bien qu'il ne s'agissait pas d'une authentique opposition et qu'ils continuèrent à parler d'obtenir un « bon » ALCA, ce qui équivaut à parler d'un « bon » cancer.

Ce qui est sûr c'est que le projet de l'ALCA est en hibernation. Les Etats-unis choisirent une autre méthodologie consistant à négocier séparément des traités bilatéraux et sous-régionaux, comme ils le faisaient dans d'autres régions du monde.

Examinons brièvement les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers (TPPI), les accords bilatéraux de libre-échange (ALE) et les accords bilatéraux en matière de propriété intellectuelle.

A) Les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers (TPPI)

Ces traités, appelés aussi APPRI (Accords de promotion et de protection *réciproque* des investissements), ont précédé les traités bilatéraux de libre-échange. On en compte plus d'un millier en vigueur à l'échelle mondiale. Ils sont conclus entre Etats mais les droits qu'ils prévoient sont attribués à des particuliers et ils contiennent des dispositions relatives au mécanisme de résolution des controverses pouvant surgir à propos des investissements entre l'investisseur étranger et l'Etat récepteur des ces investissements. Le non-respect de n'importe quelle obligation stipulée par un TPPI entraîne la responsabilité internationale de l'Etat récepteur pour les dommages occasionnés à l'investisseur. La nouveauté de ces dispositifs tient à ce que la procédure pour obtenir une compensation de l'Etat récepteur s'écarte du Droit international classique.

Dans le Droit international classique, ce n'est pas l'investisseur qui dispose d'un accès direct au tribunal mais c'est l'Etat national dont il relève qui prend en charge la plainte en se servant de la protection diplomatique. En vertu de la doctrine Calvo

7 L'approbation de l'ALCA aurait affecté les droits des travailleurs, des petits paysans, du petit commerce, le droit à la culture et à l'éducation, à la santé, à un environnement sain, à l'accès à l'eau, etc. Lire à ce propos *Mobilisations des peuples contre l'ALCA-ZLEA. Traité\$ de libre-échange aux Amériques*, éd. CETIM, février 2005. Ceci peut se déduire du même type de projet et après un bilan de dix ans d'application de l'Accord de libre-échange entre les Etats-Unis d'Amérique, le Canada et le Mexique (NAFTA-ALENA) qui est d'une facture semblable à celle de l'ALCA.

(voir chapitre V.C), une telle procédure ne peut avoir lieu qu'une fois que l'investisseur qui se dit lésé a épuisé les recours administratifs et judiciaires en vigueur dans la législation nationale de l'Etat qu'il prétend poursuivre.

Dans le système des TPPI, il en va autrement : on y admet l'accès direct des investisseurs étrangers à l'instance arbitrale internationale afin d'exposer leur différend avec l'Etat récepteur de l'investissement, selon les conditions prévues par le traité. Même lorsque l'investisseur étranger est actionnaire minoritaire de l'entreprise portant la nationalité de l'Etat récepteur, il peut recourir au tribunal arbitral s'il considère que ses intérêts ont été lésés⁸.

De même, il peut arriver qu'une entreprise investisseuse déplace de façon fictive son siège d'un pays à un autre afin de pouvoir invoquer un traité bilatéral qui s'avère plus favorable à ses prétentions. C'est ce que fit Aguas del Tunari (conglomérat formé de International Waters, Abengoa de Servicios Urbanos de España et des associés minoritaires boliviens) pour poursuivre l'Etat bolivien lorsqu'il fut expulsé de Cochabamba. Aguas del Tunari introduit la demande sous le couvert du Traité bilatéral sur les investissements entre la Bolivie et la Hollande, signé en 1992, en dépit du fait que l'actionnaire majoritaire de Aguas del Tunari était International Waters, société créée par Bechtel des Etats-Unis et Edison d'Italie. Aguas del Tunari transféra son domicile en Hollande uniquement pour pouvoir entamer son procès contre la Bolivie en invoquant le traité entre la Bolivie et la Hollande. Aguas del Tunari ne possédait qu'une boîte postale à Amsterdam, suite à un transfert douteux et possiblement illégal des Iles Caïman en Hollande durant les derniers jours de novembre 1999.

C'est l'une des manières selon lesquelles les traités bilatéraux peuvent être invoqués par des sociétés transnationales qui n'ont leur siège dans aucun des Etats parties au traité⁹. L'autre consiste en ce qu'une entreprise avec siège dans un pays A invoque contre un pays B un traité que ce dernier a signé avec un pays C qui l'avantage plus que celui conclu entre A et B, en application du principe de « la nation la plus favorisée ».

Ces grandes entreprises agissent comme les pirates qui battent n'importe quel pavillon afin de prendre au dépourvu leurs prises.

Autre privilège de l'investisseur : c'est lui qui choisit la juridiction. Selon l'article VII, alinéas 2 et 3(a) i) du TPPI entre l'Argentine et les Etats-Unis, en cas de différend entre un investisseur et l'Etat, s'il n'y a pas d'arrangement à l'amiable, ***c'est la société ou le ressortissant national impliqué, et non l'Etat, qui choisit la juridiction.*** La même disposition figure à l'article VIII, alinéas 2 et 3 du TPPI entre l'Argentine et la France.

De plus et pour ainsi dire comme conséquence inéluctable, l'investisseur n'est pas obligé d'épuiser les recours internes, administratifs et judiciaires, comme c'est la règle existant en général pour accéder aux instances internationales.

8 Par exemple, en mai 2005 le tribunal arbitral CIRDI a admis la demande présentée en août 2001 contre l'Etat argentin para CMS Energy, actionnaire minoritaire de la compagnie Transportadora de Gas del Norte (TGN).

9 Autre exemple : l'Aéroport Development Corporation, basée à Montréal, a invoqué le traité bilatéral sur les investissements entre Chypre et la Hongrie lors du conflit qui l'opposait à la Hongrie pour la construction et l'exploitation d'un terminal à l'aéroport de Budapest. Bien que le Canada avait signé un traité bilatéral avec la Hongrie, les investisseurs opérèrent par l'intermédiaire d'entreprises subalternes chypriotes ce qui leur a permis d'invoquer le traité entre Chypre et la Hongrie parce que ses dispositions s'avéraient plus favorables que celles du traité entre le Canada et la Hongrie.

Il peut même arriver que l'investisseur recourt au tribunal arbitral international comme instance d'appel contre un jugement des tribunaux de l'Etat récepteur. Ce fut le cas « Haas et Calmark Comercial » au cours duquel, invoquant l'article 11 de l'ALENA, celui-ci demanda la formation d'un tribunal arbitral après avoir perdu devant les tribunaux mexicains un procès l'opposant à ses associés locaux¹⁰.

Cette relation asymétrique qu'établissent les TPPI (le mot **réciproque** contenu dans le sigle APPRI est totalement trompeur, puisque la règle générale qui régit ces traités est que seule l'entreprise peut poursuivre l'Etat pour non-respect du traité mais que ce dernier ne peut pas poursuivre l'entreprise) est au bénéfice exclusif des grandes entreprises des pays les plus industrialisés et au détriment des Etats peu développés¹¹.

Voyons quels sont les principes contenus dans les TPPI en vigueur :

1. Les investissements étrangers jouissent toujours du traitement le plus favorable, même si cela n'est pas prévu dans le TPPI lui-même, mais dans d'autres traités ou normes. Le non-respect du traitement le plus favorable engage la responsabilité de l'Etat récepteur et celui-ci est exigible au moyen des procédures (en général un tribunal arbitral) prévues dans le traité lui-même.

Cela signifie que dans tous les cas le traitement le plus favorable sera accordé à l'investissement, indépendamment du statut (national ou international) de la norme qui offre des conditions plus avantageuses aux investissements.

2. Traitement national. Tout avantage concédé aux investisseurs nationaux doit être accordé aux investisseurs étrangers. Les investisseurs nationaux ne peuvent pas bénéficier d'une aide quelconque de l'Etat, car cela impliquerait la violation de l'égalité de traitement entre les investisseurs nationaux et étrangers.

3. Clause de la « nation la plus favorisée ». Les avantages que s'accordent mutuellement deux Etats dans un traité bilatéral s'étendent automatiquement aux traités que ces derniers concluent avec d'autres Etats lorsque la clause de « la nation la plus favorisée » est comprise. Il faut noter que cette clause existe dans presque tous, si ce n'est dans tous les traités bilatéraux.

10 Cité par Rodrigo Pizarro, économiste dans : *Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de inversiones : las restricciones a las políticas públicas*, Ed. Fondation Terram, N°21, octobre 2003, www.clasecontraclase.cl/scripts/downloadDocs.php?id=52

11 C'est de cette manière qu'a été attribué aux entreprises privées le même statut hiérarchique institutionnel, voire supérieur, que celui dont disposent la majorité des Etats nationaux. On a ainsi laissé de côté le principe fondamental selon lequel les personnes juridiques de droit public, comme l'Etat national, sont qualitativement distinctes des personnes juridiques de droit privé. Les premières se situent en-dessus du droit privé parce que, comme le disaient déjà les Romains de l'Antiquité, ils constituent le « pacte commun » de la République. Les personnes juridiques publiques sont le résultat, tout au moins en théorie, du « contrat social » rousseauiste, trouvant son fondement dans la souveraineté populaire, l'expression de la volonté générale. *Maintenir de façon nette la différence entre personnes juridiques publiques, expression de la volonté générale, et personnes juridiques privées, qui expriment les intérêts particuliers d'individus ou de groupes, est fondamental pour l'existence d'une société démocratique. Abolir les frontières entre les deux conduit à la prédominance des politiques des corporations ou entités dominantes minoritaires, au détriment de l'intérêt général, théoriquement représenté par les personnes juridiques publiques, et à miner les fondements de la démocratie.*

On peut consulter à ce propos : Mariana Herz, « Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, MERCOSUR mediante, al ALCA y la OMC », en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 7, www.reei.org

4. Absence allant jusqu'à l'interdiction de conditions à respecter. Les conditions à respecter (appelées parfois « exigences de performance » ou « prescriptions de résultats ») consistent à exiger de l'investisseur, pour autoriser l'investissement, des conduites déterminées destinées à protéger l'économie nationale : utiliser autant que possible des matières premières nationales, exporter une partie de la production pour augmenter l'entrée de devises, etc. **Ces conditions ne figurent pas dans les TPPI et dans certains cas elles sont expressément interdites**, comme dans le traité entre l'Argentine et les Etats-Unis et celui entre le Canada et l'Uruguay. Dans certains cas, la situation de l'Etat récepteur est pire que celle prévalant dans les TRIMs (sigle anglais pour désigner l'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce [de biens], l'Accord sur les MIC), conclu dans le cadre de l'OMC qui interdit la présence de conditions à respecter uniquement en ce qui concerne le commerce de biens. Par exemple, le traité entre le Canada et l'Uruguay étend cette interdiction de conditions à respecter aux services et au transfert de technologie. De telle sorte que, dans ce cadre, l'Etat récepteur ne peut exiger de l'investisseur qu'il transmette le savoir-faire (*know how*) à ses associés locaux ou aux travailleurs locaux. C'est dire que, dans ce cas, il n'y a aucune acquisition de technologie par l'Etat récepteur.

5. Les TPPI comprennent des clauses prévoyant l'indemnisation en cas d'expropriation ou « d'autres mesures d'effet équivalent ». Cette dernière formule, ambiguë, permet d'exiger l'indemnisation en cas de mesures adoptés par l'Etat récepteur qui « privent l'investisseur des bénéfices qu'il pourrait raisonnablement espérer », comme l'a dit le tribunal arbitral dans le cas « Metalclad contre le Mexique » dans le cadre de l'ALENA¹².

6. Compensations. Les TPPI prévoient la compensation pour des pertes qui se produisent pour une variété de causes, parmi lesquelles la perte de gains futurs ou espérés comme cela été signalé dans le point précédant.

7. Autorisation sans restriction de transferts à l'étranger. Les TPPI prévoient le transfert à l'extérieur du capital, des bénéfices, des rémunérations, des royalties, des honoraires perçus pour des consultations, etc., de manière non-restrictive en devises librement convertibles¹³.

12 En 1996, l'entreprise états-unienne Metalclad a poursuivi le gouvernement mexicain pour violation du chapitre 11 du ALENA quand le gouvernement de San Luis Potosi a interdit à ladite entreprise d'ouvrir un dépôt de produits toxiques. Suivant les normes du TLC, le non-octroi du permis d'ouvrir une décharge fut considérée comme un acte d'« expropriation » et le gouvernement mexicain a dû payer à Metalclad une indemnisation de 16,7 millions de dollars. On peut consulter la sentence arbitrale du cas « Metalclad Corporation contre les Etats-Unis du Mexique » (cas No ARB(AF) 97/1) sur : www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf. Cette sentence est très instructive car le contenu de l'ALENA est très semblable à beaucoup de TPPI en vigueur et à d'autres ALE en projet ou déjà en vigueur. Les interprétations du tribunal arbitral dans le cas Metalclad peuvent donner une idée du degré de subordination économique, sociale, politique et institutionnelle à laquelle les Etats qui signent de tels traités sont soumis. Il faut dire que le gouvernement fédéral mexicain a autorisé, par servilité et irresponsabilité, l'installation de la décharge et que ce fut le gouvernement local qui, par la suite, s'y est opposé ce qui affaiblit la situation juridique de l'Etat mexicain dans le procès arbitral. Le gouvernement mexicain n'objecta pas davantage le fait que les procédures internes n'avaient pas été épuisées (voir le paragraphe 100 de la sentence).

13 En Amérique latine et dans les Caraïbes, l'Argentine a signé 54 TPPI durant la décennie 1990 et son Parlement les a ratifié tous ou presque tous ; le Brésil en a signé 14 mais ratifié aucun ; le Chili en a signé 45 ; la Colombie en a signé plusieurs, dont avec la France, l'Espagne, le Pérou, le Chili, Cuba et la Suisse ; Costa Rica et le Mexique en ont signé 11 ; Cuba en a signé 62 entre 1993 et 2002, la plupart avec des pays peu développés, mais également avec l'Italie, l'Espagne, la Grande-Bretagne, l'Allemagne, la Hollande, l'Autriche, la Chine et la Russie ; le Pérou en a signé 22, l'Uruguay 24 et le Venezuela 22.

B) Les accords bilatéraux de libre-échange (ALE)

A la suite du processus mis en œuvre avec les TPPI, beaucoup de pays ont signé ou sont en train de négocier des accords bilatéraux de libre-échange avec les Etats-Unis et l'Union européenne. En particulier en ce qui concerne les Etats-Unis, dire « sont en train de négocier » est une façon de parler. En réalité, il s'agit d'apposer sa signature sur un contrat d'adhésion à un accord type préparé que leur soumettent les Etats-Unis et la négociation consiste à tenter d'introduire quelques retouches formelles à l'accord type états-unien¹⁴. L'Union européenne suit à cet égard les traces des Etats-Unis.

En Amérique latine, il y a eu des négociations conjointes entre la Colombie, l'Equateur et le Pérou pour conclure un ALE avec les Etats-Unis. Mais, en décembre 2005, le Président du Pérou a décidé de signer séparément l'ALE avec les Etats-Unis qui fut ratifié par le Parlement péruvien en juin 2006. La Colombie, de son côté, a signé un ALE en novembre 2006. Cependant, suite à la décision de la majorité démocrate, le Congrès des Etats-Unis maintient « congelée » la ratification de l'ALE avec la Colombie en raison de problèmes liés aux droits humains et de questions relevant du droit du travail. Cette situation perdure en février 2010. L'Equateur n'a pas signé l'ALE avec les Etats-Unis, décision qui fut confirmée par le Président Correa en avril 2009. **En mai de la même année, le Président Correa fit part de sa préoccupation pour la tournure néolibérale que prenait la négociation commerciale avec l'Union européenne et dit que son pays, à la différence de la Colombie et du Pérou, n'acceptera pas un traité de libre-échange avec l'Union européenne.**

Pour donner une idée de ce que signifient ces traités commerciaux bilatéraux, il sera procédé ici à l'analyse de l'ALE Chili/Etats-Unis de manière générale et de certains contenus de quelques autres accords : ceux de la Corée du Sud avec les Etats-Unis, du Maroc avec les Etats-Unis et de l'Union européenne avec l'Inde, en cours de négociation.

L'ALE Chili/Etats-Unis

Le noyau du Traité est le chapitre 10, qui comporte trois sections. La Section A comprend les articles 10.1 à 10.13 qui se réfèrent aux investissements, la Section B, articles 10.14 à 10.26, qui concernent la résolution des controverses entre investisseurs et l'Etat, et la Section C, dont le seul article est le 10.27 qui contient les définitions de quelques termes de ce chapitre.

14 Le traité bilatéral type des Etats-Unis est basé sur le *Trade Act* promulgué par le Président Bush en août 2002 qui établit la *Bipartisan Trade Promotion Authority* (Autorité bipartite pour la promotion du commerce) connue également comme la « voie rapide pour conclure des traités commerciaux » (*Fast track*) qui attribuait pendant cinq années, soit jusqu'en juillet 2007, de larges pouvoirs au Président, au nom de la sécurité nationale, de la liberté et des intérêts des Etats-Unis, pour conclure des traités commerciaux que le Congrès pouvait approuver ou refuser, mais pas modifier. Dans les points 1 et 2 (b-Recommendations) de la section 2101 du titre XXI, la loi dit : « L'expansion du commerce international est vitale pour la sécurité nationale des États-Unis. Le commerce extérieur est un élément critique pour la croissance économique, la puissance et le leadership des Etats-Unis dans le monde. La sécurité nationale des Etats-Unis dépend de leur sécurité économique qui, à son tour, repose sur une base industrielle vivante et en développement. L'expansion du commerce a été le moteur de la croissance économique. Les accords commerciaux maximalisent les opportunités pour les secteurs critiques et les composants essentiels de l'économie des États-Unis, comme la technologie de l'information, les télécommunications et autres technologies d'avant-garde, les industries de base, les biens d'équipements, les équipements médicaux, les services, l'agriculture, la technologie de l'environnement et la propriété intellectuelle. Le commerce créera de nouvelles opportunités pour les États-Unis et préservera la force incomparable des Etats-Unis dans les affaires économiques, politiques et militaires. » [Trad. DIAL] En juillet 2007, le Congrès n'a pas renouvelé ces pouvoirs accordés au Président.

En vertu de l'article 10.5.3, le Chili peut imposer des mesures administratives, environnementales, sanitaires, de localisation de la production à un investissement provenant de *n'importe quel pays du monde*, mais seulement et uniquement lorsque ces restrictions ne s'appliquent pas de manière arbitraire ou injustifiée ou ne constituent pas une restriction cachée, contre le commerce ou les investissements internationaux. Cela signifie qu'un investisseur d'un quelconque pays peut acheter un terrain ou obtenir une concession sur une mine abandonnée du désert chilien, pour y déposer des déchets nucléaires, et que le Chili ne pourra pas l'empêcher parce qu'il pourrait être poursuivi pour restriction cachée au commerce ou aux investissements internationaux.

Aucune autorité chilienne n'aura le pouvoir de décision en cas de conflit avec un investisseur étranger sur une disposition quelconque de ce chapitre. Seuls des tribunaux arbitraux internationaux auront la compétence de résoudre ces différends.

L'article 10.12, qui concerne aussi les investisseurs du monde entier, établit qu'une Partie, en l'occurrence le Chili ou les Etats-Unis, pourra maintenir et faire exécuter n'importe quelle mesure qui soit compatible avec ce chapitre pour garantir que les activités d'investissement dans son territoire s'effectuent en prenant en compte les *inquiétudes* en matière environnementale. Il est question de prendre en compte les inquiétudes, mais il n'est pas dit que le Chili pourra refuser un investissement qui affecte la préservation de l'environnement. Le fait que l'Etat chilien ne puisse pas empêcher un investissement qui ne respecte pas l'environnement viole l'alinéa 8 de l'article 19 de la Constitution chilienne qui stipule : « le droit de vivre dans un environnement exempt de contamination. C'est le devoir de l'Etat de veiller à ce que ce droit ne soit pas affecté et d'exercer sa pleine autorité sur la préservation de la nature. » [Trad. CETIM]. Ce qui est curieux c'est que le gouvernement chilien a renoncé à son obligation constitutionnelle de préserver l'environnement non seulement à l'encontre des investisseurs de l'Etat partie, les Etats-Unis, mais encore de ceux d'Etats indéterminés qui ne sont pas partie au Traité¹⁵.

Les autres articles de ce chapitre concernent uniquement les investisseurs des Etats-Unis. L'article 10.9 (Expropriation et indemnisation) stipule que le Chili « n'expropriera ni ne nationalisera un investissement couvert, directement ou indirectement, par des mesures équivalentes à l'expropriation ou à la nationalisation » à moins que ce soit pour des motifs d'utilité publique, que cela se fasse de manière non discriminatoire et moyennant le paiement d'une indemnité à la valeur du marché. Les investissements « couverts » se réfèrent aux investissements des Etats-Unis déjà existants au Chili qui ne pourront être touchés par des mesures prises par le Chili considérées équivalentes à une expropriation. Pour sa part, l'article 23.3.6 du chapitre 23 (Exceptions) stipule que: « les articles 10.9 (Expropriation et indemnisation) et 10.15 (Soumission d'une réclamation à arbitrage) s'appliqueront à une mesure fiscale dont il est allégué qu'elle constitue une expropriation ou une violation d'un accord d'investissement ou une autorisation d'investissement. » (Souigné par l'auteur)

Cela veut dire que le Chili se trouverait dans l'impossibilité de procéder à des modifications dans la fiscalité qui toucheraient à des investisseurs états-uniens sous peine d'être poursuivi devant un tribunal arbitral international pour avoir pris des mesures qui peuvent être considérées « expropriatrices ».

15 Sur l'interprétation totalement restrictive des « clauses environnementales » on peut se référer au jugement arbitral Metalclad, paragraphe 96, 98, 109 et 111. Voir la note 12.

Selon l'article 10.9, l'augmentation des royalties que l'investisseur doit payer à l'Etat récepteur de l'investissement peut également être considérée comme une mesure équivalente à une expropriation.

En relation avec la résolution de différends, l'article 10.15 stipule que le demandeur pourra soumettre à arbitrage une réclamation si la partie défenderesse a violé une autorisation ou un accord d'investissement. Il résulte de cet article que l'Etat chilien ne peut être que la partie défenderesse mais jamais la partie demanderesse, même à considérer qu'un investisseur ne respecte pas les dispositions de ce traité. Plus démonstratif encore de cette inégalité devant la loi, l'article 10.27 appelé « Définitions », qui définit précisément quelle est la partie défenderesse dans un différend et qui désigne celle-là seulement comme étant les Etats signataires d'un traité. Quel que soit le différend surgissant en relation avec ce Traité, les tribunaux chiliens n'auront aucune compétence : Seuls en disposeront les tribunaux arbitraux internationaux, composés de trois arbitres, le premier chilien, le deuxième ressortissant de l'autre partie contractante et le troisième de nationalité distincte. Le droit qui s'applique dans ces procédures est le droit international coutumier et non les lois chiliennes, ce qui déroge tacitement à l'article 16 du Code civil chilien qui stipule : « les biens situés au Chili sont assujettis aux lois chiliennes, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili ». Mais, selon le Traité, les litiges qui se produisent entre des sociétés états-uniennes établies au Chili et, par extension (articles 10.5 et 10.12), des sociétés étrangères d'une quelconque autre nationalité établies au Chili ne sont pas régis par les lois chiliennes, contrairement à ce que dispose l'article 16 du Code civil.

L'ALE Corée du Sud/Etats-Unis

Les Etats-Unis fixèrent quatre pré-requis que le gouvernement coréen a dû satisfaire comme condition pour commencer les négociations d'un ALE. Ces quatre pré-conditions étaient :

- suspendre les réglementations relatives aux prix des médicaments, de telle manière que les entreprises pharmaceutiques états-uniennes puissent tirer davantage de gains sur le marché sud-coréen (condition remplie en octobre 2005) ;
- modérer les réglementations gouvernementales sur les émissions de gaz par les automobiles importées des Etats-Unis de sorte que plus de voitures de cette origine puissent être vendues en Corée du Sud (condition satisfaite en novembre 2005) ;
- autoriser à nouveau les importations de viande bovine états-unienne qui avaient été suspendues en 2003 suite aux premiers signes de maladie de Creutzfeld-Jacob (« vaches folles ») qui avaient été enregistrés aux Etats-Unis (condition accordée en janvier 2006) ;
- réduire la part de jours obligatoires durant lesquels les salles de cinéma devaient montrer des films sud-coréens de 146 jours à 73 par année de sorte qu'elles puissent projeter davantage de films états-uniens (condition remplie en janvier 2006).

Une fois que l'administration sud-coréenne eut cédé et accepté ces conditions, les négociations purent avancer jusqu'à la signature du Traité en 2007.

Un accord parallèle fixa des règles spécifiques en ce qui concerne la manière dont la Corée du Sud devait ouvrir plus largement son marché aux importations de viande

bovine états-unienne malgré les protestations multiples de la population très préoccupée par les conséquences sanitaires de cet accord.

L'ALE Maroc/Etats-Unis

Cet Accord fut approuvé par le Congrès états-unien en juillet 2004 et par le Parlement marocain en janvier 2005.

L'accord avec le Maroc fut présenté par le gouvernement états-unien comme le premier pas vers un ALE à large échelle avec le Moyen-Orient. Tout accord régional de ce type synthétiserait les lignes principales de la politique des Etats-Unis au Moyen-Orient : « démocratiser » les gouvernements des pays arabes, ouvrir ces derniers à la pénétration des Etats-Unis et neutraliser toute hostilité éventuelle contre l'Etat d'Israël. Le Maroc constitue actuellement un associé complaisant dans ce processus. L'Accord contient une vaste gamme de thèmes sensibles : l'ouverture du marché marocain aux importations de blé des Etats-Unis, des règles d'origine pour les exportations de textiles marocains aux Etats-Unis, les prix des médicaments, etc.

Au Maroc, divers groupes sociaux, politiques et du monde des arts, de l'agriculture et de la communauté scientifique, y compris quelques regroupements d'entrepreneurs industriels se mobilisèrent autour d'une série de problèmes que posait l'ALE. L'un d'entre eux était l'accès aux médicaments qui serait entravé par les normes de l'accord relatives aux droits de propriété intellectuelle. Un autre touchait à l'érosion du pluralisme culturel et la menace imminente de transfert des moyens de communication marocains et d'autres secteurs de la culture à Walt Disney, la Voix de l'Amérique et CNN. Un autre problème de nature plus générale fut le refus constant que l'administration marocaine opposa aux exigences de consultation, de débat et de participation qui lui étaient adressées ainsi que sa sourde oreille face à tout questionnement – que celui-ci provienne de la rue (les protestations des activistes contre le SIDA et des producteurs de films furent violemment réprimées). Au Parlement, les partis d'opposition durent organiser leur propres auditions sur le projet de traité avec les ONG et le secteur entrepreneurial.

Après deux ans d'application de l'ALE, la balance commerciale positive des Etats-Unis avec le Maroc a augmenté de façon exponentielle, passant de 85 millions de dollars US en 2005 à presque 735 millions en 2007.

L'ALE Inde/Union européenne, en cours de négociation

L'UE est en train de négocier depuis 2007 un accord de libre-échange avec l'Inde.

Divers désaccords subsistent entre les deux parties.

Par exemple, le gouvernement indien veut que l'UE adoucisse ses critères stricts en matière d'innocuité des aliments, qui pénalisent les exportations agricoles et halieutiques de l'Inde, et qu'elle facilite l'entrée de professionnels indiens sur le marché du travail européen. L'UE a pour points de mire d'obtenir un meilleur accès au marché indien des services et une ample libéralisation des investissements étrangers, tandis que l'Inde ne veut même pas discuter d'autoriser les entreprises européennes à se porter concurrentes sur les marchés et achats publics indiens.

Fin avril 2010, l'organisation humanitaire Médecins sans frontières (MSF) a demandé à l'UE et à l'Inde de retirer de l'Accord tout élément qui pourrait introduire une restriction à la production de médicaments génériques. Selon MSF, l'UE veut que l'Accord contiennent certaines dispositions relatives à la propriété intellectuelle qui pourraient restreindre la production et l'exportation par l'Inde de médicaments

génériques. De son côté, un porte-parole de la Commission européenne (CE) a affirmé [le 2 mai 2010] que « l'UE s'engage pleinement à garantir que les personnes dans les pays les plus pauvres aient accès à des médicaments abordables. » MSF a indiqué que l'accord pourrait comprendre des dispositions qui étendraient la validité d'un brevet bien au-delà de vingt ans « ce qui renforcerait le monopole du titulaire du brevet et empêcherait ainsi que les génériques lui fassent concurrence. »

C) Les accords bilatéraux en matière de propriété intellectuelle

L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, TRIPS en anglais) est très critiqué et avec raison. Mais il existe une série d'accords bilatéraux sur le même thème qui aggravent les dispositions de l'ADPIC. Raison pour laquelle on les appelle les « TRIPS-plus ». Par exemple, l'ADPIC admet la possibilité d'exclure du système des brevets les êtres vivants, bien que l'article 27, 3 b) de celui-ci dise : « Toutefois, les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. » Il ne précise pas ce que veut dire un « un système *sui generis* efficace ». Ainsi, l'ADPIC laisse de toute façon la porte ouverte pour le brevetage de variétés végétales.

Mais la majorité des accords bilatéraux en matière de propriété intellectuelle oblige les signataires à adhérer à l'UPOV (Union internationale pour la protection des obtentions végétales) qui n'est pas mentionnée dans l'ADPIC. L'UPOV a été créée par une convention adoptée en 1961 dont les membres étaient, jusqu'en 1994, uniquement les pays du Nord et l'Afrique du Sud. Mais, depuis lors, les pays du Sud commencèrent également à y adhérer. La convention accorde une grande latitude pour breveter des plantes et expose les agriculteurs, pour pouvoir continuer à ensemercer et cultiver, à devoir payer des droits toujours plus élevés aux grandes sociétés transnationales spécialisées dans le génie génétique et dans la biopiraterie¹⁶. Comme le droit traditionnel concernant les brevets implique que l'objet du brevet soit une invention, ce qui exclut les organismes vivants qu'on trouve dans la nature, l'UPOV a consacré ce qui est appelé les « droits de l'obtenteur » en référence aux variétés végétales nouvelles obtenues par différents moyens, dont les croisements ou les manipulations génétiques. C'est ainsi qu'avec les traités bilatéraux, qui dans leur majorité obligent à adhérer à l'UPOV, les agriculteurs se voient supprimer leur droit fondamental de garder des semences ou de les échanger avec d'autres agriculteurs en vue des semences suivantes si ces dernières sont protégées par l'enregistrement d'un « droit de l'obtenteur »¹⁷.

Au Chapitre IV.F) de ce cahier et dans ALE Inde-Union européenne en cours de négociation (voir plus haut) on peut voir des exemples de comment un usage abusif des droits de propriété intellectuelle sur les médicaments peuvent constituer des violations du droit à la santé¹⁸.

16 La biopiraterie (ou biopiratage) est l'appropriation de connaissances biomédicales autochtones, par le biais de brevets, par des firmes privées du génie génétique sans compensation pour les groupes autochtones qui ont initialement développé ces connaissances. A partir des années 1980, certains industriels de la pharmacie ou de l'agriculture se sont appropriés un droit exclusif sur des gènes du génome humain, des plantes, etc. (cf. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Biopiraterie>).

17 Lire Silvia Ribeiro, « Campesinos, biodiversidad y nuevas formas de privatización » in *América Latina en Movimiento*, février 2004: <http://alainet.org/revista.phtml>

Trad. raccourcie de l'article sur : www.mdes.org/Parc-du-Sud-les-enjeux-caches.html?57.html

18 Voir aussi la brochure du CETIM intitulée *Le droit à la santé*, mai 2006, http://cetim.ch/fr/publications_brochures.php

III. LES TRIBUNAUX ARBITRAUX INTERNATIONAUX

Le droit corporatiste ou néo-féodal des sociétés transnationales – constitué, entre autres, par les accords bilatéraux de libre-échange, de promotion et de protection des investissements étrangers ou de la propriété intellectuelle – se voit complété par des juridictions spécifiques : les tribunaux arbitraux internationaux.

L'acceptation de leur juridiction dans les traités bilatéraux et régionaux implique, comme on le verra, la renonciation à un attribut essentiel de la souveraineté : la compétence territoriale des tribunaux nationaux.

A) Le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

Parmi les tribunaux arbitraux, ceux qui se constituent au sein du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, ICSID en anglais) jouent un rôle prépondérant. Le CIRDI est membre du Groupe de la Banque mondiale et son Président est d'office le Président de la Banque mondiale, comme le stipule le règlement du CIRDI. En juillet 2010, 155 Etats avaient signé la Convention du CIRDI et 144 d'entre eux l'avaient ratifiée.

Le CIRDI, avec le manque d'objectivité et d'impartialité inhérent à la Banque mondiale, aide à la constitution des tribunaux arbitraux internationaux qui traitent les différends entre les sociétés transnationales et les Etats qui acceptent de se soumettre à cette procédure. **Les Etats, en acceptant cette juridiction pour traiter les conflits se retrouvent en infériorité de conditions avec des entreprises privées, renoncent du même coup à une prérogative fondamentale de la souveraineté, à savoir la compétence territoriale de leurs tribunaux nationaux. Nous disons en infériorité de conditions car la règle générale, qui résulte des accords bilatéraux de libre-échange, est que seule l'entreprise peut dénoncer l'Etat pour son non-respect, mais que ce dernier ne peut pas faire de même à son égard.** (Voir plus haut l'analyse de l'ALE Chili/Etats-Unis)

Le site internet de la Banque mondiale présente le CIRDI ainsi :

A propos de sa fonction : « *La Convention du CIRDI fournit le cadre procédural de base pour des conciliations et arbitrages en cas de controverses survenant entre un pays membre et des investisseurs qui remplissent les conditions de ressortissants nationaux d'un autre pays membre.* » « *Arbitrage et conciliation sous l'égide de la Convention sont entièrement volontaires mais, une fois que les parties ont donné leur consentement, aucune ne peut le retirer unilatéralement.* » « *La Convention exige aussi que tous les Etats membres, qu'ils soient ou non parties à la controverse, reconnaissent et appliquent le règlement arbitral rendu sous l'égide de la Convention CIRDI.* » « *A part de fournir des facilités pour des conciliations et des arbitrages sous l'égide de ladite Convention, le Centre dispose, depuis 1978, d'un ensemble de règles de facilitation supplémentaires autorisant le Secrétariat du CIRDI à administrer certains types de procédures entre les Etats et des entités étrangères qui se trouvent hors cadre de la Convention.* Cela inclut (...) : *Des procédures de conciliation et d'arbitrage entre des parties dont au moins l'une est un Etat-membre ou un ressortissant national d'un Etat-membre pour le règlement de controverses qui ne sont pas directement liées à un investissement.* » « *Les activités supplémentaires du CIRDI dans le domaine du règlement de controverses ont inclus **l'acceptation par le Secrétaire***

général du CIRDI d'agir comme autorité désignatrice des arbitres dans une procédure d'arbitrage (y c. non-institutionnelle). »¹⁹

Il y a lieu de signaler les énormes attributions, soulignées dans le paragraphe précédent, qui sont accordées au Secrétaire général du CIRDI.

Manifestement les tribunaux arbitraux constitués dans le cadre du CIRDI manquent d'indépendance puisque, sur trois arbitres, deux représentent de fait les intérêts de l'entreprise : l'arbitre nommé par l'entreprise et le Président du tribunal qui, lorsqu'il n'y a pas d'accord entre les parties, ce qui arrive pratiquement toujours, est nommé par le Président du Conseil d'administration du CIRDI (art. 38 des statuts du CIRDI) qui n'est autre que le Président de la Banque mondiale.

Les tribunaux arbitraux du CIRDI sont constitués de cas en cas. Pour le Tribunal arbitral il n'y a pas, en principe d'autres source légale que l'Accord bilatéral, dont la violation fait l'objet du litige, et le Règlement du CIRDI. D'autres sentences de tribunaux, arbitraux ou non, ne sont pas prises en compte et les lois et la Constitution nationale, la Déclaration universelle et les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ne le sont pas davantage. La Convention de Washington de 1965, qui créa le CIRDI, ainsi que le règlement de ce dernier, ne font aucune allusion aux droits humains. Les accords commerciaux bilatéraux ne le font pas davantage (à l'exception de quelques rares cas et de manière très limitée et ambiguë). Cela veut dire que, si on a accepté les règles du jeu du CIRDI et des accords commerciaux bilatéraux, il ne reste aucun espace pour invoquer les droits humains devant un tribunal arbitral constitué en vertu de tels instruments. Les tribunaux arbitraux du CIRDI ont refusé de façon réitérée les invocations relatives aux droits humains avancées par des Etats défendeurs, **mais ils ont accepté les arguments des investisseurs en faveur du « droit humain à la propriété »²⁰**.

Les procès sont tenus à huis-clos et leur déroulement ainsi que, dans beaucoup de cas, la sentence arbitrale elle-même ne sont pas accessibles à l'opinion publique²¹. Bien que la majorité de ces procès touchent à des questions d'intérêt général, la confidentialité est presque toujours de règle.

Le Président du Tribunal arbitral, qui doit sa nomination au Président de la Banque mondiale, a partie liée avec les intérêts de l'entreprise en litige. En effet, la Banque mondiale elle-même représente ces intérêts pour deux raisons principales : la première, c'est que dans la quasi totalité des opérations d'investissement étranger

19 Cf. <http://www.worldbank.org/icsid>

20 Des exemples parmi beaucoup d'autres, les cas Tecmed c/Mexique, Azurix c/Argentine et CMS Gas Transmission c/Argentine. Voir Luke Eric Peterson, « Les rapports entre droits humains et traités d'investissement » in *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement*, Ed. Droits et Démocratie, chapitre 2, 2009, http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-FREN.pdf

21 **Cas pendants au CIRDI (octobre 2009)** : Entreprises demandeuses contre des Etats : 120 cas / État demandeur contre des entreprises : 1 cas

Cas par région et/ou par continent : Amérique du Nord : 3 ; Amérique centrale : 10 ; Amérique du Sud : 51 ; Caraïbes : 1 / Afrique : 18 / Asie : 13 / Europe : 24 / Océanie : 1 (unique cas où un gouvernement est demandeur face à une entreprise)

Liste des pays avec des demandes à leur encontre au CIRDI (avec nombre de demande) : Argentine : 30 / Equateur, Venezuela et Ukraine : 6 / Roumanie et Egypte : 5 / Géorgie et Kazakhstan : 4 / Costa Rica, Bolivie, Turquie et République centrafricaine : 3 / Mexique, El Salvador, Guatemala, Honduras, Chili, Paraguay, Pérou, Hongrie, Macédoine, Jordanie et Gabon : 2 / Canada, Panama, Grenade, Allemagne, Slovaquie, Bangladesh, Cambodge, Philippines, Liban, Sri Lanka, Turkménistan, Yémen, Algérie, Ghana, Nigeria, République togolaise, Sénégal, Afrique du Sud, Tanzanie et Tunisie : 1.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases#>

privé, la Banque mondiale intervient d'une manière ou d'une autre, que ce soit par ses conseils, par financement ou par toute autre voie. La seconde, c'est que le gros du capital dont dispose la Banque mondiale afin de réaliser ses opérations (400 000 millions sur 500 000, soit 80% des fonds qu'elle a géré depuis sa fondation) a été apporté par des investisseurs privés et seuls 100 000 millions, soit 20%, l'ont été par les Etats²².

En d'autres termes, la Banque mondiale est essentiellement un gestionnaire du capital privé en ce qui concerne les investissements à l'étranger. De sorte que, ledit capital peut compter sur la partialité en sa faveur des tribunaux du CIRDI, un organisme de la Banque mondiale, quand il se trouve en litige avec les Etats.

Il peut même arriver que le Président de la Banque mondiale, quand il nomme le Président du Tribunal arbitral, ne respecte pas le dernier paragraphe de l'article 38 des Statuts du CIRDI qui stipule que: « *Les arbitres nommés par le Président conformément aux dispositions du présent article ne doivent pas être ressortissants de l'Etat contractant partie au différend ou de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend.* »²³

Par exemple, dans le cas Aguas del Tunari (Bechtel) contre la Bolivie, a été nommé Président du Tribunal arbitral M. David D. Caron, citoyen états-unien, soit quelqu'un ayant la même nationalité que Bechtel.

La Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965 (la Convention de Washington), qui a créé le CIRDI, a été élaborée par la Banque mondiale. Durant la discussion à ce propos, les Etats latino-américains et des Caraïbes, fidèles à cette époque à la doctrine Calvo (voir plus bas, point V.C), s'opposèrent **unanimentement** à la création d'un tribunal international pour régler les conflits entre les Etats et les investisseurs étrangers²⁴.

Depuis, dans cette région, comme dans le reste du monde, un virage néolibéral a eu lieu et, aujourd'hui, la majorité des Etats de la planète font partie du CIRDI et, parmi eux, la majorité des Etats latino-américains et des Caraïbes²⁵. Beaucoup d'Etats

22 Cf. Financements de la Banque mondiale, <http://go.worldbank.org/WKAQFX4330>

23 Cf. Convention du CIRDI, http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf

24 Le délégué chilien, Félix Ruiz, exprima cette opposition au nom de tous les pays latino-américains, Bulletin de presse de la Banque mondiale du 9 sept. 1964. Donnée extraite de l'ouvrage de Gonzalo Biggs, *La crisis de la deuda latinoamericana frente a los precedentes históricos*, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales, 1987, page 77.

25 Depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, il est apparu en Amérique latine et dans les Caraïbes une série de mouvements et de gouvernements ayant des orientations nationalistes, agraires et anti-impérialistes avec des niveaux de cohérence et d'approfondissement divers. Arévalo et Arbenz au Guatemala (1945-1954), la révolution entamée par le Mouvement nationaliste révolutionnaire en Bolivie en 1952, le péronisme de la première période en Argentine (1945-51); la Révolution cubaine en 1959; Goulart au Brésil (1961-64), la Révolution sandiniste au Nicaragua (1979-90), le Gouvernement de Allende au Chili (1970-73), etc. Tous ces mouvements, sauf la révolution cubaine, échouèrent du fait de leurs propres inconséquences, de la pression économique et de l'intervention militaire directe (invasion) ou indirecte, par le biais d'appuis logistique à des coups d'Etat ou à des activités armées contre-révolutionnaires, de la part des Etats-Unis. Cette succession de hauts et de bas des mouvements populaires accompagne plus ou moins approximativement les politiques que les divers Etats de la région adoptent face aux investissements étrangers. Cela se reflète dans les lois nationales actuellement en vigueur à ce sujet, franchement libérales à l'égard des investissements étrangers et qui ignorent complètement la protection de l'intérêt national. Cela se retrouve également dans les décisions successives, consacrées par l'accord de Cartagène, dans le cadre du Pacte andin, qui initièrent le cours devenu régressif et le changement d'attitude que, depuis l'exemplaire Décision 24 de 1970, la grande majorité des Etats de la région ont entamé face aux Tribunaux arbitraux internationaux, concrètement face au CIRDI et qui se retrouve, au cours des dernières dix ou quinze années, dans les énormes concessions faites à l'égard de pouvoir économique transnational dans les traités commerciaux bilatéraux. Il faut dire que le relatif et disparate changement positif qui se manifeste dans la région, suite à la vague réactionnaire des années 1980-90, ne se manifeste que peu ou pas du tout au plan normatif, que ce soit en matière de lois sur les investissements étrangers, d'accords bilatéraux ou dans l'attitude face au CIRDI, à l'exception de la Bolivie et de l'Equateur.

d'Amérique latine et d'autres régions ont également adhéré à l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI, MIGA en anglais)²⁶.

Dans la région latino-américaine et caribéenne, seul le Brésil, Cuba et le Mexique n'ont pas signé la CIRDI et la République dominicaine ne l'a pas ratifié jusqu'à aujourd'hui.

En mai 2007, la Bolivie, le Nicaragua et le Venezuela ont annoncé leur retrait du CIRDI, mais seule la Bolivie a communiqué son retrait de la Banque mondiale ce même mois de mai²⁷. Le Nicaragua et le Venezuela font toujours partie du CIRDI et ce dernier accepta sa juridiction dans le conflit qu'il a avec Exxon Mobil.

De son côté, le 6 juillet 2009, l'Equateur a communiqué officiellement à la Banque mondiale sa décision de se retirer du CIRDI.

Dans d'autres régions, il y a lieu de souligner que l'Inde n'est pas partie au CIRDI.

Il est nécessaire de signaler que la ratification de la Convention CIRDI **n'oblige pas** les Etats-parties à soumettre aux tribunaux arbitraux internationaux les différends qu'ils ont avec des investisseurs étrangers. En effet, le dernier paragraphe du Préambule de la Convention dit que : « *Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, dans des cas particuliers, sans son consentement* ».

La soumission à l'arbitrage international de litiges entre les Etats et les investisseurs étrangers fait partie des obligations stipulées dans les accords de protection et de promotion des investissements étrangers (TPPI), dans les accords de libre-échange et dans d'autres accords similaires.

Comme cela est dit dans un document de l'Equipe d'analyse du Ministère des relations extérieures et des cultes de Bolivie : « *Quant aux résultats, approximativement un tiers des cas traités par le CIRDI se terminent par des jugements en faveur des investisseurs et dans un autre tiers des cas les parties parviennent à un accord d'indemnisation hors du CIRDI. En résumé, dans la grande majorité des cas, ce sont les investisseurs qui gagnent. Pour leur part, les Etats ne gagnant jamais en réalité – le meilleur résultat qu'ils peuvent obtenir, étant donné qu'on est en présence d'un système univoque, est de ne pas perdre.* »²⁸ [Souligné par l'auteur]

26 L'AMGI a été établie le 12 avril 1988 en tant qu'organisme membre du Groupe de la Banque mondiale. Elle dispose d'un Règlement d'arbitrage pour les controverses relatives aux contrats de garantie (1990), www.miga.org

27 En décembre 2008, le Tribunal du CIRDI a suspendu jusqu'en 2010 la demande d'arbitrage introduite par Euro Telecom International (ETI), une entreprise à capitaux italiens et espagnols, concernant la nationalisation de l'Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) de Bolivie, pour examiner les observations du Gouvernement bolivien sur la compétence du CIRDI pour connaître ladite demande. Le tribunal arbitral accepta la question préliminaire présentée par la Bolivie de sorte que, durant 2009, celle-ci soit précisée, transmise et répondue. La Bolivie mit en question la compétence du tribunal du CIRDI, étant donné que l'entreprise transnationale avait présenté la demande presque six mois après que la Bolivie eut communiqué sa décision de se retirer du CIRDI, en mai 2007. La Bolivie soutient que l'interprétation correcte des articles 71 et 72 du Règlement du CIRDI est que celui-ci n'a plus de compétence dès lors que l'Etat a communiqué sa décision de se retirer. ETI, au contraire, soutient que le tribunal arbitral conserve sa juridiction encore pendant six mois à partir du moment où ce retrait a été communiqué. En admettant l'interprétation du Règlement du CIRDI la plus défavorable à la Bolivie, le retrait de ce pays du CIRDI prenait plein effet à partir du mois de novembre 2007. Néanmoins, le 12 avril 2010 le CIRDI a admis la demande d'arbitrage contre la Bolivie de Pan American Energy LLC (PAE), ex-actionnaire majoritaire de la pétrolière Chaco, nationalisée en 2009. Une preuve de plus de l'arbitraire avec lequel le CIRDI agit. Le Gouvernement de la Bolivie envoya immédiatement une note de protestation au Secrétariat de cet organisme de la Banque mondiale.

28 « Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado », in *¡Soberanía de los pueblos o intereses empresariales !*, Ed. Fundación Solón, REDES-Amigos de la Tierra Uruguay, Bolivie, 2008, <http://www.redes.org.uy/category/publicaciones/page/2/>

B) Autres tribunaux arbitraux internationaux

Parmi les autres tribunaux arbitraux internationaux, il y a la Cour permanente d'arbitrage (CPA), dont le siège est à La Haye, qui fut établie par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1899 et qui s'occupait originellement de la résolution des conflits entre Etats. Mais, dans les années 1960, elle adopta un règlement d'arbitrage des conflits entre les Etats et les particuliers et, en 1993, elle adopta le Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des litiges entre deux parties dont l'une seule est un Etat.

La Chambre de commerce internationale, fondée en 1919 et qui réunit les plus importantes entreprises de la planète, dispose d'une Cour internationale d'arbitrage qui s'occupe d'organiser des tribunaux arbitraux pour résoudre les conflits entre entreprises.

Une autre juridiction arbitrale est l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC, qui est en train de créer par voie de jurisprudence une normativité internationale qui échappe totalement au contrôle des Etats et qui ignore – comme le CIRDI – les normes de base du droit international en matière de droits humains.

La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI, UNCITRAL en anglais) fut créée en 1966 par la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations unies. Elle n'a pas pour fonction de créer ni de gérer des tribunaux arbitraux. En conformité avec son mandat, la CNUDCI doit prendre en considération dans son travail « les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en voie de développement, en favorisant un large développement du commerce international ». Les membres de la Commission représentent les diverses régions géographiques et sont élus par l'Assemblée générale en tenant « dûment compte de la représentation adéquate des principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que des pays développés et des pays en voie de développement ». Entre autres documents, la CNUDCI a élaboré un Règlement d'arbitrage en 1976 et un autre de Conciliation en 1980 dont l'Assemblée générale recommande l'utilisation dans nombre de ses résolutions.

IV. IMPACT DE CES TRAITÉS SUR LES DROITS HUMAINS

Il découle de ce qui a été dit jusqu'ici que ces accords ont un fort impact négatif sur les droits humains et des peuples, parmi lesquels :

A) Le droit à l'autodétermination des Etats et des peuples. Au motif de protéger les investisseurs contre les « expropriations indirectes » ou la perte de « gains attendus », les accords bilatéraux sont en train de subvertir le droit souverain des Etats récepteurs d'établir des politiques tributaires, salariales ou de protection sociale que les investisseurs pourraient considérer comme affectant leurs « gains attendus » et qui pourraient constituer des « expropriations indirectes ». De même, les Etats perdent avec ces traités leur faculté souveraine de régler les litiges survenus sur leur propre territoire devant leurs tribunaux nationaux.

B) Le droit au développement, entendu comme le droit des peuples de décider des options à suivre pour atteindre leur pleine réalisation économique, politique, sociale et culturelle, tant sur le plan individuel que collectif, sans interférences externes.

Dans le communiqué de presse présentant son Rapport sur le commerce et le développement de 2007, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED, UNCTAD en anglais) écrit ce qui suit à propos des traités commerciaux bilatéraux : « (...) On assiste à une prolifération d'accords de libre-échange bilatéraux et régionaux et d'accords commerciaux préférentiels, pour la plupart conclus entre pays développés et pays en développement. Ces accords imposent souvent aux gouvernements des pays en développement et des pays en transition des choix difficiles et leur coût peut être plus lourd que prévu. (...) De tels accords peuvent certes offrir des gains transitoires en termes d'accès aux marchés et d'accroissement de l'investissement étranger direct (IED), mais risquent aussi de limiter l'action des pouvoirs publics alors que ceux-ci peuvent jouer un rôle important dans le développement à moyen et à long terme d'industries compétitives. Les responsables des pays en développement devraient donc en examiner soigneusement les conséquences avant de les signer. (...) Les pays aujourd'hui industrialisés et les pays en développement qui ont enregistré une croissance économique spectaculaire ces dernières années ont commencé par protéger leurs industries naissantes, afin qu'elles puissent développer leurs capacités face à la concurrence internationale. En revanche (...), les accords de libre-échange ou les accords commerciaux préférentiels entre pays développés et pays en développement prévoient souvent une forte réduction des droits de douane sur les produits industriels, exposant ainsi les producteurs nationaux à une écrasante concurrence étrangère, ce qui peut empêcher les pays pauvres de développer leur secteur industriel. Ces accords tendent aussi à réduire la maîtrise de l'investissement étranger direct (IED) par les pays en développement. (...) Avec la multiplication de ce type d'accords, appelée parfois 'néorégionalisme', on s'écarte dangereusement du multilatéralisme. Ces accords contiennent souvent des dispositions qui vont au-delà des règles actuelles de l'OMC dans des domaines tels que l'investissement, les droits de propriété intellectuelle, la politique de la concurrence et les marchés publics. Ils peuvent aussi porter sur des questions qui ont été écartées des négociations multilatérales. En conséquence, nombre de ces dispositions limitent la possibilité pour les décideurs des pays en développement d'appliquer des politiques 'pro-actives' en matière d'industrialisation et de restructuration. (...) Les accords bilatéraux et régionaux [constituent une menace] pour la cohérence du système commercial multilatéral [et] peuvent compromettre les avantages qui découlent des arrangements de coopération régionale en vigueur entre les pays en développement. (...) Lorsqu'il s'interroge sur les avantages et les coûts économiques et sociaux que présenterait un accord de libre-échange régional ou bilatéral Nord-Sud, un pays en développement doit tenir compte non seulement de l'évolution de ses exportations et de ses importations que l'ouverture des marchés est susceptible d'entraîner et de l'accroissement de l'investissement étranger direct sur son territoire. Il doit aussi réfléchir aux conséquences qu'aura son engagement sur le plan des solutions et des instruments politiques à sa disposition pour poursuivre sa stratégie de développement à long terme. Au lieu de souscrire au 'néorégionalisme', le pays en question pourrait considérer d'autres domaines de coopération avec ses partenaires de la région se trouvant à un niveau similaire de développement économique, dans l'optique d'un régionalisme véritable. Il pourrait ainsi renforcer sa propre stratégie de développement et faciliter son intégration dans l'économie mondiale en exploitant les avantages de la proximité, de la convergence d'intérêts et de la complémentarité

économique. Si un pays en développement souhaite conclure un accord bilatéral avec un partenaire développé, c'est qu'il cherche à en obtenir des concessions que ce partenaire n'accorde pas à d'autres, particulièrement des débouchés plus faciles pour ses produits. Un accord de libre-échange Nord-Sud peut offrir à la partie en développement de nouvelles possibilités commerciales et attirer vers elle plus d'IED. Mais (...) cela ne correspond pas forcément à un progrès en terme de développement. Un accroissement des échanges et de l'IED n'est souhaitable que lorsqu'il favorise le développement et la restructuration. En échange d'un meilleur accès aux marchés, un pays en développement peut se voir obligé non seulement d'abandonner tout contrôle sur l'IDE mais également sur les marchés publics et il peut avoir à observer des règles plus strictes en matière de droits de propriété intellectuelle. Il peut également devoir procéder à une libéralisation plus large et plus profonde du commerce des biens et des services que ne le prévoient les accords de l'OMC. (...) Au contraire des négociations multilatérales, les négociations bilatérales créent un 'environnement concurrentiel de libéralisation', c'est-à-dire qu'un pays peut se sentir obligé de conclure un accord de libre-échange de peur de subir une perte de compétitivité par rapport aux autres pays en développement qui concluent un accord de libre-échange avec le même partenaire. Par ailleurs, les avantages qu'un pays en développement peut tirer de ces négociations sont limités par son pouvoir de négociation, en général plus faible (...). Il est souvent incapable d'exploiter pleinement les perspectives commerciales que lui offre l'accord de libre-échange parce que ses capacités d'offre et de commercialisation ainsi que sa compétitivité restent limitées, parce que les pays développés continuent de subventionner les secteurs 'sensibles' et parce que ses entreprises sont rarement en mesure de respecter les règles d'origine restrictives qui s'appliquent aux marchandises à exporter vers le partenaire développé. En outre, les préférences négociées par un pays en développement avec un partenaire développé peuvent rapidement se diluer si ce même partenaire conclut aussi des accords de libre-échange avec d'autres pays en développement. »²⁹ (Souligné par l'auteur)

C) Le droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et le droit – pour toute la population – d'avoir accès aux services publics essentiels.

Le cas de l'eau fait partie du processus d'accaparement des ressources naturelles par des sociétés transnationales et la privatisation des services publics essentiels. Le droit humain à l'eau est implicite dans les principaux instruments internationaux et il est explicitement cité au paragraphe 24 de l'Observation générale n°15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : « l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante. »

Les investissements étrangers dans le secteur des services d'eau potable et de l'assainissement ont donné lieu à, pour le moins, une douzaine de litiges devant les tribunaux arbitraux contre différents gouvernements. Dix de ces cas furent présentés contre l'Argentine et deux autres contre la Bolivie et la Tanzanie. Les gouvernements invoquèrent pour leur défense le droit humain à l'eau et les investisseurs (par exemple dans le cas Suez et autres c/Argentine) ont répondu que le droit humain à l'eau « ne s'applique pas » dans le cadre de l'arbitrage³⁰.

D) Le droit à un environnement sain. Il y a de nombreux cas dans différents pays d'exploitations minières qui produisent de graves dommages environnementaux mais

29 Cf. UNCTAD/PRESS/PR/2007/025, www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=8948&intItemID=1528&lang=2

30 Une analyse détaillée de ces cas peut être trouvée dans le document de Luke Eric Peterson cité à la note 20.

qui, si elles sont invitées à se retirer ou à investir dans des mesures destinées à protéger l'environnement, peuvent traîner l'Etat récepteur devant un tribunal arbitral international pour « expropriation indirecte » et/ou pour perte de « gains attendus ». Voir le cas Metalclad à la note 12.

E) Les droits du travail et sociaux. Comme on l'a signalé en point A), l'investisseur peut considérer qu'une augmentation de salaire ou un accroissement de l'apport de l'employeur à la sécurité sociale implique une perte de ses « gains espérés ». De plus les Etats récepteurs, aux fins d'attirer des investissements étrangers, leur offrent des conditions plus avantageuses en limitant et restreignant les droits du travail.

F) Le droit à la santé. Le Rapporteur spécial de l'ancienne Commission des droits de l'homme sur le droit à la santé, Paul Hunt, résume bien la question dans son rapport de mission au Pérou : « Lorsque le Rapporteur spécial réalisait sa mission, le Gouvernement du Pérou était en train de négocier un accord commercial bilatéral avec les Etats-Unis. Bien que l'accord puisse couvrir un large éventail de questions, le Rapporteur spécial s'est concentré au vu des objectifs du présent rapport sur l'impact possible de cet accord commercial sur l'accès aux médicaments essentiels au Pérou. Il se préoccupa du fait que l'accord commercial bilatéral puisse englober les restrictions OMC-plus, comme de nouvelles normes sur les brevets et l'inscription de règles qui empêchent l'accès des personnes vivant dans la pauvreté aux médicaments essentiels. »³¹

Les sociétés transnationales pharmaceutiques peuvent bloquer la diffusion des médicaments génériques en prolongeant la validité des brevets au-delà de 20 ans par l'introduction du critère de « nouvelles utilisations » des brevets. Cela veut dire qu'un médicament qui est actuellement utilisé pour traiter une maladie pourra bénéficier d'un nouveau monopole de 20 ans s'il est démontré qu'il est efficace pour traiter une autre maladie. Toujours dans le but de prolonger la validité des brevets, il arrive que des entreprises transnationales pharmaceutiques modifient quelques molécules de leur médicament existant, sans qu'il y ait une vraie invention. D'ailleurs, l'actuel Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur le droit à la santé a récemment exprimé ses vives préoccupations à la pratique consistant à « obtenir de nouveaux brevets sur un médicament breveté en y apportant des modifications mineures »³².

De plus, dans les accords bilatéraux que les Etats-Unis sont en train de négocier avec beaucoup de pays, ils peuvent demander la suppression du mécanisme des « licences obligatoires » – une des sauvegardes les plus importantes face aux règles de la propriété intellectuelle prévues par l'OMC – qui permet aux Etats de s'affranchir des barrières des brevets et de fabriquer ou d'acheter des médicaments génériques en cas d'urgence publique. Le droit des « licences obligatoires » est reconnu dans l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui furent renforcés par une déclaration lors de la IV^{ème} réunion ministérielle de l'OMC à Doha (Qatar) en novembre 2001. Les Etats-Unis s'opposèrent à cette sauvegarde de la santé publique et prétendent la réduire à une liste minimum de maladies. Lors de la Conférence sur

31 Trad. CETIM, Cf. E/CN.4/2005/51/Add.3, para. 47 et 48. On peut aussi consulter : Javier Llamaza, « Tratados comerciales y acceso a medicamentos en el Perú » en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, vol. 26, N°4, oct./déc. 2009.

32 Rapport annuel du Rapporteur spécial, Anand Grover, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/11/12, § 34, 31 mars 2009.

le SIDA, tenue à Bangkok en juillet 2004, cette grave restriction à la diffusion des médicaments génériques résultant des accords bilatéraux fut dénoncée.

Le droit à la santé peut également être affecté par la contamination de l'environnement provoqué, entre autres, par les activités minières, en particulier par celles réalisées à ciel ouvert.

G) Le droit à la sécurité alimentaire. Comme cela a été dit à la fin du Chapitre II, l'obligation toujours plus étendue faite aux agriculteurs (en payant des droits à chacune des semences) d'utiliser des semences génétiquement modifiées limite de manière importante la capacité productive de millions d'agriculteurs dans le monde entier. Les accords de commerce bilatéraux non seulement n'opposent aucune limite à cette pratique mais ils la facilitent.

Ces accords facilitent également le développement d'un phénomène qui, au cours de ces dernières années, est en train de prendre des proportions alarmantes, à savoir l'accaparement, par des sociétés transnationales ou par des fonds étatiques de pays étrangers, de terres agricoles en Amérique latine, en Afrique et en Asie, ce qui implique le déplacement des agriculteurs locaux. On estime à une quarantaine de millions d'hectares la superficie de terres agricoles ainsi appropriées.

En avril 2010, la Banque mondiale a organisé une conférence de deux jours pour traiter du problème de l'accaparement des terres. La Vía Campesina, FIAN, Land Research Action Network et GRAIN présentèrent une déclaration commune disant que l'initiative de la Banque mondiale servait uniquement à faciliter l'accaparement des terres et expliquèrent les raisons de cet accaparement. Ces organisations ainsi que d'autres dirent que la vraie solution de la question de l'alimentation du monde impliquait de soutenir l'agriculture paysanne, familiale et communautaire orientée vers les marchés locaux et régionaux plutôt que l'agriculture industrielle au profit de l'agrobusiness et du commerce global³³.

H) Le droit à la liberté d'expression et à l'identité culturelle. Ces accords bilatéraux ouvrent tout grand les portes des Etats aux monopoles internationaux de la communication et à leurs productions dites culturelles.

Par exemple, dans une loi sur les moyens de communication approuvée en octobre 2009 en Argentine, censée destinée à démocratiser la communication et empêcher l'existence de monopoles, il a été décidé de préciser, aux alinéas b) et c) de l'article 25, les limites à la participation du capital étranger. Dans la seconde partie de l'alinéa c) il est dit: « Les conditions fixées aux alinéas b) et c) ne seront pas applicables lorsque, selon des accords internationaux auxquels la Nation est partie, la réciprocité effective dans l'activité des services de communication audiovisuelle est stipulée. » [Trad. CETIM] Cela veut dire que les déclarations d'intention anti-monopolistiques de la loi se trouvent entravées par les accords commerciaux bilatéraux en vigueur.

L'accord bilatéral entre la Corée du Sud et les Etats-Unis fournit un exemple de la manière dont ces prétendus produits culturels s'imposent. Il y est en effet stipulé, comme déjà dit, une réduction du nombre obligatoire de jours durant lesquels les salles de cinéma doivent projeter des films sud-coréens, celui-ci passant de 146 jours à 73 par an de façon à ce qu'elles puissent projeter plus de films états-uniens.

³³ La déclaration LVC-FIAN-LRAN-GRAIN, ainsi que la liste des groupes qui l'appuyèrent, est disponible en arabe, espagnol, français et anglais sur : www.grain.org/o/?id=104

V. DIVERSES MANIÈRES DE SE LIBÉRER DE CES ACCORDS

Si la volonté politique de le faire est présente, il est possible de sortir du piège des accords bilatéraux de libre-échange et de promotion et de protection des investissements, de rétablir le droit public national et international et de défendre et promouvoir les droits humains. ***Jusqu'ici, pratiquement aucun Etat n'a utilisé, bien qu'il aurait pu le faire, quelques uns des mécanismes présentés ci-dessous pour se libérer de ces accords ou, pour le moins, pour les renégocier.***

A) Dénoncer les accords

Dénoncer les accords quand ils arrivent à leur terme afin d'éviter leur reconduction automatique. Mais, le début de l'entrée en vigueur d'un accord ou sa reconduction tacite peuvent être récents et dans ce cas le moment où il pourrait y être mis fin parce qu'il arrive à son terme peut être très éloigné. Cependant, en général, les accords comprennent un mécanisme de dénonciation qui peut être activé en tout temps durant la période de validité de l'accord ; les effets d'une telle dénonciation ne sont toutefois que suspensifs, c'est-à-dire qu'elle ne produit ses effets qu'après un certain laps de temps.

B) Invoquer la prééminence d'une norme hiérarchiquement supérieure

L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités précise : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

La Déclaration universelle des droits de l'homme, les Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et d'autres Traités et Conventions internationaux concernant les droits humains et l'environnement ont le caractère de normes impératives du droit international général qui ne peuvent être violés par d'autres traités ou accords internationaux sous peine de nullité de ces derniers.

C) Rétablir la compétence territoriale des tribunaux nationaux

Une clause de renonciation à la juridiction nationale en faveur des tribunaux arbitraux, pour gérer les conflits entre un investisseur particulier et l'Etat récepteur, est comprise dans de nombreux traités bilatéraux de commerce et d'investissements. C'est le cas pour l'ALENA-NAFTA (Accord de libre-échange nord-américain) et c'était le cas du projet de ZLEA (Zone de libre-échange des Amériques).

Cette renonciation implique l'abandon de la « doctrine Calvo », qui se base sur les principes de la souveraineté nationale, de l'égalité entre les citoyens nationaux et étrangers et la primauté de la juridiction territoriale. D'après la doctrine Calvo, les Etats souverains jouissent du droit de n'être soumis à aucune forme d'ingérence de la part d'autres Etats et les étrangers ont les mêmes droits que les nationaux. En cas de plaintes ou de réclamations, ils ont l'obligation d'épuiser tous les recours légaux devant les tribunaux locaux sans demander la protection et l'intervention diplomatique de leur pays d'origine.

La doctrine Calvo, formulée au XIX^{ème} siècle par le juriste argentin, est incorporée dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains (article 15), le Pacte de Bogota (article 7), la résolution 3171 du 17 décembre de 1973 de l'Assemblée générale des Nations Unies (Souveraineté permanente sur les ressources naturelles), paragraphe 3, et dans plusieurs constitutions nationales³⁴.

D) Effectuer le contrôle de constitutionnalité des traités

Les traités internationaux peuvent être soumis au contrôle de constitutionnalité pour que les tribunaux nationaux déterminent s'ils sont conformes à la partie de la constitution qui se réfère aux droits et garanties inscrits et plus particulièrement aux normes internationales des droits humains qui sont considérées *jus cogens* (normes impératives du droit international)³⁵.

E) Vérifier l'existence de vices de procédure et de fond lors de la conclusion et la ratification d'un traité, ce qui entraînerait sa nullité

Des vices de procédure lors de la ratification d'un traité peuvent entraîner sa nullité. C'est par exemple le cas lorsque la législation nationale prévoit le contrôle constitutionnel et que ce contrôle ne s'effectue pas.

Une autre cause de nullité d'un traité réside dans les vices de fond. Pour cela, il faut se référer à la section 2 (articles 46 à 53) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, s'intitulant Nullité des traités. Nous nous sommes déjà référés, dans le point B), à l'article 53 de la Convention de Vienne. D'après l'article 46 de cette même Convention, un traité peut être considéré comme nul s'il a été conclu en violation manifeste d'une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'une des parties à ce traité. Les articles 46 et 53 combinés pourraient entraîner la nullité du traité qui viole les droits et garanties fondamentaux consacrés dans la constitution de l'Etat concerné et les principales normes du droit international des droits humains, comme le droit à la santé, à l'alimentation, à un logement adéquat, à l'éducation, etc.

F) Invoquer la nullité d'un traité conclu par les autorités d'un Etat qui, par cet acte, ont violé leur mandat

Lorsque des autorités de l'Etat signent et ratifient un traité alors que des clauses de ce traité portent atteinte à la souveraineté dudit Etat et aux droits fondamentaux de son peuple, en plus de commettre de graves délits pouvant comprendre celui de la trahison, ces autorités violent leur propre mandat. Ce dernier consiste à exercer leurs fonctions d'après le cadre fixé par la constitution, les lois et les normes internationales fondamentales obligatoires pour tous les Etats.

34 Voir la constitution de l'Argentine (article 116), de la Bolivie (article 24), du Guatemala (article 29), du Salvador (articles 98 et 99), de l'Equateur (article 14), du Pérou (article 63.2), du Venezuela (article 151), etc.

35 En janvier 2005, le Conseil des Canadiens (Council of Canadians), l'Union des travailleurs postaux du Canada (Canadian Union of Postal Workers, CUPW) et le Comité sur les questions liées à la pauvreté (Charter Committee on Poverty Issues, CCPI) **dénoncèrent l'inconstitutionnalité de l'ALENA** devant un Tribunal de haute instance du Canada **pour avoir privé les tribunaux canadiens de la compétence que leur attribue la Constitution, entre autres choses, pour répondre aux demandes de investisseurs étrangers contre l'Etat**. Voir : www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/cupw_archive-en.asp et la déposition de Steven Shrybman présentée lors de l'Atelier international sur l'ALCA et les accords bilatéraux organisé par l'Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) à Bogota les 29 et 30 de mars 2005 et lire *Juicio al libre comercio. Aspectos jurídicos de los TLC*, in « El Otro Derecho », N°33, ILSA, décembre 2005, <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr033/elotrdr33-00.pdf>

Le traité pourra être considéré comme nul, car une de ses parties a violé son mandat et l'autre ne peut pas alléguer l'ignorance de ce fait pour soutenir la validité du traité, si la violation du mandat était manifeste.

Et plus spécialement :

G) Promouvoir des initiatives législatives populaires, des référendums révocatoires et/ou des actions judiciaires contre les accords déjà en vigueur ou en cours de négociation contraires à la souveraineté ou aux intérêts nationaux

Selon les pays, la consultation populaire est *obligatoire* ou *facultative*. A son tour, la consultation *obligatoire* peut-être *automatiquement* obligatoire, quand il est question d'un cas spécifiquement prévu dans la Constitution, ou obligatoire *mais associée* à des procédures déterminées qui sont uniquement mises en route lorsqu'une situation prédéfinie surgit (par exemple, un conflit entre l'exécutif et le congrès qui ne peut être résolu dans le cadre du système représentatif).

De leur côté, les **consultations facultatives** se divisent en deux groupes : a) quand leur initiative provient « *d'en haut* » (c'est-à-dire quand ce sont les organes d'Etat qui détiennent de façon exclusive le droit de lancer le mécanisme en question) et b) quand leur initiative provient « *d'en bas* », c'est-à-dire de la population en tant que telle. Dans le cas d'initiatives « d'en haut », celles-ci peuvent provenir de l'Exécutif, du Congrès ou des deux de façon coordonnée. Dans le cas d'initiatives « d'en bas », il est important de préciser quel est la barrière à franchir (pourcentage ou nombre minimum de signatures de citoyens) pour mettre en marche le mécanisme.

Par leur caractère, les résultats des consultations populaires peuvent être **contraignantes ou non** et, au cas où elles le sont, **avec ou sans l'exigence d'atteindre un quorum déterminé**. Par exemple, en Colombie l'article 103 de la Constitution stipule que : « Les mécanismes de participation du peuple dans l'exercice de sa souveraineté sont : le vote, le plébiscite, le référendum, la consultation populaire, le 'cabildo abierto' (Assemblée générale populaire), l'initiative législative et la révocation du mandat ». Et la loi 134 de 1994 régleme l'initiative populaire et normative, le référendum, le référendum probatoire et le référendum dérogatoire³⁶.

Quand on intente des actions judiciaires, la légitimation active, c'est-à-dire la capacité d'agir, le fait que celui ou ceux qui présentent la dénonciation peuvent prétendre être directement touché par l'acte dénoncé. C'est le fondement classique d'une action judiciaire : la lésion d'un droit subjectif. Si diverses personnes ont initié séparément l'action, elles peuvent demander le cumul de leur demandes en raison du fait que l'auteur du dommage est le même dans tous les cas.

Mais, récemment, la légitimation active s'est étendue à la défense des intérêts diffus, comme cela est stipulé, par exemple, à l'article 88 de la Constitution colombienne, 43 de la Constitution argentine et 42 du Code général de procédure judiciaire (Código General del Proceso, CGP) d'Uruguay. Le demandeur n'invoque pas en ce cas une lésion directe de ses droits subjectifs mais une lésion causée à une quantité indéterminée ou indéterminable de personnes.

³⁶ Voir : *Mesa de trabajo: las reformas sociales que Colombia necesita*, réalisée par de nombreuses organisations populaires : CUT, CGTD, CPC, Plataforma DESC, ILSA, ANUC, etc., novembre 2004.

Généralement, la défense d'intérêts diffus est invoquée quand il s'agit de dommages à l'environnement³⁷. Mais rien n'empêche d'appliquer cette institution quand il s'agit de violation d'autres droits fondamentaux de la collectivité en général ou d'une collectivité particulière³⁸.

Remerciements

Ce cahier est édité grâce à l'appui de l'Etat de Genève, de Pain pour le Prochain et d'Emmaüs International. Il s'inscrit dans le cadre du Programme Droits Humains du CETIM, lui-même soutenu (juillet 2010) par la Direction du développement et de la coopération - Suisse (DDC), par les Villes de Genève et de Lausanne, les Communes de Lancy et d'Onex et par Caritas Suisse.

Droit de reproduction

Il est disponible en français, anglais et espagnol.

Sa reproduction et/ou sa traduction dans d'autres langues sont non seulement autorisées mais encouragées, à la condition de mentionner l'édition originale et d'en informer le CETIM.

37 Sentence de la Cour suprême de la Province de Buenos Aires du 19 mars 2008 dans le cas « Spagnolo, César c/Municipalidad de Mercedes s/amparo ». Commenté par Pablo Peredo dans la Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, N° 17, avril 2009.

38 Sentence du jugement de première instance du contentieux administratif de Montevideo, Uruguay, dans le cas « Salle Lorier, Gustavo et autres c/Ministère de l'intérieur ». Dans ce cas deux avocats, Salle et Chimuris, ont déposé un recours à fin que « cessent les conditions inhumaines de ceux qui sont judiciairement privés de leur liberté » et que « soient protégés les droits humains des personnes qui sont ou vont être dans les centres pénitentiaires du pays. » [Trad. CETIM]. Dans ce cas, la légitimation active des avocats, dont les droits subjectifs n'étaient pas affectés, a été acceptée en faveur des personnes affectées sur le moment et de celles *qui pourraient être affectées à l'avenir*.