

Septembre 2016

# Le système juridictionnel des investissements mis à l'épreuve

*La nouvelle proposition européenne perpétuera les attaques contre la santé et l'environnement*

10 Est-ce que le SJI protège le droit de légiférer ?

Oui

Non

11 Est-ce que le SJI protège les législations sanitaires et environnementales de nouvelles attaques ?

Oui

Non





Rédactrices et rédacteur : Natacha Cingotti, Pia Eberhardt, Nelly Grotefendt, Cécilia Olivet et Scott Sinclair

Editrice : Helen Burley

Conceptrice : Karen Paalman

Traducteur: Christian Berdot

Publié par le Centre canadien de politiques alternatives, le Corporate Europe Observatory (observatoire européen des lobbies), les Amis de la Terre Europe, le Forum für Umwelt und Entwicklung (Forum pour l'Environnement et le Développement) et le Transnational Institute (TNI).

Amsterdam/Bruxelles/Berlin/Ottowa, septembre 2016

Le contenu de ce rapport peut être cité ou reproduit à des fins non commerciales, à condition que la source d'information soit clairement citée.

#### REMERCIEMENTS

---

Nous tenons à remercier Nathalie Bernasconi et Malte Marwedel pour leurs commentaires judicieux sur le brouillon de ce texte. Nous sommes aussi reconnaissants envers Nick Buxton, Paul de Clerck et Andrew Kennedy pour leur participation.

## Table des matières

Résumé	4
Introduction	7
Affaires judiciaires	
<b>Les grandes entreprises pétrolières pourraient-elles poursuivre des États membres si un projet d'oléoduc comme Keystone XL était abandonné?</b> Affaire TransCanada contre États-Unis	12
<b>Les grandes entreprises de tabac pourraient-elles poursuivre des États membres pour cause de législation anti-tabac?</b> Affaire Philip Morris contre Uruguay	17
<b>Les entreprises minières pourraient-elles poursuivre des États membres pour cause de moratoire sur la fracturation hydraulique?</b> Affaire Lone Pine contre Canada	22
<b>Les entreprises du secteur de l'énergie pourraient-elles poursuivre des États membres pour cause de normes de protection de l'environnement?</b> Affaire Vattenfall contre Allemagne	27
<b>Une compagnie minière pourrait-elle poursuivre des États membres à cause d'une étude d'impact sur l'environnement?</b> Affaire Bilcon contre Canada	31
Épreuve de démocratie: le projet de l'Union européenne octroyant des droits aux investisseurs est recalé	35

## Résumé

En octobre 2015, la Commissaire européenne pour le Commerce, Cécilia Malmström, présentait un projet conférant des droits considérables aux investisseurs étrangers dans tous les accords commerciaux à venir de l'Union européenne. Ce projet fut rendu public au moment même où les citoyens s'inquiétaient de plus en plus de l'inclusion du « Mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États » (RDIE ou ISDS en anglais) dans les accords de libre échange de l'Union européenne - Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement (TTIP ou plus communément TAFTA) et Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne. On a assisté, avec l'application de ce mécanisme dans de nombreux traités internationaux sur le commerce et l'investissement, à une envolée des procédures engagées par les entreprises contre les états qui prennent des mesures réglementaires pour protéger la santé, l'environnement et l'intérêt public.

La Commission a promis que sa nouvelle approche relative à la protection de l'investissement - fondée sur le projet de «Système juridictionnel des investissements» formulé lors des négociations du TAFTA – *«protègerait les droits des gouvernement à promulguer des lois et garantirait que les conflits commerciaux seraient jugés en stricte conformité avec l'Etat de droit»*. Par ailleurs, d'autres membres de la Commission ont promis que certains des cas les plus flagrants qui sont devenus emblématiques des torts et injustices du mécanisme RDIE, ne pourraient plus avoir lieu dans le système «réformé».

Ce rapport a voulu vérifier le bien fondé de ces promesses et a examiné cinq des affaires les plus controversées et emblématiques, engagées avec le mécanisme RDIE, ces dernières années.

### On compte, parmi ces affaires, les procédures engagées

- par Philip Morris contre l'Uruguay, portant sur l'introduction d'avertissements illustrés sur les paquets de cigarettes, et sur d'autres mesures de contrôle du tabac, afin de favoriser la santé publique ;
- par TransCanada contre les Etats-Unis, portant sur la décision d'Obama de rejeter l'oléoduc climatiques ;
- par Lone Pine contre le Canada, portant sur le moratoire préventif mis en place par le Québec sur la fracturation hydraulique ;
- par Vattenfall contre l'Allemagne, portant sur le fait que la ville de Hambourg impose des normes écologiques sur l'utilisation de l'eau dans une centrale thermique au charbon ;
- par Bilcon contre le Canada, portant sur une étude d'évaluation des risques qui a empêché la construction d'une importante carrière et d'un terminal maritime, dans un espace côtier écologiquement sensible.

Nous avons voulu vérifier si de telles affaires pourraient encore se produire dans le cadre du «Système juridictionnel des investissements» et comprendre si ce dernier représente vraiment un changement important par rapport aux injustices actuelles du mécanisme d'arbitrage RDIE ou si, comme de nombreux experts juridiques et porte-paroles de la société civile l'affirment, il ne s'agit pour la Commission européenne que d'un changement d'appellation.

**Une analyse attentive de chacun de ces cas controversés montre qu'ils pourraient tous encore être engagés sous le « Système juridictionnel des investissements », avec de bonnes chances d'obtenir gain de cause.** Rien dans la proposition n'empêche les entreprises de contester les décisions des

gouvernements de protéger la santé et l'environnement. Et rien n'empêche les arbitres de décider en faveur des entreprises et d'ordonner aux Etats de payer des milliards de compensation avec l'argent des contribuables, pour des mesures légitimes prises par les pouvoirs publics.

**En d'autres termes, si on analyse le « nouveau système - stipulant qu'une attente légitime », on constate qu'il est incapable d'empêcher qu'une de ces affaires controversées n'ait lieu à nouveau.**

**En outre, ce rapport a constaté les faits suivants :**

1. L'utilisation par la Commission de concepts généraux et vagues comme «*caractère manifestement arbitraire*» et «*traitement juste et équitable*», donne aux entreprises les mêmes possibilités de poursuivre les Etats devant des tribunaux d'arbitrage qu'avec le mécanisme RDIE actuel.
2. Dans le projet de la Commission, nombreux sont les qualificatifs et les restrictions qui - comme l'affirmation d'un droit des gouvernements à régler - sont mal définis et sujet à interprétation. La charge de la preuve incombe aux gouvernements qui doivent prouver que les mesures qu'ils prennent sont «*nécessaires*» et «*non discriminatoires*», et qu'ils poursuivent des objectifs «*légitimes*». Les entreprises ont, dans chacune des cinq affaires examinées, déjà argué du fait que les réglementations des gouvernements étaient illégitimes, arbitraires, excessives et discriminatoires (même s'il n'y avait pas de discrimination pour des raisons de nationalité). Elles pourraient faire de même avec le « Système juridictionnel des investissements ».
3. Au lieu de limiter ces prétentions inacceptables, le «Système juridictionnel des investissements» ouvre encore plus de possibilités d'arbitrage des conflits, car contrairement aux traités existants, il introduit explicitement la notion d'«*attentes légitimes*» des investisseurs. Dans les cinq affaires évoquées, les investisseurs soutenaient qu'il y avait atteinte à leurs attentes légitimes. Une fois encore, la prétendue restriction dans le nouveau système - comme quoi une attente légitime doit être précédée d'une «représentation spécifique» de l'Etat - est libellée de façon tellement vague que n'importe quelle mesure, action ou même indication verbale faite par un responsable du gouvernement, pourrait, selon l'investisseur, l'avoir incité à procéder à cet investissement ou à le maintenir.
4. Le droit des investisseurs à compensation pour la perte de (futurs) profits est conservé, ce qui renforce la probabilité d'affaires comme celle de TransCanada qui demande la somme exorbitante de 15 milliards de dollars de dédommagement pour la non construction d'un oléoduc. Dans le cadre de ce nouveau système, la seule exception qui empêche de façon spécifique que les investisseurs obtiennent des compensations porte sur des questions relatives aux aides de l'Etat, mais pas sur d'autres mesures prises par les pouvoirs publics. Cela montre qu'il n'y a jamais eu une intention réelle de protéger d'autres mesures réglementaires contre des indemnités financières écrasantes.
5. Le « Système juridictionnel des investissements » est truffé de qualificatifs mal définis et confère aux entreprises des droits étendus. Leur interprétation dépend toujours d'arbitres intéressés financièrement et qui ne remplissent pas les exigences requises pour des juges

publics et indépendants. Ces arbitres seront payés au cas, et les failles des exigences de l'Union européenne concernant les conflits d'intérêts, permettront à ce même groupe d'arbitres favorables aux entreprises de continuer à siéger dans les panels d'arbitrage. Des juges européens ont aussi conclu que les propositions du « Système juridictionnel des investissements » ne satisfont pas aux normes minimales requises pour une fonction judiciaire, telles que fixées dans la « Grande Charte européenne des juges » (Magna Carta) ou dans d'autres textes internationaux relatifs à l'indépendance des juges.

Chacune de ces affaires controversées pourrait encore se produire dans le cadre de cette approche prétendument réformée de l'Union européenne. Cela montre que la Commission européenne a été incapable d'écouter les millions de citoyens européens qui exigeaient que soit mis fin aux privilèges injustes des entreprises. Le règlement des différends investisseurs-Etats, quel que soit le nom qu'on lui donne, est un système anti-démocratique, dangereux, injuste et partial. Il est grand temps que la Commission européenne arrête sa campagne de relations publiques et de changement des appellations, et qu'elle commence à tracer un chemin vers des échanges commerciaux équitables. Pour cela, elle doit abandonner une fois pour toutes, l'arbitrage privé, à commencer par le CETA et le TAFTA, ainsi que dans les autres accords commerciaux de l'Union européenne.

## Introduction

Les Etats-Unis et l'Union européenne sont en train de négocier le Partenariat Transatlantique sur le commerce et l'investissement (TTIP ou plus communément TAFTA en France) qui va devenir le plus grand accord commercial de l'histoire<sup>1</sup>. Un des aspects les plus controversés de ces négociations concernait le projet de garantir aux investisseurs étrangers des droits spéciaux leur permettant de prétendre à des compensations financières de la part des gouvernements des pays hôtes, si jamais ces derniers introduisaient ultérieurement des modifications de leurs réglementations ayant un impact sur les profits escomptés par les entreprises.

On retrouve déjà ce système dit de règlement des différends entre Etats et investisseurs (RDIE) dans des centaines d'accords sur le commerce et l'investissement. Les entreprises l'ont utilisé partout dans le monde pour attaquer des réglementations d'intérêt public, allant de la protection de l'environnement aux mesures en faveur de la santé publique. Philip Morris, par exemple, a engagé des poursuites contre l'Uruguay à cause de la législation anti-tabac du pays et réclame 25 millions de dollars de compensation. Quant au concepteur d'oléoduc TransCanada, il vient juste d'annoncer qu'il a l'intention de poursuivre les Etats-Unis, suite à leur décision de ne pas construire l'oléoduc controversé de Keystone XL, et de réclamer 15 milliards de dollars de compensation.

La Commission européenne provoqua un tollé général lorsqu'elle annonça son intention d'ancrer dans le TAFTA des droits très étendus pour les investisseurs, et de leur donner ainsi la possibilité

**«Voilà la vraie question de fond... qui n'est pas posée dans le document de la consultation : mais pourquoi envisager d'inclure dans le TAFTA un arbitrage investisseurs-Etats ?»**

Contribution de 120 universitaires à la consultation de la Commission à propos des dispositions relatives au RDIE prévues dans le TAFTA<sup>4</sup>

d'attaquer des mesures fondamentales de protection des consommateurs, des salariés et de l'environnement. La Commission fut forcée de suspendre les négociations sur ce chapitre et d'organiser une consultation publique. Plus de 150 000 personnes y participèrent (participation sans précédent) et 97 % rejetèrent clairement l'inclusion de ce mécanisme, sous quelque forme que ce soit, dans le TAFTA.

En septembre 2015, Cecilia Malmström, la Commissaire européenne pour le Commerce reconnaissait que *«le mécanisme RDIE était actuellement l'acronyme le plus empoisonné en Europe»*<sup>2</sup>. Entre temps, Alfred de Zayas, l'expert indépendant des Nations Unies pour la promotion d'un ordre démocratique et équitable déclarait devant l'Assemblée générale des Nations Unies que *«Le système RDIE ne peut pas être réformé. Il doit être aboli»*<sup>3</sup>.

En réponse, la Commission signalait sa volonté de réformer le système RDIE.

En automne 2015, elle proposait un projet de «Système juridictionnel des investissements» (SJI en français ou ICS en anglais), présenté comme la réponse aux attaques scandaleuses des investisseurs menées grâce au système RDIE<sup>5</sup>. Le nouveau système SJI avait pour but de rassurer les citoyens que les droits accordés aux investisseurs ne pourraient pas entraver l'action des pouvoirs publics. Les principaux éléments du projet de Système juridictionnel des investissements ont déjà été inclus dans les accords

**«Avec ces modifications, nous nous sommes mis d'accord pour aligner complètement le CETA sur cette nouvelle politique de protection des investissements. Nous démontrons en particulier notre détermination à protéger le droit des gouvernements à légiférer et à garantir que les différends sur l'investissement seront jugés dans le total respect de l'Etat de droit.»**

Franz Timmermans, vice-président de la Commission européenne<sup>7</sup>

entre l'Union européenne et le Vietnam et entre le Canada et l'Union européenne (CETA)<sup>6</sup>.

Une partie des media et du personnel politique se félicita de ce nouveau projet qu'ils considéraient comme une avancée positive. Pour le président du Comité sur le commerce du Parlement européen, Bernd Lange, le projet proposé était «*la seule issue pour la politique commerciale de l'Union européenne et le coup de grâce pour le système RDIE*»<sup>8</sup>. Le quotidien allemand, Frankfurter Allgemeine Zeitung, écrivait que les réformes prouvaient que l'administration prenait au sérieux les inquiétudes des citoyens à propos des droits des investisseurs, car elles empêcheraient des plaintes contre les lois protégeant l'environnement, la santé et les consommateurs. Le journal affirmait : «*Par conséquent, une utilisation abusive du système de protection des investissements est impossible*»<sup>9</sup>.

## Derrière le «système juridictionnel des investissements» de l'Union européenne se cache le système RDIE affublé d'un autre nom

**On peut résumer les principaux défauts<sup>15</sup> du projet comme suit :**

- Le système juridictionnel des investissements (SJI) n'est pas une cour de justice : il est basé sur un modèle d'arbitrage. Il n'y a toujours pas de garanties fondamentales pour assurer un système juridique indépendant.
- Il conserve un traitement spécial pour les investisseurs étrangers sans aucune obligation en contrepartie, comme le respect des normes écologiques, sociales, sanitaires et de sécurité ou de toute autre norme.
- Les investisseurs étrangers sont toujours autorisés à contourner les tribunaux nationaux et à poursuivre les Etats directement par l'intermédiaire de cours internationales, ce qui est discriminatoire envers les investisseurs nationaux.
- Il maintient une forte protection des investisseurs, y compris le droit pour ces derniers d'invoquer une «expropriation indirecte» (perte de profits), lorsqu'une nouvelle législation est introduite dans l'intérêt général. Les Etats devront défendre des mesures d'intérêt général et fournir la preuve que les effets de ces mesures ne sont «pas excessifs», dans le cas où les investisseurs l'affirmeraient.
- Il ne garantit aucun droit ni pour les citoyens ni pour les victimes des opérations menées par les investisseurs. Les citoyens qui subissent des dommages résultant des activités des compagnies multinationales (par exemple, eau polluée ou préjudices pour la santé) n'ont pas de possibilité de recours devant des tribunaux internationaux.
- Le droit de légiférer n'est pas protégé. La formulation vague du texte laisse au bon soin des arbitres d'interpréter si des mesures sont «nécessaires» pour atteindre des objectifs «légitimes».
- Le risque de gel réglementaire persiste, car les investisseurs pourront encore réclamer d'importantes sommes d'argent public des gouvernements, lorsque de nouvelles mesures réglementaires paraîtront défavorables à leurs profits.

- Les arbitres ne sont pas des «juges» indépendants. Ils n'ont pas de mandat déterminé ni de salaire fixe. Ils sont payés à la journée et ont intérêt à statuer en faveur des investisseurs pour obtenir plus de plaintes. Des arbitres qui sont actuellement actifs de façon privée (représentant des investisseurs) peuvent être éligibles au poste de «juge» en vertu de cette proposition.
- Il y a aussi de nombreuses faiblesses dans les exigences éthiques : aucune période d'attente obligatoire n'est exigée avant ou après avoir servi dans un panel d'arbitres ; il n'y a aucune définition claire des conflits d'intérêts, ni aucune interdiction explicite de toucher de l'argent pour des travaux connexes, alors que l'on siège comme arbitre.

Le quotidien autrichien, Der Standard, se réjouissait aussi du «projet de réforme» de la Commission, le considérant comme un «succès des détracteurs», étant donné qu'il «*corrigerait vraiment de nombreuses faiblesses de l'actuel système de protection des investissements*»<sup>10</sup>.

La société civile était plus sceptique. De nombreuses organisations dénoncèrent un sosie de l'ancien système détestable, le RDIE<sup>11</sup>, et une tentative à peine voilée de «nous faire prendre des vessies pour des lanternes», ou décrivirent cette action «*comme étant essentiellement un exercice de relation publique pour contourner la polémique et l'opposition énormes, déclenchées par le système RDIE*»<sup>12</sup>.

**«Lorsque les gens disent que le système RDIE est mort, cela me fait penser à un film de zombies, car je peux voir le système RDIE se promener dans tous les recoins de cette nouvelle proposition».**

Professeur Gus Van Harten, Ecole de Droit de Osgoode Hall<sup>14</sup>

L'ONG environnementaliste Transport et Environnement qui siège au Comité consultatif de la Commission sur le TAFTA, qualifiait le projet «de simple exercice de changement d'appellation du système de Règlement des différends investisseurs-Etats» qui «*ne résoudra aucun des problèmes fondamentaux concernant les privilèges spéciaux accordés aux investisseurs étrangers, qui sapent les lois nationales et court-circuitent les tribunaux nationaux*»<sup>13</sup>.

Le Deutscher Richterbund, la plus importante association allemande de juges et de procureurs (avec 15 000 membres sur un total de 25 000 juges) questionnait récemment le fait que l'Union européenne donne au système RDIE, l'appellation de 'système judiciaire' : «*Ni la procédure de nomination des juges du système juridictionnel des investissements, ni leur position, telles qu'elles sont proposées dans ce projet, ne satisfont aux exigences internationales pour l'indépendance des tribunaux*». Ils ajoutaient : «*Dans ce contexte, le SJI n'est pas une cour internationale, mais une cour permanente d'arbitrage*»<sup>16</sup>.

Cette organisation s'inquiétait fortement aussi de voir des droits exclusifs garantis aux investisseurs étrangers et de pseudo tribunaux mis à leur disposition. Elle faisait appel aux législateurs pour qu'ils «*freinent de façon significative les recours à l'arbitrage dans le cadre de la protection des investisseurs internationaux*»<sup>17</sup>.

**«La méthode qui consiste à créer des cours spéciales pour certains groupes de plaideurs est mauvaise»**

L'Union allemande des juges (Deutscher Richterbund), l'organisation allemande la plus importante regroupant des juges et des procureurs<sup>18</sup>

La Commission européenne prétend que ses propositions «sont très innovantes» et ajoute «Avec ce nouveau système, nous protégeons le droit des gouvernements à légiférer»<sup>19</sup>.

## **Cet exposé a voulu vérifier le bien fondé de l'affirmation de la Commission, prétendant que le système juridictionnel des investissements «un nouveau système qui inscrit noir sur blanc le droit de légiférer».<sup>20</sup>**

**«Cela ne change rien, car les critères sur la base desquels une décision est prise, restent les mêmes»**

Nigel Blakaby du cabinet juridique Freshfields, à propos de projet proposé par la Commission<sup>22</sup>

Cet exposé analyse cinq contentieux entre investisseurs et Etats - soit clos, soit encore en cours -, en fonction des dernières propositions de la Commission pour la protection des investissements dans le TAFTA<sup>21</sup> et les futurs traités de l'UE. Toutes ces procédures engagées par des investisseurs ont pour cible des réglementations ou des mesures adoptées par des pays pour protéger la santé publique, l'environnement, des communautés locales ou pour lutter contre les changements climatiques.

Les affaires en question sont : Philipp Moris contre l'Uruguay, affaire toujours en cours portant sur la législation anti-tabac du pays ; la première plainte du géant de l'énergie, Vattenfall, contre les normes écologiques exigées d'une centrale au charbon en Allemagne (affaire close après que le pays ait accepté de revenir sur les normes); la plainte en cours de Long Pine contre le moratoire sur la fracturation hydraulique au Québec ; l'affaire gagnée par Bilcon contre le Canada, portant sur le refus d'un projet de carrière suite à une étude d'impact environnementale négative, et le recours du concepteur d'oléoducs, TransCanada, portant sur l'abandon par le gouvernement états-unien, du projet controversé d'oléoduc Keystone XL.

Contrairement à ce qu'affirment la Commission européenne, une partie des medias et certains membres du Parlement européen, une analyse juridique détaillée montre que les cinq procédures pourraient être engagées dans le cadre du projet de «*Système juridictionnel des investissements*» de la Commission. De plus, elles pourraient encore aboutir soit à un règlement en faveur des investisseurs (comme dans l'affaire Vattenfall), soit à des décisions très favorables aux investisseurs (comme dans l'affaire Bilcon).

En fait, le système juridictionnel des investissements est non seulement est très loin de corriger les défauts du système d'arbitrage, mais en plus, il échoue à l'«épreuve de démocratie». La raison est simple : la Commission a présenté une nouvelle version rebaptisée du RDIE qui, fondamentalement, contient les mêmes privilèges pour les grandes entreprises qui sont au cœur même des attaques que les investisseurs mènent contre des politiques d'intérêt général. Le simple fait d'affirmer que les gouvernements ont le droit de régler dans l'intérêt général n'empêchera pas les investisseurs d'attaquer leurs efforts pour protéger la santé publique ou l'environnement. Les gouvernements continueront d'être menacés de devoir payer des millions de dollars dans des procédures judiciaires ou des milliards de dollars de dommages et intérêts, pour avoir pris des mesures réglementaires dans l'intérêt général. Le risque demeure que cette situation provoque un gel réglementaire.

Mais pourquoi un responsable politique qui s'est engagé à empêcher les attaques contre des politiques d'intérêt général légitimes, accepterait-il ce «*Système juridictionnel des investissements*» qui menace de provoquer exactement les mêmes attaques?

## Notes

- 1 D'après la DG Commerce de la Commission européenne, "L'Union européenne et les Etats-Unis ont les plus importants liens commerciaux bilatéraux et l'intégration économique la plus poussée au monde". Voir : Commission européenne, <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/>
- 2 Paul Ames, "ISDS: The most toxic acronym in Europe", Politico, 7 septembre 2015, <http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/>
- 3 Alfred-Maurice de Zayas (2016), déclaration, lors de la 70ème session de l'Assemblée Générale, New York, 26 octobre 2015, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16745&LangID=E>
- 4 Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), [https://www.kent.ac.uk/law/isds\\_treaty\\_consultation.html](https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html)
- 5 Par exemple, lors d'un débat public sur le projet de Système juridictionnel des investissements, Rupert Schlegelmilch de la Commission européenne affirma que des recours comme celui de Vattenfall ou Philip Morris «s'appuyaient sur le système non réformé» et que ce que «nous sommes en train de faire dans la réforme est la solution» à ce type de recours. Voir : TNI, "Does the EU's "Investment Court System" put an end to ISDS?", vidéo, 23 novembre 2015, <https://www.tni.org/en/article/does-the-eus-investment-court-system-put-an-end-to-isds>
- 6 Voir les annonces de la Commission européenne sur l'accord de libre échange avec le Vietnam (1er février 2016) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1449> and the EU-Canada CETA (29 février 2016), <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>
- 7 Commission européenne, Département du commerce, communiqué de presse, "CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement", 29 février 2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>
- 8 Victoria Martin de la Torre "S&Ds welcome the new trade dispute resolution mechanism, replacing ISDS" <http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/sds-welcome-new-trade-dispute-resolution-mechanism-replacing-isds>
- 9 Hendrik Kafsack, "Pour de meilleurs tribunaux d'arbitrage", 16 septembre 2015, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/kommentar-ttip-bessere-schiedsgerichte-13806727.html> Traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 10 András Szigetvari, "Protection des investisseurs : succès pour les opposants au TAFTA", Der Standard, 16 septembre 2015, <http://derstandard.at/2000022328908/Investorenschutz-Erfolg-fuer-TTIP-Kritiker>, Traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 11 Voir par exemple : Dialogue transatlantique des consommateurs, "Response to the EU Commission's Investor-State Dispute Settlement "reform" proposal", 20 janvier 2016, <http://tacd.org/response-to-the-eu-commissions-investor-state-dispute-settlement-reform-proposal/>; Corporate Europe Observatory, "The Zombie ISDS – Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die", 17 février 2016, <http://corporateeurope.org/international-trade/2016/02/zombie-isds>; Seattle to Brussels Network, "Courting Foreign Investors", 6 octobre 2015, <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>
- 12 Global Justice Now, "Commission tries to "put lipstick on a pig" with alternative corporate court system", 16 septembre 2015, <http://disq.us/9i8qc7>
- 13 Transport & Environment, "New Investment Court System still privileges foreign investors under EU-US trade deal", 16 septembre 2015, <http://www.transportenvironment.org/press/%E2%80%98new%E2%80%99-investment-court-system-still-privileges-foreign-investors-under-eu-us-trade-deal>
- 14 Cité dans : Compact, "Experten-Check: Que signifie vraiment un tribunal commercial dans le TAFTA ?", vidéo, 9 Décembre 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwf0>
- 15 Parmi les exemples, on peut citer les Amis de la Terre Europe: «Système juridictionnel des investissements»: un nouveau... mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et états (RDIE) - Dix points qui montrent pourquoi cette proposition de l'Union européenne ne change en rien les principes fondamentaux du système RDIE (ou ISDS)», 17 février 2016, [http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/isds\\_10\\_reasons\\_doc\\_french\\_v5\\_screen.pdf](http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/isds_10_reasons_doc_french_v5_screen.pdf); Seattle to Brussels Network, "Courting Foreign Investors", 6 octobre 2015, <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>
- 16 Deutscher Richterbund, "Position sur la mise en place d'un tribunal des investissements pour le TAFTA – proposition de la Commission européenne du 16.09.2015 et du 12.11.2015", Nr. 04/16, 4 février 2016, [http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB\\_160201\\_Stn\\_Nr\\_04\\_Europaeisches\\_Investitionsgericht.pdf](http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf), traduction inofficielle: [https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us\\_trade\\_deal/2016/english\\_version\\_deutsche\\_richterbund\\_opinion\\_ics\\_feb2016.pdf](https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf)
- 17 Deutscher Richterbund, "Position sur la mise en place d'un tribunal des investissements pour le TAFTA – proposition de la Commission européenne du 16.09.2015 et du 12.11.2015", Nr. 04/16, 4 février 2016, [http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB\\_160201\\_Stn\\_Nr\\_04\\_Europaeisches\\_Investitionsgericht.pdf](http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf), traduction inofficielle: [https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us\\_trade\\_deal/2016/english\\_version\\_deutsche\\_richterbund\\_opinion\\_ics\\_feb2016.pdf](https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf)
- 18 Ibid.
- 19 Frans Timmermans, premier vice-président de la Commission européenne, cité dans un communiqué de presse "La Commission propose un nouveau Système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP et des autres négociations européennes sur les échanges et les investissements", Bruxelles, 16 septembre 2015 [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5651\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm)
- 20 Observations préliminaires de la Commissaire européenne pour le Commerce, Cecilia Malmström, lors du débat du Parlement européen du 7 juillet 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc\\_153598.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153598.pdf)
- 21 Commission européenne, «Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement. Commerce dans les services, les investissements et l'e-commerce.. Chapitre II – Investissement», 12 novembre 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf). Dans tout le texte, les mentions telles que «la proposition de l'UE» ou «la proposition de l'UE sur l'investissement dans le TTIP» renvoient aux dispositions contenues dans le texte, tel qu'il a été publié par la Commission européenne, le 12 novembre 2015
- 22 Cité dans l'article d'Eric Frei, "Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern", Der Standard, 2 novembre 2015, <http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern>. Traduction en anglais: Pia Eberhardt

# Les grandes entreprises pétrolières pourraient-elles poursuivre des États membres si un projet d'oléoduc comme Keystone XL était abandonné? Affaire TransCanada contre États-Unis

## Sur quoi porte cette affaire ?

En janvier 2016, le concepteur canadien d'oléoducs, TransCanada, annonçait son intention de poursuivre les États-Unis en vertu de l'Accord de libre échange nord américain (l'ALENA)<sup>1</sup>, suite à la décision du président Barack Obama d'abandonner le projet d'oléoduc Keystone XL qui devait relier les zones d'exploitation des sables bitumineux canadiens aux raffineries états-uniennes. Le projet qui, d'après ses opposants, aurait accru les émissions de gaz à effet de serre et provoqué l'accélération des changements climatiques, faisait face à une opposition de plus en plus importante des citoyens. TransCanada réclame 15 milliards de dollars de dommages et intérêts.

## En quoi cette affaire est-elle intéressante ?

**Pour trois raisons en particulier:**

**1. Le montant réclamé** - TransCanada exige 15 milliards de dollars de compensation des États-Unis, ce qui est une énorme somme d'argent pour les contribuables. Elle permettrait de couvrir les frais annuels d'enseignement des collèges communautaires (établissements universitaires) pour près de cinq millions d'étudiants<sup>2</sup>. La plus grande partie de ce montant est réclamée pour compenser la perte des profits à venir que la compagnie aurait en théorie encaissés. Dans les faits, elle n'a dépensé pour ce projet que 2,4 milliards de dollars<sup>3</sup>.

**2- Changements climatiques** - L'oléoduc Keystone XL aurait encouragé pour les décennies à venir, l'extraction d'un des carburants les plus sales de la planète et provoqué une montée en flèche des émissions de gaz à effet de serre. Durant les cinquante années d'activité prévues, l'oléoduc aurait généré jusqu'à 8,4 milliards de tonnes d'équivalent-gaz carbonique (CO<sub>2</sub>e)<sup>4</sup>, plus que les émissions totales de gaz carbonique des États-Unis en 2013<sup>5</sup>. Alors que les climatologues nous expliquent que les réserves de combustibles fossiles doivent en majorité rester dans le sol si nous voulons éviter des changements climatiques catastrophiques, l'abandon du projet Keystone XL a mis fin à «*un projet qui était aussi une arme qui menaçait directement l'avenir de la planète*»<sup>6</sup>.

**3- Démocratie** - En refusant le permis au projet Keystone XL, le gouvernement des États-Unis ne faisait que répondre à une opposition citoyenne massive. Au départ les écologistes, les communautés indigènes, des agriculteurs et des gardes forestiers ont attiré l'attention sur les menaces que faisait peser ce projet pour leurs terres et leurs moyens de subsistance, ainsi que pour la faune sauvage et les espèces locales. Leur résistance grandit pour devenir un mouvement national d'opposition au projet Keystone. Ainsi, lorsque le gouvernement Obama décida d'abandonner le projet, il ne faisait que répondre à la pression des citoyens. TransCanada conteste cette décision comme étant «*motivée politiquement*», et conteste donc un pilier central de la démocratie qui est le droit des citoyens à pousser leurs dirigeants à adopter des politiques meilleures.

**«Si nous voulons éviter que la Terre ne devienne non seulement moins hospitalière, mais aussi moins habitable au cours de notre vie, nous devons laisser certains combustibles fossiles dans le sol, plutôt que de les brûler et de polluer encore plus dangereusement l'atmosphère».**

Barack Obama, Président des États-Unis, expliquant le «Non» au projet Keystone XL<sup>7</sup>

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

La réponse sera brève : c'est oui.

TransCanada affirme que les Etats-Unis ont violé les critères de traitement juste et équitable de l'ALENA, en «*retardant le traitement de la demande durant une période extraordinairement longue*» (en utilisant des excuses «*arbitraires et tirées par les cheveux*») et en «*appliquant des critères nouveaux et arbitraires par leur décision de rejeter la demande*»<sup>8</sup>.

Selon l'entreprise, le refus n'est pas «*basé sur le bien-fondé de la demande de Keystone*», mais est «*motivé politiquement*»<sup>9</sup>. Elle fait valoir que «*le ministère des Affaires étrangères, lui même, a conclu à de multiples occasions que l'oléoduc ne soulevait aucun problème important - concernant la sécurité, la santé publique ou l'environnement - qui ne puisse être atténué.*», et que le gouvernement voulait à la fois calmer ceux qui avaient le «*sentiment erroné*» que l'oléoduc était mauvais pour l'environnement, et faire preuve de leadership dans la lutte contre les changements climatiques<sup>10</sup>.

N'est-ce pas un argumentaire que les grandes compagnies pétrolières pourraient utiliser pour tirer leur épingle du jeu dans le cadre du traité sur l'investissement de l'Union européenne ? En effet, celui-ci leur garantit aussi un «*traitement juste et équitable*», y compris contre des mesures qui présentent un «*caractère manifestement arbitraire*» et constituent une «*violation fondamentale de la procédure établie... lors de la procédure administrative*» (section 2, article 3,2, proposition de l'UE)<sup>11</sup>.

TransCanada affirme par ailleurs que les Etats-Unis ont fait preuve de «**discrimination injustifiée**» à l'égard du projet Keystone, car «*ils ont autorisé dans le passé les oléoducs d'autres investisseurs, y compris états-uniens et mexicains, sur la base de critères qui, s'ils étaient appliqués à la demande de Keystone, auraient entraîné l'acceptation de celle-ci*».

**«Le recours de TransCanada ne porte pas sur des soldats états-uniens qui auraient débarqué avec des fusils pour prendre possession d'un oléoduc. Le recours attaque une décision politique raisonnable, prise dans le but de protéger le climat de la planète. Mais du point de vue de l'entreprise, prendre une décision qui ne lui plaît pas, c'est commettre un vol.»**

Jim Schultz, The Democracy Center<sup>13</sup>

L'entreprise fait également valoir que «*les Etats-Unis ont aussi autorisé ces demandes dans des délais beaucoup plus courts*»<sup>12</sup>.

La proposition de l'Union européenne garantit «*aux investisseurs de l'autre Partie... un traitement pas moins favorable que le traitement accordé, dans des situations similaires, à ses propres investisseurs*» (**traitement national**, section 1, article 2-3, proposition de l'UE) ainsi qu'aux investisseurs d'une tierce partie (**traitement de la nation la plus favorisée**, section 1, article 2-4, proposition de l'UE), ce qui permettrait aux investisseurs de recourir aux mêmes arguments.

Selon TransCanada, l'examen et le rejet de l'oléoduc par le gouvernement des Etats-Unis constituent une «**expropriation**», car «*le ministère des Affaires étrangères a retardé sa décision pendant sept ans, en totale connaissance du fait que TransCanada continuait d'investir des millions de dollars dans l'oléoduc*», ce qui a «*substantiellement dépossédé*» l'entreprise de la valeur de son investissement potentiel<sup>14</sup>. Le même argument peut être avancé en vertu du futur traité de l'Union européenne pour exiger des compensations pour des «*mesures qui ont un effet équivalent à ... une expropriation*», y compris dans le cas «*d'un objectif d'intérêt public*» (section 2, article 5.1, proposition de l'UE).

**L'Annexe 1** de la proposition de l'Union européenne précise que «*des mesures non discriminatoires... conçues et appliquées pour protéger des objectifs politiques légitimes, comme la protection de la santé et de la sécurité publique, de l'environnement et de la moralité publique... ne constituent pas une expropriation indirecte*». Est-ce que ce point pourrait rendre sans objet l'argumentation de TransCanada ? Pas forcément.

D'après l'entreprise, la demande a été traitée de façon discriminatoire (voir plus haut). Deuxièmement, elle conteste l'argument selon lequel la décision du gouvernement états-unien était motivée par des objectifs légitimes d'intérêt général, car cet argument «*contredisait directement les conclusions des propres études de l'Administration*», comme quoi «*l'oléoduc n'aurait pas un impact significatif sur les changements climatiques*»<sup>15</sup>. Que se passerait-il si un tribunal d'arbitrage, devant se prononcer sur un tel recours contre un Etat membre, s'alignait sur cette position ?

L'Union européenne veut aussi protéger les «**attentes légitimes**» des investisseurs. TransCanada fait valoir que les Etats-Unis n'ont «*pas répondu*» à son «*attente raisonnable*» de voir sa demande traitée sa demande «*de façon juste et en cohérence avec leur façon d'agir dans le passé*»<sup>16</sup>.

**«Il est tout simplement insensé de penser qu'un accord commercial puisse nous obliger à surchauffer l'atmosphère de la planète.»**

Bill McKibben, auteur et militant engagé contre le recours de TransCanada dans le cadre de l'ALENA<sup>18</sup>

L'entreprise avance cinq motifs pour lesquels elle «*avait toutes les raisons d'escompter que sa demande fût accordée... dans un laps de temps raisonnable*». Elle affirme qu'elle a satisfait aux mêmes critères qui ont guidé l'autorisation d'oléoducs précédents ; que l'administration états-unienne a indiqué à plusieurs reprises que le projet Keystone XL n'aurait pas un impact important sur les changements climatiques ; que les dispositions réglementaires

recommandent d'autoriser le projet, à moins qu'il y n'ait des craintes relatives à l'environnement, la santé ou la sécurité ; que l'entreprise a coopéré de façon approfondie avec l'administration pour répondre à ces craintes ; et que des oléoducs similaires ont été approuvés précédemment, dans un délai d'à peu près deux ans<sup>17</sup>.

Certains de ces points ne pourraient-ils pas être considérés par un investisseur, comme des «*représentations spécifiques*» de l'Etat qui «*ont suscité une attente légitime... sur laquelle comptait l'investisseur lorsqu'il décida de procéder à cet investissement ou à le maintenir*» et que l'Etat a «*par la suite déçue*», comme cela est précisé dans la proposition de l'UE (section 2, article 3.4, proposition de l'EU).

Qu'en est-il de la formulation (proposée par l'Union européenne) **de droit à réglementer** ? Elle stipule que les droits des investisseurs «*ne doivent pas porter atteinte au droit des Parties de légiférer sur leur propre territoire en recourant aux mesures nécessaires pour réaliser des objectifs d'intérêt général*» (section 2, article 2.1, proposition de l'EU).

Est-ce que cela pourrait empêcher un recours par un investisseur, comme dans l'affaire Keystone ? Pas vraiment. Alors que le gouvernement des Etats-Unis a pu considérer comme nécessaire de ne pas autoriser le projet Keystone afin de faire preuve de leadership dans la lutte contre les changements climatiques, TransCanada remet en cause cette nécessité, arguant du fait que cette décision «*contredisait directement les conclusions des propres études de l'Administration*», comme quoi l'oléoduc n'aurait pas d'impact significatif sur les changements climatiques<sup>19</sup>. Que se passerait-il si un tribunal d'arbitrage, devant se prononcer sur un tel recours contre un Etat membre, s'alignait sur cette position ?

TransCanada veut obtenir «plus de 15 milliards de dollars de **dommages** pour la violation par les Etats-Unis, de leurs obligations envers l'ALENA»<sup>20</sup>. En vertu du texte proposé par l'Union européenne, il serait également possible de demander des indemnités pour la perte de futurs profits escomptés. De telles demandes pourraient se chiffrer en milliards de dollars.

L'arbitrage par l'ALENA du recours de TransCanada se déroule en même temps que la contestation, devant une cour fédérale au Texas, du caractère constitutionnel du rejet du projet Keystone<sup>21</sup>. L'Union européenne a affirmé qu'elle veut éviter de telles **plaintes parallèles** (lorsqu'un investisseur conteste la légalité constitutionnelle d'une décision devant un tribunal national et qu'il cherche, en même temps, à obtenir des compensations devant un tribunal international d'arbitrage des investissements), (section 2, sous-section 5, article 14, proposition de l'EU). Des experts laissent cependant entendre que la tentative de l'Union européenne d'empêcher ces plaintes parallèles risque d'échouer dans la pratique<sup>22</sup>. En fait, une procédure parallèle pourrait tout à fait être engagée.

L'affaire en cours d'arbitrage de TransCanada peut se poursuivre sans que l'entreprise n'ait à passer, en premier lieu, par un tribunal national. De la même façon, la proposition de la Commission ne requiert pas que **les recours légaux au niveau national** aient d'abord été épuisés - ce qui est un des principes de base du droit international.

**«Nous avons un bon système judiciaire dans ce pays, et ceux qui n'approuvent pas une décision du gouvernement des Etats-Unis devraient faire appel aux tribunaux.»**

Sander Levin, membre (Parti Démocrate) de la Chambre des Représentants des Etats-Unis<sup>23</sup>

Nous ne pouvons pas savoir quel serait dans l'avenir l'issue d'un recours semblable contre l'Union européenne ou un État membre (l'entreprise n'aurait besoin de voir qu'un seul de ses arguments retenu pour qu'un tribunal d'arbitrage ordonne des compensation de la part des Etats-Unis). Mais les droits des investisseurs tels qu'ils sont proposés par la Commission européenne n'empêcheraient pas qu'une telle procédure soit engagée.

## Notes

- 1 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Déclaration d'intention pour soumettre un recours en arbitrage en vertu de l'Article 11 de l'Accord de libre échange nord-américain", le 6 janvier 2016, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 2 Jim Shultz, "The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada's \$15B Suit Against the U.S.", Yes! Magazine, le 3 février 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 3 Ben Beachy, "The Corporation Behind Keystone XL Just Laid Bare the TPP's Threats to Our Climate", Huffington Post, le 7 janvier 2016, [http://www.huffingtonpost.com/ben-beachy/the-corporation-behind-ke\\_b\\_8931802.html](http://www.huffingtonpost.com/ben-beachy/the-corporation-behind-ke_b_8931802.html) ; Hymas, Lisa, "The 7 things you need to know now about the Keystone XL pipeline", Grist, le 6 novembre 2015, <http://grist.org/climate-energy/the-7-things-you-need-to-know-now-about-the-keystone-xl-pipeline/>
- 4 NRD, "Document d'information. Le ministre Kerry et le président Obama ont de bonnes raisons pour penser que le projet d'oléoduc pour sables bitumineux, Keystone XL, n'est pas dans l'intérêt de la nation», 27 mars 2014, [http://switchboard.nrdc.org/blogs/aswift/Keystone XL NID Backgrounder \(Final 3-27-14\).pdf](http://switchboard.nrdc.org/blogs/aswift/Keystone%20XL%20NID%20Backgrounder%20(Final%203-27-14).pdf)
- 5 Ministère états-Unien de la Protection de l'environnement (EPA), "Climate Change Indicators in the United States, <https://www3.epa.gov/climatechange/science/indicators/ghg/us-ghg-emissions.html>
- 6 Jim Shultz, "The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada's \$15B Suit Against the U.S.", Yes! Magazine, le 3 février 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 7 Maison Blanche, "Déclaration du Président sur l'oléoduc Keystone XL", 6 novembre 2015, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/11/06/statement-president-keystone-xl-pipeline>
- 8 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Déclaration d'intention pour soumettre un recours en arbitrage en vertu de l'Article 11 de l'Accord de libre échange nord-américain"; le 6 janvier 2016, § 50, 51, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>

- 9 Ibid., § 1
- 10 Ibid., § 59, 7
- 11 Commission européenne, “Partenariat transatlantique sur le commerce et l’investissement. Commerce dans les services, les investissements et l’e-commerce. Chapitre II – Investissement”, 12 novembre 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf). Toute mention de la «proposition de l’UE sur l’investissement dans le TTIP» renvoie à ce document.
- 12 Ibid., titre C, § 60
- 13 Jim Shultz, “The Pipeline Strikes Back: The Audacity of Trans Canada’s \$15B Suit Against the U.S.”, Yes! Magazine, 3 février 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 14 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, “Déclaration d’intention pour soumettre un recours en arbitrage en vertu de l’Article 11 de l’Accord de libre échange nord-américain», le 6 janvier 2016, § 57, 8, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 15 Ibid., § 1
- 16 Ibid., § 10, 2
- 17 Ibid., § 10
- 18 “350.org Responds to TransCanada’s NAFTA Lawsuit over Keystone XL”, 6 janvier 2016, <https://350.org/press-release/350-org-responds-to-transcanadas-nafta-lawsuit-over-keystone-xl/>
- 19 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, “Déclaration d’intention pour soumettre un recours en arbitrage en vertu de l’Article 11 de l’Accord de libre échange nord-américain”, 6 janvier 2016, § 1, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 20 Ibid., § 61
- 21 TransCanada Keystone Pipeline, LP and TC Oil Pipeline Operations Inc., “Complaint in the United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division”, 6 janvier 2016, <http://keystone-xl.com/wp-content/uploads/2016/01/TransCanada-Complaint-January-6-2016.pdf>
- 22 L’expert en droit international de l’investissement, Stephan Schill se demande si des plaintes en parallèle ou successives peuvent être exclues : “Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?”, Verfassungsblog, 25 novembre 2015, <http://verfassungsblog.de/das-ttip-gericht-keimzelle-oder-stolperstein-fuer-echte-multilateralisierung-des-internationalen-investitionsrechts/>
- 23 World Trade Online, “Levin: Keystone ISDS Case Highlights Need For TPP Investment Changes”, 8 janvier 2016, <http://insidetrade.com/daily-news/levin-keystone-isds-case-highlights-need-tpp-investment-changes>

# Les grandes entreprises de tabac pourraient-elles poursuivre des États membres pour cause de législation anti-tabac?

## Affaire Philip Morris contre Uruguay

### Sur quoi porte l'affaire ?

En février 2010, la multinationale du tabac, Philip Morris International (PMI), dont le siège des opérations internationales se situe en Suisse, engageait contre l'Uruguay une procédure en arbitrage relative aux investissements, en vertu du traité bilatéral sur l'investissement conclu par l'Uruguay et la Suisse<sup>1</sup>. Philip Morris prétendait que la législation anti-tabac du gouvernement uruguayen, en particulier l'interdiction de vendre plus d'un type de cigarettes par marque (présentation unique) et l'obligation que les avertissements graphiques couvrent plus de 80 % du paquet de cigarettes, *«allait bien au-delà de tout objectif légitime de santé publique»* et dépossédait la marque déposée Philip Morris de sa valeur commerciale. PMI exigeait 25 millions de dollars de compensation<sup>2</sup>.

Mise à jour : Par sa décision de juillet 2016, le tribunal a rejeté toutes les demandes de PMI et a ordonné à la compagnie de payer une partie des frais juridiques de l'Uruguay. Ce résultat positif ne devrait cependant pas masquer le fait que PMI ait trainé, durant sept années, l'Uruguay dans une procédure judiciaire qui n'aurait jamais dû être autorisée. L'Etat a dû dépenser 27 millions de dollars américains en frais d'avocats, d'arbitres et administratifs, ce qui constitue une somme plus importante que la compensation demandée à PMI. De plus, cette affaire a retardé la mise en œuvre de mesures anti-tabac plus strictes en Uruguay, telles que le paquet neutre.

### En quoi cette affaire est-elle intéressante ?

**Pour trois raisons en particulier:**

**1. Attaque contre la santé publique** - Le recours contre l'Uruguay est un **exemple choquant de la façon dont les grandes entreprises peuvent utiliser les arbitrages sur les investissements pour contester le droit souverain d'un gouvernement de promulguer des lois dans l'intérêt de la santé publique**. Les experts de la santé s'accordent sur le fait que des mesures de contrôle du tabagisme, comme celles mises en place par l'Uruguay, ont un effet direct sur la réduction de l'usage du tabac. Les mesures prises par l'Uruguay faisaient suite aux recommandations de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et aux directives publiées par la Convention-cadre de lutte contre le tabagisme qui fait force de loi. L'Organisation mondiale de la santé et d'autres spécialistes de la santé ont félicité l'Uruguay pour sa politique de santé publique et reconnu qu'elle contribuait à la baisse de 15 % du nombre des décès dus au cancer des poumons<sup>3</sup>. L'Organisation mondiale de la santé a annoncé<sup>4</sup> qu'elle soutiendrait la position de l'Uruguay lors de la procédure d'arbitrage, en *«fournissant les preuves du lien qu'il y a entre les avertissements graphiques de large taille, les interdictions des appellations trompeuses et la protection de la santé publique»*<sup>5</sup>.

**2. Risque de gel réglementaire** - L'Uruguay était à l'avant-garde dans la lutte contre le tabac. Il a promulgué certaines des lois les plus avancées au monde en matière de législation anti-tabagisme. La décision de PMI de poursuivre l'Uruguay (un marché insignifiant par rapport aux ventes mondiales de Philip Morris) **fait partie d'une stratégie mondiale pour prévenir et effrayer les pays qui osent envisager des réglementations plus strictes pour l'industrie du tabac**<sup>6</sup>. Quand un gouvernement voit les coûts qu'entraînent ces procédures d'arbitrage, il a tendance à y réfléchir à deux fois avant d'introduire de nouvelles réglementations. Lorsque PMI menaçait de poursuivre l'Uruguay, le

**«Ce procès n'est rien d'autre que la tentative cynique par une riche multinationale, de faire un exemple avec un petit pays qui dispose de ressources limitées pour se défendre contre un recours international bien financé, mais qui est, à juste titre, reconnu comme un des leaders dans la lutte contre le tabagisme.»**

Todd Weiler, avocat dans les affaires d'arbitrage relatives aux investissements<sup>9</sup>

investisseurs d'engager une procédure en arbitrage. L'article 2(1) du Traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et l'Uruguay contient des formulations restrictives, conçues pour exclure les mesures de protection de la santé du champ d'application des mesures protégeant les investisseurs. L'article stipule que : «*Les parties contractantes reconnaissent le droit de l'autre de ne pas autoriser des activités économiques pour des raisons d'ordre public, de sécurité, de santé et de moralité publiques, ainsi que des activités qui sont réservées par la loi à leurs propres investisseurs.*»<sup>10</sup>. Cela n'a pas empêché PMI d'engager des poursuites.

Cela montre aussi qu'il est improbable que les tribunaux d'arbitrage des investissements rejettent un recours pour de telles clauses d'exemption. Lors de sa défense initiale, l'Uruguay fit valoir que le recours devait être rejeté, car l'article «*excluait de la protection du Traité bilatéral sur l'investissement, toutes les actions qu'il puisse devoir prendre pour des raisons de santé publique, même si elles limitent les droits économiques des investisseurs*»<sup>11</sup>. Le tribunal d'arbitrage qui jugeait l'affaire rejeta cette interprétation, arguant du fait que la limitation ne portait que sur la phase où l'investisseur entrait dans le pays et qu'elle ne s'appliquait plus après que l'investissement eût été réalisé.<sup>12</sup>

gouvernement a étudié la possibilité d'assouplir sa législation pour satisfaire les exigences de la multinationale du tabac<sup>7</sup>. Cette action en arbitrage et une autre similaire contre l'Australie ont poussé des pays, notamment la Nouvelle Zélande, à ajourner les règles plus strictes sur l'emballage des cigarettes<sup>8</sup> qu'ils prévoyaient d'introduire.

**3- Des clauses d'exemption qui ne garantissent pas le droit de légiférer** - Cette affaire est l'exemple type qui montre que les tentatives des gouvernements de protéger des mesures de santé publique du champ d'application des traités protégeant les investissements, en ajoutant des exemptions, n'empêchent pas nécessairement les

**«Alors que l'on trouve dans les accords commerciaux des formulations qui visent à protéger le droit des gouvernement à régler, de nombreux panels d'arbitres ont ignoré ou interprété de façon étroite ces dispositions, les rendant pratiquement inutiles.»**

Dr David Boyd, professeur à l'Université Simon Fraser<sup>13</sup>

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

**La réponse sera brève : c'est oui.**

Un des premiers obstacles qu'un investisseur doit franchir dans un différend en matière d'investissements consiste à apporter la preuve qu'il a réalisé un investissement jugé valable en regard de protections apportées par le traité. PMI prétend que «*ses biens mobiliers et immobiliers, ses actions et ses droits de propriété intellectuelle représentent clairement un 'investissement' sur le territoire uruguayen*»<sup>14</sup>. Les «actions» ainsi que les «droits de propriété intellectuelle» figurent explicitement dans la définition de l'Union européenne d'un «investissement» protégé en vertu de ses traités (section 2, Définition spécifique à la protection de l'investissement (x2b) et (x2g), proposition de l'UE)<sup>15</sup>. Il est donc probable qu'un tribunal conviendrait du fait que PMI a réalisé un investissement, protégé en vertu d'un futur traité d'investissement de l'UE.

Une des principales revendications de PMI est que l'Uruguay a violé le critère de **traitement juste et équitable**, car ses mesures anti-tabac étaient «*excessives*», «*déraisonnables*» et «*arbitraires*». Selon le géant du tabac, elles «*n'ont aucun rapport rationnel avec la politique de santé publique du gouvernement*» (car, par exemple, des images moins choquantes auraient suffi pour alerter les gens sur les effets du tabagisme sur la santé)<sup>16</sup>. Ce type d'argumentation pourrait facilement être avancé sur la base du projet actuel de protection des investissements, qui - en dépit des preuves que les investisseurs abusent de façon répétée de telles clauses - prévoit des sauvegardes, afin de garantir un «*traitement juste et équitable*» (section 2, article 3.1, proposition de l'UE). Le «*caractère manifestement arbitraire*» figure sur la liste des critères de violation flagrante des normes de traitement juste et équitable (section 2, article 3.2, proposition de l'UE).

**«Beaucoup de ces pictogrammes ne sont pas conçus pour prévenir des effets réels du tabagisme ; il s'agit plutôt d'images très choquantes, conçues spécialement pour provoquer des sentiments comme le rejet et le dégoût, voire même l'horreur.»**

Philip Morris<sup>17</sup>

Le texte de l'UE protège aussi les «**attentes légitimes**» d'un investisseur (section 2, article 3.4, proposition de l'UE). PMI s'est d'ailleurs servi de cet argument pour contester la décision de l'Uruguay. L'entreprise a fait valoir que la loi sur la présentation unique et l'obligation de 80 % de mises en garde sanitaires «*n'ont pas permis de maintenir un cadre réglementaire stable et prévisible, conforme aux attentes légitimes de Philip Morris*»<sup>18</sup>. Elle avance aussi le fait que «*les mesures [prises par l'Uruguay] vont à l'encontre d'une des attentes les plus fondamentales que puisse avoir un investisseur, qui est que le pays hôte respecte ses propres lois et respecte la propriété privée*»<sup>19</sup>.

Selon le texte proposé par l'UE, il faut, pour qu'un investisseur ait une attente légitime, une «*représentation spécifique*» qui ait provoqué cette attente (section 2, article 3.4, proposition de l'UE). Une formulation aussi floue peut signifier toute mesure, action ou même indication verbale faite par un responsable gouvernemental qui, d'après l'investisseur, l'a incité à réaliser ou maintenir un investissement.

Un des arguments avancés par PMI dans le recours contre l'Uruguay fournit un exemple de ce que l'on pourrait échauffer comme preuve «*d'une représentation spécifique*». PMI maintient que l'Uruguay a activement encouragé l'entreprise à poursuivre ses investissements durant ces trente dernières années, et l'a «*encouragé à étendre ses opérations en garantissant à Abal [sa filiale locale] un généreux paquet fiscal d'exonérations et de crédits en soutien au projet d'Abal d'investir des capitaux dans l'usine paraguayenne pour moderniser les machines*»<sup>20</sup>.

Selon PMI, les mesures de contrôle du tabagisme de l'Uruguay ont eu un effet «**équivalent**» à une **expropriation** de ses marques déposées, car elles privaient l'entreprise de ses droits de propriété intellectuelle et «*détruisaient les écarts d'acquisition associés aux ... marques déposées, et de fait, les dépossédaient de leur valeur commerciale*»<sup>21</sup>. Le même argument pourrait être avancé en vertu du texte proposé par l'Union européenne pour «*des mesures ayant un effet équivalent à ... une expropriation*» - y compris celles prises «*dans l'intérêt public*» (section 2, article 5.1, proposition de l'UE).

Dans l'Annexe I, article 3, la proposition de l'Union européenne stipule qu'«*à de rares exceptions ... qui manifestement apparaissent excessives... des mesures non discriminatoires... conçues et appliquées pour protéger des objectifs politiques légitimes, comme la protection de la santé publique... ne constituent pas des expropriations indirectes*» (section 2, article 5.1, proposition de l'UE). Est-ce que cela signifie qu'un recours comme celui de PMI n'aurait aucune chance ? Non. En effet, comme dans l'affaire contre l'Uruguay, PMI

pourrait faire valoir que certaines mesures sont excessives et «*n'ont aucun rapport rationnel avec une politique de santé publique gouvernementale*»<sup>22</sup>.

Finalement, ce serait à un tribunal d'arbitrage d'interpréter ces recours en contentieux et de se prononcer sur les arguments de l'entreprise, ce qui rend tout à fait possible un succès de ces recours. La commission européenne a affirmé que sa proposition conserverait aux gouvernements un **espace politique pour légiférer** sur, par exemple, les questions relatives à la santé publique. Le texte proposé par l'Union européenne stipule qu'il «*ne doit pas porter atteinte au droit des Parties de régler... en prenant les mesures nécessaires pour atteindre des objectifs politiques légitimes*» (section 2, article 2.1, proposition de l'UE)<sup>23</sup>. Il n'y a cependant aucun critère qui précise ce qu'est une «*mesure nécessaire*» ou un «*objectif politique légitime*».

Cela signifie que les investisseurs pourront arguer du fait que les mesures d'un gouvernement n'étaient ni nécessaires ni légitimes, et il appartiendra aux arbitres d'interpréter si c'est le cas.

C'est exactement ce que Philip Morris est en train de faire dans l'affaire contre l'Uruguay, en faisant valoir que les mesures du gouvernement n'étaient pas nécessaires, car «*les mêmes objectifs politiques auraient pu être atteints avec des mesures moins générales et mieux adaptées*». PMI prétend aussi que «*de nombreux pictogrammes ne sont pas conçus pour alerter sur les conséquences réelles du tabagisme*»<sup>24</sup>.

PMI a non seulement exigé que l'Uruguay suspende sa législation, mais aussi qu'il paye «*une compensation pour perte de revenus et de profits*»<sup>25</sup>. La première exigence ne serait pas possible en vertu du texte proposé par la Commission, car un tribunal d'arbitrage «*n'a pas le droit d'ordonner le retrait, l'arrêt ou la modification du traitement concerné*» (section 2, section 3, article 28.1, proposition de l'UE). Rien n'empêcherait cependant, un futur tribunal d'arbitrage d'accorder une compensation aux investisseurs (y compris pour de prétendues pertes de profits à venir), comme l'a exigé PMI. Si la Commission avait eu l'intention de protéger complètement les gouvernements contre le fait d'avoir à payer des compensations quand ils appliquent «*des mesures nécessaires pour réaliser des objectifs politiques légitimes*» (section 2, article 2.1, proposition de l'UE), elle aurait exclu explicitement cette possibilité - comme c'est le cas pour un autre groupe de mesures, à savoir les décisions relatives aux subventions (section 2, article 2.4, proposition de l'UE).

Nous ne pouvons pas savoir quel serait l'issue d'un possible recours de Philip Morris contre l'Union européenne ou un Etat membre, mais il est très clair que les droits des investisseurs que propose la Commission européenne n'empêcheraient pas qu'une telle procédure soit engagée.

## Notes

- 1 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Recours en arbitrage, 19 février 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 2 Philip Morris International (2014) PMI – Uruguay legal dispute: spotlight on the facts, <http://justthefacts.pmi.com/pmi-uruguay-legal-dispute-spotlight-on-the-facts/>
- 3 Nancy Fullman, “Kicking butts: Declines in lung cancer deaths follow Uruguay’s strong tobacco control policies”, 18 décembre 2014, <http://www.solutionsjournalism.org/2014/12/18/kicking-butts-declines-in-lung-cancer-deaths-follow-uruguays-strong-tobacco-control-policies/>
- 4 Margaret Chan, directrice générale de l’OMS, allocution tenue à la Conférence mondiale sur le tabac et la santé à Abu Dhabi, Emirats Arabes Unis, 18 mars 2015, <http://www.who.int/dg/speeches/2015/trends-tobacco-use/fr/>
- 5 Philip Morris v Uruguay (CIRDI Affaire No. ARB/10/7), Procedural Order No. 3, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4161.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4161.pdf)
- 6 Campaign for Tobacco-Free Kids et American Cancer Society Cancer Action Network, Fiche d’information : “Le Partenariat transpacifique représente une opportunité pour mettre fin aux litiges commerciaux abusifs de la part de l’industrie du tabac, qui sapent à la fois les politiques légitimes de contrôle du tabagisme et rendent difficiles les négociations commerciales”, mai 2015, [https://www.tobaccofreekids.org/content/what\\_we\\_do/federal\\_issues/trade/ISDS\\_TFK\\_ACS\\_CAN\\_Fact\\_Sheet\\_May\\_2015.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf)
- 7 David Elward, Uruguay to relax tobacco laws to combat Philip Morris claim, Global Arbitration Review, 28 juillet 2010, <http://globalarbitrationreview.com/news/article/28610/uruguay-relax-tobacco-laws-combat-philip-morris-claim/>
- 8 Tariana Turia, Government moves forward with plain packaging of tobacco products, 19 février 2013, <http://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>
- 9 Todd Weiler, Philip Morris contre Uruguay. Une analyse des mesures de contrôle du tabagisme dans le contexte des lois internationales sur l’investissement, Rapport #1 pour «Médecins pour un Canada sans fumée», 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0345.pdf>
- 10 Traité bilatéral Suisse-Uruguay <http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6239.pdf>
- 11 Philip Morris v Uruguay, CIRDI Affaire No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, § 155, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>
- 12 Ibid, pages 56-59
- 13 David R. Boyd, “Don’t let trade deals hamper climate progress”, The Star, 11 janvier 2016, <https://www.thestar.com/opinion/commentary/2016/01/11/dont-let-trade-deals-hamper-climate-progress.html>
- 14 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Recours en arbitrage, 19 février 2010, § 66, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 15 Commission européenne, “Partenariat transatlantique sur le commerce et l’investissement. Commerce dans les services, les investissements et l’e-commerce. Chapitre II – Investissement”, 12 novembre 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf). Toute mention de la «proposition de l’UE» ou de «la proposition de l’UE sur l’investissement dans le TTIP» renvoie à ce document.
- 16 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Recours en arbitrage, 19 février 2010, § 79, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 17 Ibid., § 4.
- 18 Ibid., § 84.
- 19 Ibid., § 84.
- 20 Philip Morris Brands sarl, Philip Morris products s.a. and Abal Hermanos S.A. vs Uruguay (CIRDI Affaire no. ARB/10/7), decision on jurisdiction, paragraphe 192, page 63, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita-law1531.pdf>
- 21 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Recours en arbitrage, 19 février 2010, § 48, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 22 Ibid., § 4 et 8.
- 23 Dans le traité UE-Vietnam, la formulation sur le droit de légiférer est encore plus faible que dans les propositions avancées dans le cadre du TAFTA et du CETA et encore plus éloignées d’une exemption pour les politiques d’intérêt général : «Les Parties réaffirment le droit de réglementer sur leurs territoires afin de réaliser des objectifs légitimes d’intérêt général, comme la protection de la santé et de la sécurité publiques, de l’environnement, de la moralité publique, la protection sociale ou celle des consommateurs et la protection de la diversité culturelle» (Chapitre II, Article 13 bis.1), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154210.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf)
- 24 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Recours en arbitrage, 19 février 2010, § 81, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 25 Ibid., § 94.

# Les entreprises minières pourraient-elles poursuivre des États membres pour cause de moratoire sur la fracturation hydraulique? Affaire Lone Pine contre Canada

## Sur quoi porte l'affaire?

En septembre 2013, la compagnie gazière et pétrolière canadienne, Lone Pine Resources Limited engagea une procédure de contentieux entre investisseur et Etat contre le gouvernement du Canada, en vertu du chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre échange nord-américain (l'ALENA). Cette affaire faisait suite à l'introduction d'une loi (communément appelée Loi 18) par le gouvernement du Québec qui abrogeait tous les permis d'exploitation de gaz et de pétrole sous le Saint-Laurent et interdisait la poursuite de l'exploration par les compagnies minières. La loi étendait effectivement un moratoire préventif sur la fraction hydraulique, pendant que des études d'impact étaient réalisées<sup>1</sup>. Lone Pine fait valoir que la Loi 18 était une «*abrogation arbitraire, capricieuse et illégale*» de son «*droit lucratif d'extraire du gaz et du pétrole*» sous le fleuve, même si l'entreprise n'avait pas tous les permis requis pour y forer. Lone Pine se sert d'une société-boîte aux lettres au Delaware<sup>2</sup>, aux Etats-Unis, pour réclamer 109,8 millions de dollars d'argent public, plus les dommages et intérêts<sup>3</sup>.

## En quoi cette affaire est-elle intéressante?

**Pour trois raisons en particulier:**

**1. Changements climatiques** - Alors que nous vivons une crise climatique aiguë, il y a un consensus croissant sur la nécessité d'une transition énergétique qui abandonne les énergies fossiles, y compris le gaz. D'autre part, il a été démontré que la fracturation hydraulique a de graves conséquences sur l'environnement et peut en particulier provoquer des pollutions de l'air et de l'eau<sup>4</sup>.

**2. Le droit des investisseurs passe avant les inquiétudes des citoyens concernant les dommages écologiques** - Les communautés locales ont été en première ligne dans la lutte contre l'exploration et l'exploitation des gaz de schiste, et ont poussé les pouvoirs publics locaux et nationaux à interdire, arrêter ou réglementer cette industrie, afin d'éviter ou de limiter les impacts négatifs sur le milieu environnant et les communautés locales<sup>6</sup>. C'est le cas au Québec où l'on estime que le bassin Utica du Saint-Laurent contient 5 125 milliards de m<sup>3</sup> de gaz naturel<sup>7</sup>. La promulgation de la Loi 18 était une réponse à l'inquiétude croissante des citoyens et reflétait les priorités des pouvoirs publics, en instaurant des mesures préventives pour protéger les citoyens. Le recours de Lone Pine pourrait rendre une telle démarche préventive très coûteuse à l'avenir et obliger d'autres provinces à y réfléchir à deux fois avant de suivre l'exemple du Québec.

**«[Avec la fracturation hydraulique] on bousille l'avenir de nos enfants et petits enfants. Parce que si vous faites ça, il n'y aura aucun moyen d'éviter les conséquences d'une montée des océans de plusieurs mètres. C'est inacceptable. Les données scientifiques sont absolument claires sur ce point. Et pourtant nos politiques font semblant de ne pas entendre ou de ne pas comprendre.»**

Dr James Hansen, climatologue renommé, à propos de la politique du Royaume-Uni de poursuivre la fracturation hydraulique, lors de la COP 21 à Paris, en décembre 2015<sup>5</sup>

**3- Utilisation des lacunes du système aux dépens de l'intérêt général** - L'entreprise utilise des méthodes controversées pour poursuivre le Canada. Lone Pine est une compagnie canadienne et peut poursuivre son propre gouvernement devant une cour d'arbitrage internationale, grâce à sa société-

boite aux lettres située dans l'Etat du Delaware aux Etats-Unis. L'entreprise n'a même pas essayé d'exercer un recours devant des tribunaux nationaux et réclame des dommages sur la base des droits détenus par l'entreprise partenaire, Junex, qui détient le permis abrogé en raison de la Loi 18.

## L'entreprise Lone Pine pourrait-elle déposer une plainte similaire dans le cadre de la nouvelle proposition de l'Union européenne?

**La réponse sera brève : c'est oui.**

Lone Pine affirme que la promulgation de la Loi 18 par le Québec est une violation flagrante des obligations du Canada d'assurer un traitement juste et équitable en vertu de l'ALENA. Selon Lone Pine, les mesures étaient «*arbitraires, idiosyncratiques, injustes et inéquitables*»<sup>8</sup>. L'entreprise fait aussi valoir qu'on lui a refusé «*toute véritable possibilité d'être entendue, toute notification qu'une loi allait être promulguée ou de lui fournir une raison ou un motif...*». On a dit à l'entreprise que «*la Loi était une 'décision politique' et que rien ne pourrait empêcher qu'elle fût votée*»<sup>9</sup>. Selon le texte proposé par l'Union européenne (section 2, article 3, proposition de l'UE)<sup>10</sup>, une rupture des obligations de «**traitement juste et équitable**» comprend une «*rupture fondamentale de la procédure établie*» et «*un caractère manifestement arbitraire*». Lone Pine prétend que c'est exactement ce qui s'est passé au Québec.

Lone Pine affirme que la Loi votée par le parlement québécois qui suspend ses permis a eu l'effet d'une **expropriation**, en violant les obligations du Canada envers l'ALENA «*de ne pas exproprier les investissements d'un investisseur états-unien sans un objectif d'intérêt général, sans procédure établie et sans le paiement d'une compensation*»<sup>11</sup>. La compagnie fait valoir que la décision du parlement «*n'était pas une disposition réglementaire dans le cadre normal, mais une destruction pure et simple d'une propriété immatérielle*»<sup>12</sup>, et qu'elle n'a pas été compensée. Le même argument pourrait être avancé en vertu du texte proposé par l'Union européenne qui garantit aux investisseurs le droit de contester une expropriations directe et indirecte (ou réglementaire), à moins qu'il n'y ait eu «*paiement d'une compensation rapide, appropriée et effective*» (section 2, article 3, proposition de l'UE).

**«Tous les membres du parlement, tous les partis ont voté à l'unanimité pour l'abrogation de ces permis. C'était donc un consensus, un consensus social au Québec que de les abroger. Tout le monde le dit : c'est pas compliqué [...], cette rivière, il faut la protéger.»**

Sylvain Archambaud, biologiste<sup>13</sup>

Mais quel crédit peut-on accorder à la Commission européenne lorsqu'elle affirme que les mesures prises à l'avenir pour «*protéger des **objectifs politiques légitimes comme la protection de la santé publique, la sécurité et l'environnement***» seront protégées contre les recours des investisseurs? Les arguments de Lone Pine utilisent des failles que l'on retrouve dans le texte de la Commission.

Par exemple l'**annexe sur l'expropriation** que propose l'Union européenne stipule que certaines mesures pour protéger des objectifs politiques légitimes ne seraient pas considérées comme une expropriation indirecte, sauf «*dans les rares cas où l'impact de la mesure ou d'une série de mesures est si grave par rapport à l'objectif, qu'il en apparaîtrait manifestement excessif*» (Annexe 1, article 3, proposition de l'UE). Mais alors, est-ce que les accusations de «*destruction pure et simple d'une propriété immatérielle*» et de comportement «*arbitraire*» et «*capricieux*», portées par Lone Pine contre le gouvernement, ne correspondent pas à ces «*cas exceptionnels*»?

Lone Pine affirme qu' «*aucun objectif d'intérêt général n'a jamais été avancé par le gouvernement du Québec pour l'expropriation [...], [que] le Comité d'évaluation environnementale stratégique qui a été formé par le*

*gouvernement du Québec pour évaluer les impacts écologiques de l'exploration et de l'exploitation des gaz de schiste [...] devait encore mener son évaluation et n'avait pas encore fourni de rapport*<sup>14</sup>. En d'autres termes, l'entreprise fait valoir qu'il n'avait pas encore été prouvé que la fracturation hydraulique était dangereuse et qu'il n'y avait donc aucun objectif d'intérêt général derrière les mesures du gouvernement.

Le texte proposé par la Commission relatif au **droit de règlementer** ne protégerait pas plus les moratoires sur la fracturation hydraulique des attaques des investisseurs, car le droit de légiférer est limité aux «*mesures nécessaires*» pour atteindre des objectifs «*légitimes*» (section 2, article 2, proposition de l'UE). En vertu du texte proposé, d'autres compagnies pétrolières ou gazières pourraient faire valoir que des moratoires préventifs sur des technologies émergentes ou des mesures similaires n'ont pas d'objectif public légitime, et que d'autres mesures entraînant des conséquences moins dommageables pour les entreprises pourraient être prises. Pourtant, le droit de prendre des mesures réglementaires face à l'incertitude scientifique est un des piliers essentiels dans l'élaboration des politiques environnementales en Europe.

Au lieu de renforcer la protection, la proposition de la Commission européenne pourrait au contraire aboutir à un accroissement du nombre des recours en contentieux des investisseurs. La codification du concept d'**attentes légitimes** signifierait que, dans l'avenir, les arbitres pourraient prendre en considération le fait de savoir «*si une Partie a fourni une **représentation spécifique** à un investisseur pour l'inciter à effectuer un investissement couvert, représentation qui provoquait une **attente légitime et dont dépendait la décision de l'investisseur de réaliser ou de maintenir l'investissement couvert***» (section 2, article 3.4, proposition de l'UE). Cette formulation fourre-tout donne amplement la possibilité aux investisseurs de faire valoir qu'une attente spécifique a été suscitée, attente que les arbitres pourront interpréter au cas par cas. Lone Pine affirme que son «***attente légitime d'un environnement commercial et juridique stable et d'un traitement identique aux autres investisseurs***» se basait entre autres sur les engagements pris lors d'entretiens particuliers avec des responsables (par exemple les commentaires critiques de l'entreprise «***semblaient être bien accueillis [...] et l'Entreprise et Junex ont été informées lors de cette réunion que les ressources naturelles contenues dans le Permis de la Rivière leur seraient accessibles à l'avenir.***»<sup>15</sup>).

Le gouvernement canadien s'oppose aux prétentions de Lone Pine affirmant que l'entreprise détiendrait un quelconque droit qui puisse être considéré comme un investissement, et affirme qu'il n'y a donc aucune expropriation touchant l'entreprise, suite au moratoire du Québec sur la fracturation hydraulique. Selon le Canada, le permis d'exploration qui a été abrogé appartenait à Junex (le partenaire de Lone Pine dans la joint venture). Lone Pine affirme qu'à travers l'accord avec Junex, elle est titulaire des droits d'exploration, et qu'au moment du moratoire, l'entreprise avait déjà dépensé «*une quantité considérable de temps, de ressources et de capital à rechercher des gaz de schiste dans ces zones [...] et 100 % des parts de Junex dans la Zone du Permis de la Rivière, permis qui devait encore être obtenu mais qui était en*

*cours de traitement*»<sup>17</sup>. Lone Pine se sert donc d'une société-boîte aux lettres, basée aux États-Unis, pour engager une procédure devant un tribunal d'arbitrage international et réclamer l'argent des contribuables canadiens, tout en n'étant pas elle-même détentrice des droits liés aux investissements qui ont été en premier lieu affectés par les mesures réglementaires.

**“Les grandes entreprises sont en train d'essayer d'atteindre discrètement – par des accords commerciaux négociés en secret – ce qu'elles ne pourraient obtenir dans un cadre politique transparent.”**

Joseph Stiglitz, Prix Nobel d'Economie<sup>16</sup>

La Commission européenne affirme que son projet relatif aux investissements empêchera que des sociétés-

boîtes aux lettres, comme la société de Lone Pine dans le Delaware, ne bénéficient de la protection des investissements. Par contre, elle ne peut pas empêcher que des entreprises engagent des recours

**«Les gouvernements ont changé leur façon d’agir. Ils font beaucoup plus attention aux intérêts des investisseurs étrangers qu’aux intérêts d’autres investisseurs dans le pays. Dans certains cas, la structure institutionnelle est modifiée et les gouvernements mettent en place une procédure d’évaluation spéciale pour les nouvelles lois et réglementations, afin de voir en quoi elles affectent les investisseurs étrangers, en particulier les investisseurs états-uniens.»**

Gus Van Harten<sup>18</sup>

en arbitrage contre leur propre gouvernement par l’intermédiaire de leurs filiales basées sur le territoire de l’autre partie, si les entreprises structurent leurs investissements en conséquence. Tout ce qu’elles doivent être en mesure de montrer, c’est qu’elles sont engagées dans “d’importantes activités commerciales”. De plus la définition par l’UE, d’un investissement couvert inclut “un intérêt provenant I) d’une concession conférée en vertu des lois nationales ou par contrat, comprenant la recherche, la culture, l’extraction ou l’exploitation de ressources naturelles, II) d’un contrat clé en main, de construction, de production ou de partage des revenus ou III) de contrats similaires” (section 1, définitions, proposition de l’UE). Cela ressemble à ce qui, d’après Lone Pine, est couvert par la protection de l’investissement dans l’affaire actuelle par l’intermédiaire de sa joint-venture avec la firme canadienne.

## Notes

- 1 Lone Pine Resources Inc, “Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement”, 6 septembre 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/les/case-documents/italaw1596.pdf>
- 2 Une société-boîte aux lettres se rapporte à une entreprise qui établit son siège dans un pays au régime fiscal favorable, au moyen d’une seule adresse postale afin de diminuer les impôts exigibles, alors qu’elle continue ses activités commerciales dans d’autres pays.
- 3 Jarrod Hepburn, “In new pleading, Lone Pine questions “environmental” bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses”, IA Reporter, 7 mai 2015, <http://www.iareporter.com/articles/in-new-pleading-lone-pine-questions-environmental-bona-fides-of-decision-to-cancel-fracking-exploration-permit-and-offers-a-dcf-valuation-of-its-losses/>; Lone Pine Resources Inc, “Claimant’s memorial”, 10 avril 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-di/lone-04.pdf>
- 4 Des exemples de telles conséquences négatives sont décrits à la suite : [http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/fracking\\_frenzy\\_0.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/fracking_frenzy_0.pdf) ; [http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/foee\\_shale\\_gas\\_unconventional\\_unwanted\\_0.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/foee_shale_gas_unconventional_unwanted_0.pdf) ; [http://www.foeeurope.org/sites/default/files/press\\_releases/foee\\_shale\\_gas\\_joint\\_position\\_240412\\_3.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/press_releases/foee_shale_gas_joint_position_240412_3.pdf)
- 5 Leo Hickman, “Dr James Hansen: US is ‘screwing its children’ with fracking policy”, Carbon Brief, 2 décembre 2015, <http://www.carbonbrief.org/dr-james-hansen-uk-is-screwing-its-children-with-fracking-policy>
- 6 Parmi les exemples européens récents et importants, se trouvent les Pays-Bas : <http://www.foeeurope.org/Hit-road-frack-anti-shale-victories-100715> ; l’Ecosse : <http://www.foeeurope.org/fracking-moratorium-scotland-020215> ; le Pays de Galles : <http://www.walesonline.co.uk/news/wales-news/welsh-government-backs-calls-can-8582708> ; l’Irlande du Nord : <http://drillordrop.com/2015/09/28/northern-ireland-planning-guide-says-no-to-fracking/>
- 7 Lone Pine Resources Inc, “Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement”, 6 septembre 2013, (p.7), <http://www.italaw.com/sites/default/les/case-documents/italaw1156.pdf>
- 8 Lone Pine Resources Inc, “Claimant’s memorial”, 10 avril 2015, (p. 130; 132; 142), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-di/lone-04.pdf>
- 9 Ibid. (p.5)
- 10 Commission européenne (2015) “Partenariat transatlantique sur le commerce et les investissements. Commerce dans les services, les investissements et l’e-commerce. Chapitre II – Investissement”, 12 novembre, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf)  
A partir de maintenant, toute mention de la proposition de l’UE sur l’investissement dans le TTIP se réfère à ce document.
- 11 Ibid. (p.5)
- 12 Lone Pine Resources Inc, “Claimant’s memorial”, 10 avril 2015, (p.91 et p.126), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-di/lone-04.pdf>

- 13 VPRO International, "Documentary: TTIP: Might is Right (VPRO Backlight)", 19 octobre 2015, (45'14), <https://www.youtube.com/watch?v=j0LOwmwgdA> –
- 14 Lone Pine Resources Inc, "Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement", 6 septembre 2013, (p.16), <http://www.italaw.com/sites/default/les/case-documents/italaw1156.pdf>
- 15 Lone Pine Resources Inc, "Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement", 6 septembre 2013, (p.14), <http://www.italaw.com/sites/default/les/case-documents/italaw1596.pdf>
- 16 Joseph Stiglitz, "Developing countries are right to resist restrictive trade agreements", The Guardian, 8 novembre 2013,
- 17 Lone Pine Resources Inc, "Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement", 6 septembre 2013, (p.10-11), <http://www.italaw.com/sites/default/les/case-documents/italaw1156.pdf>
- 18 VPRO International, "Documentary: TTIP: Might is Right (VPRO Backlight)", 19 octobre 2015, (46'), <https://www.youtube.com/watch?v=j0LOwmwgdA> –

# Les entreprises du secteur de l'énergie pourraient-elles poursuivre des États membres pour cause de normes de protection de l'environnement? Affaire Vattenfall contre Allemagne

## Sur quoi porte cette affaire ?

En 2009, le géant de l'énergie Vattenfall engageait une procédure en contentieux contre le gouvernement allemand en s'appuyant sur la Charte énergie, un traité multilatéral signé après la fin de la guerre froide pour intégrer les secteurs énergétiques des pays de l'Est dans les marchés de l'Ouest<sup>1</sup>. Le contentieux portait sur une autorisation concernant les eaux usées, que le ministre du Développement urbain et de l'Environnement de la ville de Hambourg exigeait pour la construction de la centrale à charbon de Vattenfall sur l'Elbe. Vattenfall affirmait que les normes de protection de l'environnement exigées pour le traitement des eaux usées de la centrale rendaient les investissements « non viables » et réclamait 1,4 milliard d'Euros de dommages et intérêts. L'affaire fut finalement réglée en 2011 : la ville de Hambourg accepta de revenir sur ses exigences écologiques<sup>2</sup>.

## En quoi cette affaire est-elle intéressante ?

### Pour trois raisons en particulier

**1. Protection de l'environnement** - Cette affaire illustre comment le mécanisme RDIE peut affaiblir la mise en œuvre de lois en faveur de l'environnement et faire obstacle à l'urgente nécessité d'une transition énergétique vers des énergies renouvelables. Lorsque la ville de Hambourg mit en place de nouvelles exigences pour les autorisations relatives à l'utilisation de l'eau, elle ne faisait qu'appliquer directement une directive cadre de l'Union européenne, qui a pour but d'améliorer la protection de l'environnement et de la santé et la sécurité des citoyens.

**2. Traitement particulier des investisseurs étrangers** - Cette affaire montre comment des investisseurs étrangers peuvent faire jouer leurs droits pour poursuivre des gouvernements, en dehors des systèmes judiciaires existants, pour les empêcher de leur imposer des réglementations qui portent atteinte à leurs profits. Vattenfall fit d'abord appel au Tribunal administratif supérieur de Hambourg en 2008, en raison de «retards injustifiés» dans la procédure d'autorisation. Comme l'entreprise était mécontente des restrictions «extrêmement sévères»<sup>3</sup> qui accompagnaient l'autorisation, elle décida d'engager une procédure en contentieux dans le cadre du mécanisme RDIE au printemps 2009. Plusieurs responsables ont reconnu que c'est ce recours de Vattenfall devant une cour d'arbitrage internationale coûteuse qui a mis le gouvernement sous pression et a résulté en un règlement de l'affaire par le tribunal administratif supérieur de Hambourg (août 2010) - la base du règlement du contentieux RDIE étant conclue au printemps 2011. Cette décision entraîna un affaiblissement des exigences relatives à l'autorisation d'utilisation de l'eau, aux dépens de la protection de l'environnement et des citoyens vivant à proximité.

**«Vattenfall ne cherchait pas à obtenir une compensation. Vattenfall voulait se débarrasser des restrictions écologiques»**

Markus Krajewski, professeur de Droit public et international<sup>4</sup>

**3. Conflits entre la législation de l'Union européenne et les droits des investisseurs** - Il est quand même ironique que le gouvernement allemand soit maintenant poursuivi par la Commission européenne pour non respect des exigences de la Directive Habitats, suite au recours en arbitrage déposé par Vattenfall et au règlement de cette affaire. Ce cas montre non seulement les menaces que font peser de telles affaires sur des réglementations écologiques ambitieuses, mais aussi comment les législations nationales et européennes de protection de l'environnement peuvent entrer en conflit avec des accords sur le commerce et l'investissement qui permettent aux investisseurs de massacrer les normes de protection de l'environnement<sup>5</sup>.

**«Pour la politique de l'environnement, c'est le retour à l'Age de pierre»**

Volker Dumann, porte-parole de l'Agence de protection de l'environnement de Hambourg, à propos de la plainte de Vattenfall<sup>6</sup>

## **L'entreprise Vattenfall pourrait-elle déposer une plainte similaire dans le cadre de la nouvelle proposition de l'Union européenne?**

**La réponse est brève : c'est oui.**

D'après Vattenfall, *«les actes et les omissions de l'Etat fédéral de Hambourg relatifs à la procédure d'autorisation de la centrale de Moorburg constituant, séparément et conjointement»<sup>7</sup> une violation des obligations de l'Allemagne de fournir un traitement juste et équitable aux investisseurs*, dans le cadre du Traité sur la charte de l'énergie.

**D'après Vattenfall, l'Allemagne n'aurait pas respecté les normes de traitement juste et équitable pour quatre raisons:**

- 1- L'entreprise contestait le mobile d'intérêt public dans les changements de réglementation, arguant du fait que *«le retard d'environ 9 mois de la procédure administrative pour l'autorisation de la centrale de Moorburg était motivé politiquement»<sup>8</sup>*. L'entreprise a évité de faire référence aux obligations de la ville de Hambourg de respecter la législation européenne, prétendant au contraire que ces mesures étaient motivées politiquement et dues à l'opposition du nouveau gouvernement à ce projet<sup>9</sup>.
- 2- Les limitations contenues dans le permis d'utilisation de l'eau étaient *«incompatibles avec les accords précédemment conclus entre Hambourg et le groupe Vattenfall»<sup>10</sup>*. En 2007, le gouvernement de Hambourg avait délivré une autorisation préalable dans le cadre de *«l'Accord de Moorsburg»* qui comprenait des limitations concernant le volume d'eau de refroidissement qui pouvait être capté dans la rivière. Afin de respecter les exigences de la législation européenne, le gouvernement durcit les conditions, avant qu'un nouveau permis d'utilisation de l'eau ne soit délivré en 2008.
- 3- Le fait que les *«restrictions sévères relevant du permis d'utilisation de l'eau aient été mises au point [...] en quelques jours seulement - et trois jours ouvrables avant que le permis ne soit délivré - contrairement à toutes les déclarations précédentes et sans permettre à Vattenfall d'être entendu équitablement»*;
- 4- et que *«l'allongement de la période de contrôle pour l'escalier à poissons de un an à deux années [...] était une mesure déraisonnable, motivée politiquement»<sup>11</sup>*.

Le projet de mécanisme de protection des investissements de l'Union européenne permettrait à cette entreprise d'utiliser exactement les mêmes arguments, car sa définition du non respect du traitement juste et équitable comprend des concepts généraux comme «*violation fondamentale de la procédure établie*» et «*arbitraire manifeste*» (section 2, article 3.2, proposition de l'UE).<sup>12</sup>

En outre, Vattenfall affirmait que «*les effets combinés du retard de la procédure administrative et des restrictions imposées sur l'utilisation de l'eau de refroidissement découlant du permis d'autorisation d'utilisation de l'eau représentaient une expropriation indirecte*» de ses investissements, étant donné que sa valeur et la capacité à produire des profits basés sur les investissements à l'avenir avaient été sérieusement affectées. Vattenfall affirmait que pour respecter les critères d'utilisation de l'eau, la centrale «*devrait être fermée pendant des jours ou des semaines en été*»<sup>13</sup> et ne pourrait «*fonctionner [qu'] avec une capacité fortement réduite*».<sup>14</sup>

Toujours selon Vattenfall, cela entraînait «*une perte très importante de la valeur de la centrale*»<sup>15</sup>, ne laissant d'autre choix à l'entreprise que de suspendre les travaux des entrepreneurs, de retarder le début des opérations à cause de l'allongement de la phase de contrôle<sup>16</sup> et d'être dans l'incapacité de remplacer la centrale vieillissante de Hambourg/Wedel aussi rapidement que prévu. Cela avait pour «*effets conjoints [...]de] détruire la valeur économique de la centrale*»<sup>17</sup>.

En vertu du mécanisme proposé par l'Union européenne, des entreprises comme Vattenfall pourraient facilement contester des mesures semblables à celles prises par les responsables de la ville de Hambourg. Ces mesures pourraient être décrites comme ayant «*un effet équivalent à [...] une expropriation*» (section 2, article 3.4 de la proposition de l'UE). En vertu du texte de l'UE, les gouvernements devront apporter des arguments montrant en quoi les mesures qui servent des politiques d'intérêt général ne sont pas «*manifestement excessives*» et en quoi elles «*protègent des objectifs légitimes d'intérêt général*», ce que contestent les investisseurs (Annexe 1.3, proposition de l'UE).

Le projet de mécanisme proposé par l'Union européenne prévoit aussi que les «*attentes légitimes*» des investisseurs découlant d'«*une représentation spécifique*» seront protégées (section 2, article 3.4, proposition de l'UE). Plusieurs éléments du recours de Vattenfall affirment que les attentes légitimes de l'entreprise auraient été déçues. Vattenfall, par exemple, affirme que «*au moment de demander l'autorisation, Vattenfall ... avait des raisons d'escompter que le permis serait délivré*»<sup>18</sup>. Vattenfall affirme aussi que les restrictions «*extrêmement sévères*» relatives au permis d'utilisation de l'eau «*sont éloignées de... ce que le Groupe Vattenfall était en droit d'attendre*». Selon son recours, les attentes de Vattenfall se basaient sur «*les accords précédemment conclus*» avec l'administration (l'Accord de Moorburg), sur l'autorisation préalable de début des travaux et sur «*les assurances données par des représentants de la ville de Hambourg*»<sup>19</sup>. Vattenfall faisait aussi référence à la correspondance avec l'ancien maire, indiquant que la centrale serait autorisée.

Alors qu'un investisseur allemand confronté à une situation similaire n'aurait eu d'autre option que d'exercer un recours devant des tribunaux allemands, Vattenfall a utilisé le mécanisme RDIE pour engager une procédure d'arbitrage international et a attaqué le gouvernement allemand sur les deux fronts.

L'entreprise a contesté le retard devant le Tribunal administratif supérieur de Hambourg et ensuite utilisé le mécanisme RDIE pour réclamer une réparation financière pour les dommages et pertes subis.

**«C'est un mauvais jour pour le climat et l'environnement»**

Manfred Braasch, BUND/Amis de la Terre Allemagne<sup>20</sup>

Une entreprise comme Vattenfall pourrait agir de la même façon en vertu de la proposition de la Commission, étant donné que les investisseurs étrangers ne sont pas tenus d'avoir épuisé les recours dans le pays, avant de lancer une procédure d'arbitrage. Ce système exige certes que deux voies juridiques ne puissent être menées de front, mais laisse les investisseurs libres de choisir les moyens qu'ils préfèrent.

Nous ne pouvons présumer de la décision qui conclurait une affaire similaire à l'affaire Vattenfall contre l'Union européenne ou un État membre dans le futur, mais il est clair que les droits des investisseurs, tels que proposés par la Commission européenne n'empêcheraient pas qu'une telle procédure de contentieux soit lancée. L'entreprise a de toute évidence trouvé un outil efficace pour attaquer les décideurs politiques allemands, vu qu'elle a lancé une autre procédure d'arbitrage contre l'Allemagne devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), dont le siège est à la Banque Mondiale à Washington, suite à la décision de l'Allemagne de sortir de l'énergie nucléaire<sup>21</sup>.

## Notes

- 1 Le Traité sur la charte de l'énergie, amendements commerciaux et autres documents : <http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6101%2839%29.pdf>
- 2 Pour un résumé complet de l'affaire, voir : Nathalie Bernasconi, "Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration", International Institute for Sustainable Development, [http://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf)
- 3 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG et Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, demande d'arbitrage 30 mars 2009, Chapitre 2 (36.). <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 4 Chaîne allemande Das Erste, "Les entreprise portent plainte, nous payons : comment les tribunaux d'arbitrage anéantissent l'Etat de droit", 19 octobre 2015; version avec des sous-titres anglais et espagnols, disponible avec ce lien : <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w>
- 5 Communiqué de la Commission européenne, "Environment: Commission refers Germany to Court over coal power plant in Moorburg.", 26 mars 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4669\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4669_en.htm)
- 6 Sebastian Knauer, "Affaire Vattenfall contre Allemagne : l'épreuve de force de Moorburg." Spiegel online, 11 juillet 2009, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/vattenfall-vs-deutschland-machtkampf-um-moor-burg-a-635520-2.html>. Version originale «Pour la politique de l'environnement, il s'agit d'un retour à l'âge de pierre» (traduction de Nelly Grotefendt)
- 7 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG et Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, demande d'arbitrage, 30 mars 2009, Chapitre 3 (54.). <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 8 Ibid., Chapitre 3 (i)
- 9 Preuß, Olaf. "Le paradoxe de Moorburg." Die Welt, 7 décembre 2014, p. 5. <http://www.welt.de/print/wams/hamburg/article135098349/Das-Paradox-von-Moorburg.html>
- 10 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG et Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, demande d'arbitrage, 30 mars 2009, Chapitre 3 (ii). <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 11 Ibid., Chapitre 3 (i-iv)
- 12 Commission européenne, «Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement». Commerce dans les services, investissement et e-commerce. Chapitre II – Investissement", 12 novembre 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf). Toutes les mentions telles que «la proposition de l'UE» ou «la proposition de l'EU sur l'investissement dans le TTIP» renvoient à ce document.
- 13 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG et Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, demande d'arbitrage, 30 mars 2009, Chapitre 2 (37) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 14 Ibid., Chapitre 2 (40.)
- 15 Ibid., Chapitre 2 (43.)
- 16 Ibid., Chapitre 2 (39.)
- 17 Ibid., Chapitre 2 (45.)
- 18 Ibid., Chapitre 2 (16.)
- 19 Ibid., Chapitre 2 (26.)
- 20 Karin Istel, "Un jour noir pour l'environnement. La centrale au charbon de Moorburg est officiellement entrée en service - les écologistes sont scandalisés» paru dans l'Elbe Wochenblatt, le 3 mars 2015, <http://www.elbe-wochenblatt.de/neugraben/lokales/ein-schwarzer-tag-fuer-die-umwelt-d34073.html>, Version originale "C'est un jour très noir pour les climats et l'environnement" (traduction de Nelly Grotefendt)
- 21 Vattenfall AB et autres plaignants contre la République fédérale allemande, CIRDI, affaire No. ARB/09/6. : <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/6>

# Une compagnie minière pourrait-elle poursuivre des États membres à cause d'une étude d'impact sur l'environnement? Affaire Bilcon contre Canada

## Sur quoi porte cette affaire ?

En mars 2015, un tribunal d'arbitrage constitué en vertu du Traité de libre échange nord-américain (ALENA) décida qu'un processus d'examen environnemental canadien violait les règlements de protection des investissements. L'entreprise états-unienne, Bilcon, voulait construire une importante carrière et un terminal maritime dans une zone côtière écologiquement sensible de l'Est du Canada. Elle projetait d'extraire du basalte, de le concasser et de le transporter par bateau vers les États-Unis. En 2007, après des études coûteuses et une consultation publique, un panel mis en place par le gouvernement pour évaluer l'impact écologique se prononçait contre le projet, à cause des conséquences probablement négatives sur l'environnement. Les gouvernements de Nouvelle Écosse et du Canada suivirent les recommandations du panel et refusèrent d'autoriser le projet. Bilcon a alors attaqué cette décision et gagné son procès en arbitrage en vertu de l'ALENA. L'entreprise veut obtenir plus de 300 millions de dommages et intérêts<sup>1</sup>.

## En quoi cette affaire est-elle intéressante ?

### Pour trois raisons en particulier:

**1. Protection de l'environnement** - Cette affaire prouve officiellement que lorsque l'on nous assure que les accords sur l'investissement ne mettent pas en danger les réglementations environnementales, c'est faux. Cette affaire confirme les craintes soulevées par les citoyens et les détracteurs des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, que les investisseurs étrangers puissent se servir des traités sur le commerce et les investissements pour attaquer les réglementations écologiques et qu'ils puissent aussi gagner leurs recours.

**«Si vous pouvez gagner 300 millions de dollars et ne pas avoir à construire la carrière, il serait stupide de le faire. De toute façon, vous ne gagneriez probablement pas autant d'argent avec elle.»**

Kemp Stanton, pêcheur qui s'est battu contre le projet de carrière de Bilcon pour défendre le cadre et le mode de vie de ses concitoyens.<sup>2</sup>

**2- Risque de gel réglementaire** - Cet arbitrage sape l'efficacité des études d'impact environnemental qui sont un instrument essentiel pour protéger l'environnement. Sur les trois membres du tribunal d'arbitrage de l'ALENA devant décider de l'affaire Bilcon, celui qui fut mis en minorité dans l'arbitrage décrit la décision de la majorité comme «une ingérence importante dans la compétence nationale» qui «va provoquer un gel des activités des panels environnementaux»<sup>3</sup>.

**3- Les privilèges des investisseurs passent avant l'intérêt public** - Cet arbitrage met en évidence les obligations maintes fois pointées du doigt, de traitement juste et équitable, présentes dans la plupart des traités sur l'investissement et qui donnent aux arbitres beaucoup trop de pouvoir pour décider du caractère légitime ou illégitime des mesures gouvernementales<sup>4</sup>.

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

**Sans aucun doute.**

Bilcon a fait valoir avec succès que le déroulement de l'évaluation environnementale, ainsi que plusieurs mesures prises au niveau de la province ou du gouvernement fédéral, étaient discriminatoires à son égard et violaient ce qu'on appelle les normes minimales de traitement. Les droits des investisseurs étrangers proposés par l'Union européenne autoriseraient les mêmes arguments, tout comme un règlement du contentieux par des arbitres favorables aux investisseurs. La protection des normes minimales de traitement dans l'ALENA est sensiblement équivalente au texte de l'Union européenne qui propose «*un traitement juste et équitable*» des investisseurs étrangers. Le texte proposé par l'Union européenne stipule qu'«*une partie viole ses obligations de traitement juste et équitable... lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue 'une rupture fondamentale de la procédure établie' ou a un 'caractère manifestement arbitraire'.*» (section 2, article 3, proposition de l'UE)<sup>5</sup>.

Le tribunal d'arbitrage de l'affaire Bilcon a estimé que le déroulement de l'évaluation environnementale était «*arbitraire*», «*extrêmement injuste*» et «*une erreur manifeste de justice naturelle*». L'ajout dans la proposition de l'Union européenne, de «*manifeste*» devant «*caractère arbitraire*» ne changerait probablement pas grand-chose à la décision d'un tribunal d'arbitrage.

**«Jusqu'à maintenant, il y avait juste et équitable, et nous devons expliquer ce que cela signifie. Et maintenant, nous avons cette grande liste. J'adore quand ils essayent d'expliquer les choses.»**

Commentaire de Tod Weiler, avocat spécialisé dans les droit des investissements et arbitre, à propos des projets de l'UE relatifs à l'investissement dans le TAFTA<sup>7</sup>

La proposition de l'UE stipule explicitement qu'un tribunal d'arbitrage peut «*prendre en considération le fait de savoir si une Partie a fourni une représentation spécifique à un investisseur pour l'inciter à effectuer un investissement couvert, représentation qui a provoqué une attente légitime dont dépendait la décision de l'investisseur de réaliser ou de maintenir l'investissement couvert, mais que cette Partie a par la suite déçue*» (section 2, article 3.4, proposition de l'UE). Cette formulation ouvre grand la porte à des décisions semblables au règlement de l'affaire Bilcon à l'avenir.

En fait, en validant le critère d'«*attentes légitimes*» d'un investisseur, (qui n'est pas inclus dans l'ALENA), la proposition de l'Union européenne pourrait même aider les plaignants à gagner une affaire comme celle de Bilcon. Le tribunal d'arbitrage de l'affaire Bilcon décida que l'investisseur avait été encouragé par des responsables du gouvernement provincial à poursuivre son projet de carrière et que celui-ci avait été ultérieurement rejeté «*arbitrairement*» sur les recommandations du panel d'évaluation environnementale fédéral et provincial. Le tribunal d'arbitrage a considéré que ce traitement allait à l'encontre des «*attentes légitimes*» de l'investisseur.

La majorité des membres du tribunal d'arbitrage examina les mesures du Canada «*dans leur globalité*», qualifiant d'injuste le fait que des responsables du développement économique provincial encouragent le projet, puis que «*d'autres responsables définissent effectivement cette zone comme étant une zone d'exclusion pour ce type de développement*»<sup>8</sup>. Cette position vide complètement de son sens, toute procédure d'évaluation environnementale qui est censée être une étude totalement indépendante. Selon l'arbitre minoritaire, cette décision est «*une régression considérable*» pour la protection de l'environnement<sup>9</sup>.

Le tribunal d'arbitrage de Bilcon a décidé que les gouvernements, fédéral et de Nouvelle Ecosse, violaient la règle de traitement national de l'ALENA (non discrimination). Le tribunal d'arbitrage a étudié des exemples de ce qu'il considérait être des projets comparables de carrières ou de terminaux maritimes, impliquant des investisseurs canadiens, qui soit n'avaient pas été assujettis à une étude environnementale complète, soit avaient été acceptés avec des mesures d'atténuation ou tout simplement autorisés. Deux arbitres étaient convaincus que Bilcon avait été traité moins favorablement, en violation de la règle de traitement national. De même, l'Union européenne garantit «aux investisseurs de l'autre Partie... un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations semblables, à ses propres investisseurs» (traitement national, section 1, article 2-3, proposition de l'UE) et aux investisseurs d'une tierce partie (traitement de la nation la plus favorisée, section 1, article 2-4, proposition de l'UE), ce qui ouvre la voie à des affaires similaires.

C'est un exercice fondamentalement subjectif que de vouloir décider si des porteurs de projets, sans aucun lien les uns avec les autres, ont été mieux ou moins bien traités. La décision de l'affaire Bilcon montre comment le système de règlement des différends conduit des arbitres privés à obliger des gouvernements à respecter des critères de cohérence impossibles, selon lesquels toute différence de traitement peut être, selon le bon vouloir des arbitres, assimilée à une discrimination fondée sur la nationalité. Une telle présomption paralyse toute réglementation démocratique et l'Union européenne ne fait rien pour la combattre<sup>10</sup>.

Bilcon ne fit appel d'aucune des décisions relatives à son projet devant une cour canadienne, même si l'entreprise avait le droit de demander la révision des décisions du panel environnemental devant une cour fédérale. De la même façon, rien dans la proposition de l'Union européenne n'oblige un investisseur à épuiser les recours légaux nationaux. Les plaignants pourront court-circuiter les tribunaux nationaux pour choisir un tribunal d'arbitrage investisseurs-Etats.

**Le tribunal d'arbitrage «a, à l'exception de l'arbitre minoritaire, fait preuve d'un manque de connaissances de base du contexte légal dans lequel on lui demandait de se prononcer».**

Meinhard Doelle, professeur de Droit de l'environnement, Université de Dalhousie<sup>13</sup>

Le tribunal d'arbitrage de l'ALENA, présidé par un juriste allemand qui ne connaissait pas le système juridique canadien, décida que le panel d'évaluation environnementale avait violé la loi canadienne<sup>11</sup>. Pour la majorité du tribunal d'arbitrage, la prise en considération de «valeurs communautaires

**«En traitant cette possible violation du droit canadien, en tant que violation [de l'obligation de la clause des Normes minimales de traitement], la majorité des arbitres a en effet introduit la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts pour ce qui est une infraction à la loi canadienne, alors que celle-ci ne prévoit pas de demande de dommages dans le cas d'une telle entorse.»**

Professeur Donald McRae, membre minoritaire du tribunal d'arbitrage de l'affaire Bilcon<sup>15</sup>

fondamentales» qu'il interpréta comme la base première de la recommandation du panel d'évaluation environnementale contre le projet, ne relevait pas du mandat légal du panel. Le tribunal d'arbitrage condamna aussi la décision du panel environnemental de présenter des recommandations catégoriquement opposées au projet, sans proposer des modifications qui aient pu en atténuer les impacts négatifs et permettre à Bilcon de poursuivre son projet<sup>12</sup>.

Le chapitre de l'ALENA sur l'investissement et le texte proposé par l'Union européenne sur les droits des investisseurs donnent tous les deux le pouvoir aux arbitres d'usurper le rôle des tribunaux nationaux. Pourtant, comme l'arbitre minoritaire l'a souligné, même si une législation fédérale d'évaluation environnementale n'a pas

été suivie à la lettre (ce qui n'a pas été prouvé), cela n'aurait dû en aucun cas être jugé en vertu du droit international coutumier comme une violation de la clause des Normes minimales de traitement de l'ALENA. C'est la position des trois gouvernements de l'ALENA que de telles normes devraient être interprétées prudemment et n'être utilisées que dans des cas impliquant un comportement extrême de la part d'un Etat<sup>14</sup>. Le texte proposé par l'Union européenne n'empêcherait pas qu'une telle parodie de justice puisse se reproduire.

## Notes

- 1 La décision du Tribunal d'arbitrage sur le montant des dommages n'a pas encore été rendue. Bilcon a déclaré dans un communiqué de presse du 20 mars 2015 que l'entreprise cherchait à obtenir «au moins 300 millions de dollars états-unien de dommages du Canada». Paul MacLeod. "Bilcon seeks US\$300m after win in quarry dispute." Halifax Chronicle-Herald. 20 mars 2015, <http://thechronicleherald.ca/novascotia/1275735-bilcon-seeks-us300m-after-win-in-quarry-dispute>
- 2 Cité dans : Das Erste, "Konzerne klagen, wir zahlen: Wie Schiedsgerichte den Rechtsstaat aushebeln," (Les entreprises portent plainte et nous payons : comment les tribunaux d'arbitrage suppriment l'Etat de droit), 19 octobre 2015 ; version avec sous-titres anglais et espagnols disponible avec ce lien : <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w>
- 3 Clayton/Bilcon v. Government of Canada. "Dissenting Opinion of Professor Donald McRae." 10 mars 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-13.pdf>
- 4 Nations-Unies. Conférence sur le commerce et le développement (CNUCED) (2012) "Fair and equitable treatment: a sequel", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York et Genève, 2012 (p30)
- 5 Commission européenne (2015) "Partenariat transatlantique sur le commerce et les investissements. Commerce dans les services, les investissements et l'e-. Chapitre II - Investissement", 12 novembre, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf). A partir de maintenant, toute mention de la «proposition de l'UE» ou de la «proposition de l'UE sur l'investissement dans le TTIP se réfère à ce document.
- 6 "The Tribunal finds that the conduct of the joint review was arbitrary. The JRP effectively created, without legal authority or fair notice to Bilcon, a new standard of assessment rather than fully carrying out the mandate defined by the applicable law." Clayton/Bilcon v. Government of Canada. "Award on Jurisdiction and Liability." 17 mars 2015, §. 591.
- 7 Todd Weiler, comments at "The Investor-State Dispute Settlement Mechanism: An Examination of Benefits and Costs," CATO Institute, 20 mai 2014, lien : <http://www.cato.org/events/investor-state-dispute-settlement-mechanism-examination-benefits-costs>
- 8 Clayton/Bilcon v. Government of Canada. "Award on Jurisdiction and Liability." 17 mars 2015, §. 592.
- 9 Clayton/Bilcon v. Government of Canada, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae. 10 mars 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-di/clayton-13.pdf>
- 10 La formulation proposée pour la clause de traitement national dans le TTIP est très similaire à celle de l'ALENA.
- 11 Le tribunal d'arbitrage n'était pas habilité à décider si la loi canadienne avait été violée ou pas. Selon Meinhard Doelle, professeur de Droit de l'environnement à l'université de Dalhousie, l'interprétation de la majorité (des membres du tribunal d'arbitrage) était, avec une quasi certitude, erronée. Doelle, qui a une longue expérience avec des panels d'évaluation fédéraux, constata que le tribunal d'arbitrage «à l'exception de l'arbitre minoritaire, faisait preuve d'un manque de connaissances de base du contexte légal dans lequel on lui demandait de se prononcer». Meinhard Doelle, "Clayton Whites Point NAFTA Challenge Troubling", 25 mars 2015, <https://blogs.dal.ca/melaw/2015/03/25/clayton-whites-point-nafta-challenge-troubling/>
- 12 Comme l'arbitre minoritaire le soulignait : «En traitant cette possible violation du droit canadien, en tant que violation [de l'obligation de la clause des Normes minimales de traitement], la majorité des arbitres a en effet introduit la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts pour ce qui est une infraction à la loi canadienne, alors que celle-ci ne prévoit pas de réclamations pour dommages dans le cas de telles entorses.» Clayton/Bilcon v. Government of Canada, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae. 10 mars 2015, §. 43.
- 13 Meinhard Doelle. "Clayton Whites Point NAFTA Challenge Troubling", 25 mars 2015, <https://blogs.dal.ca/melaw/2015/03/25/clayton-whites-point-nafta-challenge-troubling/>
- 14 Voir Cour permanente d'arbitrage. Mesa Power Group LLC (USA) v. Government of Canada. "Second Submission of Mexico as a Non-Disputing Party." et "Second Submission of the United States of America as a Non-Disputing Party." 12 juin 2015. Lien : <http://www.pcacases.com/web/view/51>
- 15 Clayton/Bilcon v. Government of Canada, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae. 10 mars 2015, §. 43.

# Epreuve de démocratie: le projet de l'Union européenne octroyant des droits aux investisseurs est recalé

Sous couvert de réforme du système de «règlement des différends investisseurs-Etats» (RDIE) dans les accords commerciaux comme le TAFTA, le CETA - entre le Canada et l'Union européenne - et l'accord de libre échange entre le Vietnam et l'Union européenne, la Commission européenne projette d'étendre considérablement la portée de ce mécanisme<sup>1</sup>.

La proposition de l'Union européenne pour la protection des investisseurs et le système juridictionnel des investissements ne sont pas en mesure de protéger le droit de légiférer et par conséquent, de satisfaire l'exigence des citoyens que les politiques d'intérêt général soient protégées contre les attaques

**«Il y a tellement plus d'argent à gagner dans un pays développé. Les budgets sont tellement plus élevés, donc, pour un tas de raisons, vous pouvez vous attendre à voir les recours se multiplier.»**

des investisseurs. Cette proposition n'empêchera pas les entreprises d'attaquer les réglementations ou les décisions des gouvernements, promulguées dans l'intérêt général et visant à protéger la santé publique et l'environnement, lorsqu'elles interfèrent avec les profits que les entreprises escomptent encaisser. Ce projet n'empêchera pas les arbitres de se prononcer en faveur des investisseurs.

Gus van Harten<sup>2</sup>

gouvernements pour régler dans l'intérêt public.

Cela contredit clairement les affirmations de la Commission comme quoi sa proposition garantira la marge d'action des

L'analyse de ces différentes affaires montre que les pouvoirs excessifs des investisseurs sont maintenus et même renforcés.

Notre analyse montre cinq possibilités offertes par le projet de la Commission sur l'investissement qui permettent ainsi aux investisseurs d'attaquer les réglementations et les législations conçues pour protéger la santé et l'environnement, et qui font que ce système ne satisfait absolument pas l'exigence des citoyens européens de plus de démocratie :

## 1 - Le critère de «Traitement juste et équitable» est une formule «fourre-tout»

Le critère de «*Traitement juste et équitable*» des investissements est conservé dans le cadre du projet de système juridictionnel des investissements de l'Union européenne. C'est le critère de protection des investissements interprété de la façon la plus large et le plus utilisé<sup>3</sup>. Une lecture attentive de l'article 3 de la proposition de l'UE montre qu'il laisse la voie libre aux investisseurs pour affirmer que ce critère a été violé dans le cas où les pouvoirs publics prendraient des mesures légitimes dans l'intérêt général.

Par exemple, les investisseurs peuvent arguer du fait que ce critère a été violé si une mesure est jugée «arbitraire», comme dans le cas de la requête en arbitrage portant sur la décision des Etats-Unis d'abandonner l'oléoduc controversé de Keystone XL. TransCanada prétend que la décision se base sur des «critères arbitraires» et «motivés politiquement». Philip Morris qualifiait les mesures anti-tabac de l'Uruguay d'«excessives», de «déraisonnables» et d'«arbitraires», et niait le fait qu'elles puissent avoir un rapport avec une politique de santé publique.

Lone Pine prétend que l'adoption par le Québec d'un moratoire sur la fracturation hydraulique était

«*arbitraire, idiosyncratique, injuste et inéquitable*». De même le géant de l'énergie, Vattenfall, a fait valoir que la demande du gouvernement allemand que l'utilisation de l'eau soit soumise à une nouvelle autorisation afin d'améliorer la protection de l'environnement et de la santé ainsi que la sécurité des citoyens environnants, était «*une mesure déraisonnable et motivée politiquement*». Et pour terminer, il y a la décision des arbitres dans l'affaire Bilcon. Le gouvernement avait refusé à cause des conséquences écologiques néfastes des projets de grande carrière et de terminal maritime dans une zone côtière écologiquement sensible, mais les arbitres décidèrent que la conduite de l'analyse environnementale était «*arbitraire*», «*grossièrement injuste*» et «*une erreur manifeste de 'justice naturelle'*».

## **2 - Les attentes «légitimes» des investisseurs sont maintenant un droit des entreprises**

La Commission européenne a élargi le concept de traitement juste et équitable, en permettant explicitement aux tribunaux d'arbitrage de prendre en compte la notion d'«*attentes légitimes*» des investisseurs. Ce faisant, elle met à disposition des investisseurs un outil encore plus puissant pour combattre tout renforcement des réglementations, puisque les investisseurs pourront avancer que leur «*attentes légitimes*» ont été déçues (article 3.4, proposition de l'UE), lorsqu'ils porteront plainte pour violation de la clause de «*traitement juste et équitable*». Une boîte de Pandore de possibles recours est ouverte, avec des arbitres qui décideront à leur convenance. La seule restriction est que l'Etat doit avoir fourni «*une représentation spécifique*» à l'investisseur.

Dans les cinq affaires analysées, les investisseurs ont affirmé qu'il y avait violation de leurs attentes légitimes. Et la majorité d'entre eux avancent des revendications qui peuvent être interprétées comme une «*représentation spécifique*» de la part des pouvoirs publics compétents, pour les inciter à investir.

TransCanada affirme que son «*attente raisonnable*» de voir les Etats-Unis traiter sa demande «*de façon juste et en conformité avec leurs actes antérieurs*» n'a «*pas été satisfaite*», et que le gouvernement l'a poussé à croire que l'oléoduc serait approuvé. Philip Morris a affirmé que «*les mesures [prises par l'Uruguay] contrevenaient aux attentes les plus fondamentales qu'un investisseur puisse avoir, c'est-à-dire que le pays hôte respecte ses propres lois et respecte la propriété privée*». Philip Morris affirmait que le gouvernement «*a encouragé*» l'entreprise à «*développer ses activités...*». Lone Pine déplorait le fait que le Canada violait ses «*attentes légitimes d'un contexte commercial et juridique stable*». Vattenfall a affirmé que les restrictions «*extrêmement sévères*» relatives au permis d'utilisation de l'eau «*sont éloignées de... ce que le Groupe Vattenfall était en droit d'attendre*». Et pour finir, il fut décidé que le Canada était allé à l'encontre des «*attentes légitimes*» de Bilcon, alors que l'entreprise avait été encouragée par des responsables du gouvernement provincial à poursuivre son projet de carrière.

Ce ne sera une surprise pour personne d'apprendre que les avocats d'affaires qui poussent en permanence les investisseurs à poursuivre les Etats devant des cours d'arbitrage des différends, se sont réjouis que la proposition de l'Union européenne énumère explicitement de nouveaux droits pour les investisseurs, à partir de concepts comme le traitement juste et équitable<sup>4</sup>.

## **3 - Incapacité à limiter l'expropriation indirecte**

La Commission européenne a reconnu que «*l'expropriation indirecte a été une source de problèmes dans certaines affaires dans lesquelles les mesures réglementaires prises pour des raisons légitimes ont fait l'objet de recours en compensation de la part des investisseurs, au motif que de telles mesures équivalaient à une expropriation indirecte à cause de leur impact négatif important sur l'investissement*». Pourtant, le projet de système juridictionnel des investissements contient des échappatoires importantes que les investisseurs peuvent utiliser pour continuer d'affirmer que les mesures prises pour protéger la santé et la sécurité publiques et l'environnement ont un effet équivalent à une expropriation (Annexe 1, point 3).

Tout d'abord, seules les mesures qui sont appliquées pour protéger des objectifs politiques «*légitimes*» seront exclues. Des mesures qui sont légitimes, mais qui peuvent sembler «*manifestement excessives*» pourraient aussi être considérées comme une expropriation indirecte. Qui décidera si une mesure est légitime et à partir de quand elle est excessive ? Dans les affaires analysées, les investisseurs affirment que les mesures gouvernementales n'étaient pas légitimes et dans certains cas, excessives. TransCanada affirme que la décision du gouvernement états-unien relative à l'oléoduc n'avait pas d'objectif légitime de politique générale. Philip Morris International affirme que les restrictions imposées «*n'avaient aucun rapport rationnel avec une politique gouvernementale légitime*». Lone Pine a accusé le gouvernement du Canada de comportement «*arbitraire*» et «*idiosyncratique*», mettant en question les motivations des autorités, car il n'a pas été prouvé que la fracturation hydraulique soit dangereuse. De même, Vattenfall a contesté le caractère d'intérêt public des modifications réglementaires relatives au permis d'utilisation de l'eau. Conformément à la proposition de l'Union européenne, les gouvernements devront défendre des mesures promulguées dans l'intérêt général et apporter la preuve qu'elles ne sont pas «*manifestement excessives*» - comme l'affirment les investisseurs - et qu'elles «*protègent des objectifs légitimes d'intérêt général*». Il appartiendra à des arbitres avec un intérêt financier d'interpréter ces différents qualificatifs

#### **4. L'article relatif au «Droit de légiférer» n'est que de la poudre aux yeux**

L'inclusion d'un article sur le droit de légiférer est trompeuse et donne un faux sentiment de sécurité, car les gouvernements devront prouver que toute réglementation introduite est «*nécessaire*» et cherche à atteindre des objectifs «*légitimes*». Les définitions de «*nécessaire*» et «*légitime*» sont ouvertes à l'interprétation<sup>5</sup>. En fait, il n'y a strictement rien dans le projet de la Commission qui empêche des investisseurs de demander des compensations aux gouvernements, même lorsque les mesures sont nécessaires et légitimes. Cela peut provoquer un gel réglementaire. Si la Commission avait voulu protéger le droit des gouvernements de légiférer et réglementer, elle aurait stipulé que les gouvernements ont toute liberté de déterminer ce qui ressort de l'intérêt général, que des mesures prises dans l'intérêt général ne peuvent constituer une violation des droits des investisseurs et que rien dans l'accord ne peut être interprété comme une exigence que les gouvernements indemnisent les investisseurs. Un haut responsable de la Commission européenne, intervenant lors d'une réunion aux Etats-Unis, admettait récemment que «*ce n'est pas une exception comme le serait une exception générale... C'est un principe directeur qui informe*» la délibération du tribunal. Pour lui, il s'agissait d'une «*distinction juridique importante*»<sup>6</sup>.

Et en effet, la proposition stipule seulement que la protection de l'investissement «*ne doit pas affecter*» le droit de légiférer. Cette formulation est bien moins précise et de ce fait, ne constitue pas une protection efficace de la souplesse réglementaire. Les tribunaux d'arbitrage des investissements peuvent très bien penser que le droit de légiférer n'est techniquement jamais affecté par une compensation financière, même si elle s'élève à plusieurs milliards de dollars.

L'analyse des cinq affaires montre combien il est facile pour les investisseurs d'affirmer que des mesures prises par un gouvernement ne sont pas nécessaires. TransCanada a contesté la «*nécessité*» d'annuler le projet Keystone XL en tant que mesure de lutte contre les changements climatiques. Philip Morris affirme que les mesures prises par l'Uruguay n'étaient pas «*nécessaires*», car «*le même objectif politique aurait pu être atteint par une mesure de moindre ampleur et mieux adaptée*», par exemple avec des avertissements pour la santé plus petits et moins choquants. Lone Pine affirme qu'il existait des mesures moins dommageables pour l'entreprise.

## 5. Les investisseurs ont toujours le droit de prétendre à une compensation pour la perte de profits (futurs)

Il n'y a rien dans la proposition de la Commission qui empêche les investisseurs de prétendre à une indemnisation payée par les gouvernements, pour la perte de (futurs) profits escomptés, même lorsque les gouvernements peuvent démontrer que les mesures prises étaient nécessaires et légitimes. En fait, la proposition de la Commission empêche les investisseurs de poursuivre les Etats uniquement dans des domaines relatifs aux aides de l'Etat, ce qui en retour montre clairement qu'il est possible d'agir dans tous les autres domaines. S'il y avait une intention réelle de protéger le droit de légiférer et de régler dans l'intérêt public, cela aurait pu être fait de manière plus manifeste.

En vertu du système RDIE, TransCanada exige 15 milliards de dollars de dommages et intérêts aux Etats-Unis. Philip Morris a demandé que l'Uruguay paye «une compensation pour la perte de revenus et de profits». Ces affaires illustrent les coûts que pourraient supporter les contribuables, comme conséquence des recours dans le cadre du système RDIE. Conformément au projet actuel de l'Union européenne, non seulement les caisses publiques pourraient être fortement ponctionnées, mais les Etats pourraient aussi avoir peur de prendre de nouvelles initiatives réglementaires, ce qui provoquerait de fait, un gel de la réglementation.

Il est évident que les dispositions qui sont, selon la Commission européenne, censées protéger le droit de légiférer, ne protègent pas les mesures d'intérêt public contre des recours en contentieux. Il ne fait aucun doute qu'avec le nouveau système de protection des investissements promu par la Commission - déjà inclus dans le CETA et l'accord de libre échange UE-Vietnam et proposé pour le TAFTA -, les gouvernements qui promulguent des réglementations ambitieuses pour protéger l'environnement, agir contre les changements climatiques et protéger les citoyens des conséquences dangereuses pour la santé de certains produits toxiques, se retrouveront en première ligne, sous le feu des recours des entreprises. L'inscription des tribunaux d'arbitrage (même sous le nom de Système juridictionnel des investissements) dans le TAFTA, le CETA et d'autres accords de libre échange va emprisonner les gouvernements dans ces accords, sans qu'ils puissent s'en retirer. C'est contraire aux accords bilatéraux existants où les Etats peuvent se retirer unilatéralement. Un gouvernement qui ne serait pas d'accord devrait quitter l'Union européenne pour se libérer de ces accords sur l'investissement.

Le règlement des différends investisseurs-Etats, quel que soit le nom qu'on lui donne, est anti-démocratique, dangereux, injuste et partial. La voie vers de vraies réformes commence par l'abandon, une fois pour toutes, du système RDIE dans le TAFTA et les autres accords commerciaux de l'Union européenne.

## Notes

- 1 Par exemple dans le cas du TAFTA, alors qu'aujourd'hui seulement 8 % des entreprises états-uniennes opérant dans l'UE sont couvertes par les dispositions de RDIE dans les traités existants, un accord sur le TAFTA ferait que toutes les entreprises états-uniennes seraient couvertes, ce qui provoquerait une explosion de nouvelles plaintes. Pour plus de détails voir Public Citizen, "Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP", 2014, (p.1), <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>
- 2 VPRO International, "Documentary: TTIP: Might is Right (VPRO Backlight)", 19 octobre 2015, (42'15), <https://www.youtube.com/watch?v=j0LOwmwkdA>
- 3 Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) "Interpretation of IIAs: What States Can Do", IIA Issues Note, décembre 2011, p.21, [http://www.unctad.org/en/Docs/webdi-aeia2011d10\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/Docs/webdi-aeia2011d10_en.pdf) et Gus Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two) : An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31, 2016, <http://ssrn.com/abstract=2721920>
- 4 Jonathan Kallmer du cabinet juridique Crowell and Moring, par exemple, déclarait à propos de la formulation de l'UE sur le traitement juste et équitable: *"En fait je pense que, du point de vue de l'avocat avide et cupide, c'est une très bonne chose de devoir travailler avec cette formulation"*. Cité dans : Inside US Trade, "U.S. Investment Protection Advocates Wary Of Possible TTIP Outcome", 24 juin 2014
- 5 Il est important de noter que le libellé du droit à légiférer dans l'accord UE-Vietnam est encore plus faible que celui inclus dans les propositions relatives au TAFTA et au CETA : *«Les parties réaffirment le droit de légiférer dans les limites de leurs territoires pour atteindre des objectifs politiques légitimes, comme la protection de la santé et de la sécurité publiques, de l'environnement ou la protection de la moralité publique, la protection sociale ou celle des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle»*. (Chapitre II, Article 13 bis.1), sans véritables dérogations pour de telles politiques, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154210.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf)
- 6 Rupert Schlegelmilch (Commission européenne, DG Commerce, Directeur de la Direction pour les Services et les Investissements, la Propriété intellectuelle et les Marchés publics) parlant lors d'un déjeuner privé sur le thème "Investment Treaty Reform: The European Perspective", le jeudi 7 avril à midi, au Cato Institute à Washington.



**CCPA**  
CANADIAN CENTRE  
for POLICY ALTERNATIVES  
CENTRE CANADIEN  
de POLITIQUES ALTERNATIVES

Le Centre canadien de politiques alternatives est un institut de recherche indépendant et non-partisan qui traite des problèmes liés à la justice sociale, économique et environnementale. Il fut fondé en 1980 et est depuis, une des principales voix progressistes dans les débats sur les politiques publiques.

[www.policyalternatives.ca](http://www.policyalternatives.ca)



**CEO**

Le Corporate Europe Observatory ou CEO (Observatoire européen des lobbies) est un groupe de recherche et d'action qui a pour but de mettre en évidence et de contrer l'accès privilégié et l'influence dont jouissent les grandes entreprises et leurs lobbies dans l'élaboration des politiques européennes. Le CEO travaille en étroite collaboration avec des organisations qui défendent l'intérêt général et avec les mouvements sociaux, en Europe et au-delà, afin de construire une alternative à la domination et au pouvoir des grandes entreprises.

[www.corporateeurope.org](http://www.corporateeurope.org)



**Friends of the Earth Europe**

Les Amis de la Terre Europe forment le plus grand réseau écologiste de terrain en Europe et regroupent plus de 30 organisations nationales avec des milliers de groupes locaux. Nous sommes la branche européenne de la Fédération internationale des Amis de la Terre (Friends of The Earth International) qui regroupe 74 organisations nationales et quelques 5 000 groupes de militants locaux et plus de 2 millions d'adhérents de par le monde. Nous faisons campagne sur les dossiers écologiques et sociaux les plus urgents

[www.foeeurope.org](http://www.foeeurope.org)



*German NGO Forum on  
Environment and Development*

Le Forum pour l'Environnement et le Développement (Forum für Umwelt und Entwicklung) est une ONG allemande fondée le 12 décembre 1992, après la conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement (Rio). Elle a pour but de coordonner les ONG allemandes dans des processus politiques internationaux sur le développement durable. Le Forum comprend des représentants d'organisations écologistes et de développement et soutient des organisations de pays en voie de développement, tout en collaborant avec des organisations internationales pour permettre des activités conjointes. Il participe aux travaux sur l'Environnement et le Développement consécutifs de la conférence des Nations Unies de Rio en 92

[www.forumue.de](http://www.forumue.de)



**tni**  
transnationalInstitute

Le Transnational Institute (TNI) est un institut international de recherche et de sensibilisation engagé dans la construction d'un monde juste, démocratique et soutenable. Depuis plus de 40 ans, TNI a servi de lien unique entre mouvements sociaux, spécialistes engagés et responsables politiques.

[www.tni.org](http://www.tni.org)