

DÉMOCRATIE >

< **CETA**

Novembre 2014

MARCHANDER LA DÉMOCRATIE

EN QUOI LES RÈGLES DE PROTECTION DES INVESTISSEURS
DE L'AÉCG MENAGENT-ELLES LE BIEN PUBLIC
AU CANADA ET DANS L'UNION EUROPÉENNE?

Marchander La Démocratie

En quoi les règles de protection des investisseurs de l'AÉCG menacent-elles le bien public au Canada et dans l'Union européenne?

Auteurs : Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecile Toubeau

Éditeur : Scott Harris

Mise en pages et illustrations : Ricardo Santos

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

Publié par l'Association internationale de techniciens, experts et chercheurs (AITEC), la Chambre du travail de Vienne (AK Vienne), le Centre canadien de politiques alternatives (CCPA), l'Observatoire européen des entreprises (OEE), le Conseil des Canadiens, le Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP), la Fédération syndicale européenne des services publics (FSESP), le Forum allemand d'ONG pour l'environnement et le développement, Amis de la Terre Europe (FoEE), PowerShift, le Bureau quaker des affaires européennes (QCEA), le Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), le Réseau pour le commerce juste (RCJ), l'Institut transnational (TNI) et Transport & Environment (T&E)

Amsterdam / Berlin / Bruxelles / Montréal / Paris / Ottawa / Vienne, novembre 2014

Ce rapport a été publié avec le soutien financier de la Fondation Grassroots, du Ministère néerlandais des affaires étrangères (DGIS), de la Fondation Isvara, de la Fondation Joseph Rowntree et EuropeAid. Les auteurs assument l'entière responsabilité du contenu de cette publication, lequel ne peut être interprété comme représentant la position des bailleurs de fonds susmentionnés. Les bailleurs de fonds n'assument aucune responsabilité quant aux utilisations pouvant être faites de l'information présentée dans ce document.

Résumé et principales conclusions

Le 26 septembre 2014, le Canada et l'Union européenne (UE) ont annoncé la conclusion d'un accord d'intégration économique d'une large portée, soit l'Accord économique et commercial global (AÉCG). L'accord prévoit un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS), lequel pourrait se solder par une véritable explosion du nombre des litiges d'entreprises contre le Canada, l'UE et des États membres individuels de l'UE et dangereusement contrecarrer les efforts des gouvernements visant à protéger leurs citoyens et l'environnement.

Le mécanisme ISDS accorde aux compagnies étrangères la possibilité d'intenter directement des poursuites contre des États auprès de tribunaux internationaux de droit privé pour réclamer des dommages et intérêts si elles jugent que des mesures de protection en matière de santé, d'environnement,

des mesures prudentielles dans le domaine de la finance ou d'autres législations nationales portent atteinte à leurs droits. Ces poursuites intentées par des investisseurs contre un État sont instruites par des arbitres commerciaux privés qui sont rémunérés au dossier et tendent manifestement à interpréter la loi en faveur des investisseurs.

L'ISDS peut empêcher des gouvernements d'agir dans l'intérêt commun à la fois, directement lorsqu'une entreprise intente une poursuite contre un État, et indirectement en décourageant les États d'adopter des lois par crainte d'être poursuivis. À l'échelle planétaire, des investisseurs ont contesté des lois de protection de la santé publique comme des lois anti-tabac, des interdictions de substances toxiques et d'activités minières, des exigences en matière d'évaluations d'impacts environnementaux, des règlements sur les déchets toxiques, des mesures fiscales ou des mesures de sauvegarde financière.

Principales constatations :

1. L'expérience canadienne de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) illustre les dangers de l'arbitrage de différends relatifs à des investissements.

En vertu de l'ALÉNA, le Canada a été poursuivi à 35 reprises. Il a perdu ou réglé à l'amiable six dossiers et a versé des dommages et intérêts totalisant plus de 171,5 millions de dollars canadiens à des investisseurs étrangers. Des plaintes déposées par des investisseurs, toujours en cours, portent sur un large éventail de mesures gouvernementales qui nuiraient à la valeur des investissements étrangers, depuis un moratoire imposé sur la fracturation hydraulique et la révocation connexe de permis de forage jusqu'à une décision rendue par des tribunaux canadiens d'invalider des brevets pharmaceutiques qui n'étaient pas suffisamment innovateurs ou utiles. À l'heure actuelle, des investisseurs étrangers réclament plusieurs milliards de dollars en dommages et intérêts au gouvernement canadien.

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

- En protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs en vertu de la prétendue clause de « traitement juste et équitable », l'AÉCG risque de codifier une interprétation très large de la clause créant le « droit » à un cadre réglementaire stable. Ainsi, les investisseurs disposeraient d'une arme redoutable pour contester des évolutions de la réglementation, y compris celles mises en œuvre à la lumière de nouvelles connaissances ou de choix démocratiques.
- L'AÉCG accorderait aux investisseurs étrangers des droits de contestation de mesures de régulation financière supérieurs à ceux de l'ALÉNA, dans lequel les droits se limitent principalement aux droits (très larges) des banques de transférer des fonds librement tout en bénéficiant d'une protection contre l'expropriation. L'AÉCG élargit l'étendue de leurs droits pour y inclure des concepts très élastiques comme le traitement juste et équitable. Cela menace de paralyser les organismes de régulation chargés de la protection des consommateurs et de la stabilité financière en situation d'urgence.

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

4. L'AÉCG exposerait l'UE et ses États membres à des risques plus élevés de contestation par des investisseurs canadiens dans les secteurs de l'exploitation minière et de l'extraction pétrolière et gazière. La valeur des placements que détient le Canada dans ces secteurs au sein de l'UE est considérable, et des sociétés minières canadiennes sont déjà engagées dans un certain nombre de projets controversés de mise en valeur de ressources naturelles aux quatre coins de l'UE. Des spécialistes miniers

qualifient l'AÉCG d'accord « historique » pouvant avoir « des conséquences importantes pour les minières ». Partout sur la planète, des sociétés pétrolières, minières et gazières recourent de plus en plus à l'arbitrage de différends relatifs aux investissements.

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

6. Des sociétés européennes, canadiennes et américaines figurent déjà parmi les plus grands utilisateurs de l'arbitrage de différends relatifs aux investissements. Il y a donc tout lieu de croire que ces sociétés invoqueront l'AÉCG pour freiner des mesures gouvernementales au Canada et en Europe. Dans l'ensemble, les investisseurs européens ont déposé 53 % de toutes les plaintes pour différends investisseur-État, soit 299 plaintes répertoriées. Les investisseurs américains ont déposé 22 % de toutes les plaintes pour différends investisseur-État répertoriées (127 plaintes). Les investisseurs canadiens se classent au cinquième rang des utilisateurs les plus fréquents de l'arbitrage de différends relatifs aux investissements.

7. L'opposition aux dispositions d'arbitrage investisseur-État de l'AÉCG s'intensifie des deux côtés de l'Atlantique parmi des organisations de la société civile, des syndicats, voire des États membres de l'UE. En réaction, la Commission européenne et le gouvernement du Canada ont entrepris une campagne de propagande trompeuse visant à apaiser les craintes du public en minimisant les risques de l'arbitrage relatif aux investissements, et à faire oublier les problèmes fondamentaux du système en mettant l'accent sur des réformes cosmétiques.

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

Rien ne justifie la création d'un régime juridique particulier pour protéger les entreprises contre les conséquences de leurs propres actions, surtout dans des territoires de droit stable comme l'UE et le Canada. Les multinationales modernes sont parmi les plus prospères de la planète et disposent d'un niveau d'expertise considérable. Elles sont en mesure d'évaluer les risques et les rendements attendus en fonction de ces risques. Si ceux-ci s'avèrent trop élevés, des options comme l'assurance privée, les systèmes publics de garantie des investissements et le recours aux tribunaux nationaux ordinaires sont facilement accessibles.

Marchander La Démocratie demande aux législateurs canadiens et européens de rejeter les dispositions sur la protection des investissements de l'AÉCG et des traités futurs, dont le controversé Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) et le Partenariat transpacifique (PTP).

Marchander La Démocratie

En quoi les règles de protection des investisseurs de l'AÉCG menacent-elles le bien public au Canada et dans l'Union européenne?

Le 26 septembre 2014, le Canada et l'Union européenne (UE) ont annoncé la conclusion d'un accord d'intégration économique d'une portée majeure, l'Accord économique et commercial global (AÉCG). Le texte finalisé de l'accord, que la Commission européenne et le gouvernement du Canada ont été forcés de rendre public tout en insistant sur le fait qu'il ne peut être modifié, confirme plusieurs des craintes exprimées lors de l'analyse des divers textes qui ont fait l'objet de fuites au fil des cinq années qu'a duré la négociation de l'accord.¹

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

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

L'arbitrage des différends entre investisseurs et États est un jeu du chat et de la souris qui favorise les arbitres [...] qui ne risquent pas de voir leurs décisions cassées par une instance supérieure s'ils interprètent un traité de façon erronée ou déraisonnable. Par le passé, ces arbitres ont exploité des ambiguïtés juridiques pour étendre leurs pouvoirs sur des États, des investisseurs, les finances publiques et ainsi de suite.

Gus van Harten, professeur associé,
Faculté de droit Osgoode Hall³

Le présent document fait valoir que, contrairement à ce qui a été avancé publiquement, l'UE et le Canada ne sont pas parvenus à établir un cadre qui réduise les dangers de l'octroi de droits excessifs aux entreprises ; en fait, l'AÉCG en élargit encore plus la portée en incluant de nouveaux secteurs clés, augmentant par conséquent le risque que des investisseurs étrangers les invoquent à l'avenir pour contester des politiques publiques. L'argumentaire ici présenté invite les législateurs du Canada et de l'UE à rejeter les dispositions de protection des investissements prévus dans l'AÉCG, ainsi que leur inclusion dans tout futur traité dont notamment le controversé Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) entre l'UE et les États-Unis, ainsi que le Partenariat transpacifique (PTP).

Les dangers d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États

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

Chaque poursuite intentée par un investisseur contre un État est instruite par des arbitres commerciaux privés plutôt que par des juges indépendants et financièrement désintéressés. Le droit juridique d'en appeler d'une décision n'est pas reconnu et les arbitres sont payés au dossier, ce qui en amène certains à affirmer qu'ils sont des « arbitres à but lucratif ». De façon générale, l'arbitrage de différends en matière d'investissement est entre les mains d'un petit nombre de personnes et de firmes d'avocats qui font fréquemment affaire avec l'industrie (phénomène de la « porte tournante ») et qui ont nettement tendance à interpréter la loi en faveur des investisseurs.²

Le nombre d'investisseurs ayant poursuivi des États a explosé au cours des dernières années. Au milieu des années 1990, on dénombrait une douzaine de cas; à la fin de 2013, on comptait 568 cas répertoriés.⁴ Les investisseurs ont multiplié leurs attaques contre des politiques d'intérêt public dans des domaines de plus en plus variés, n'hésitant pas à contester des lois anti-tabac, des mesures fiscales ou des mesures prudentielles dans le domaine financier, des interdictions de produits toxiques, des restrictions sur l'exploitation minière, des exigences d'évaluations d'impacts environnementaux, des réglementations sur la gestion des déchets dangereux, et plus encore (voir les encadrés 1 et 2). Les sommes publiques que les États ont été obligés de verser en dommages-intérêts sont également montées en flèche. Dans plusieurs cas, des États ont même été condamnés à indemniser des investisseurs pour la perte anticipée de profits *futurs*.

Parce que les arbitres privés ont le pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires aux gouvernements, la crainte ou la menace réelle de poursuites coûteuses peut provoquer un « refroidissement politique » qui rendrait les gouvernements frileux au moment de développer de nouvelles initiatives de régulation.⁵ Cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, un ancien fonctionnaire du gouvernement du Canada décrivait ainsi l'effet de l'inclusion d'une clause de protection des droits des investisseurs dans l'accord : « J'ai lu des lettres adressées au gouvernement canadien en provenance de cabinets d'avocats de New York et de Washington pratiquement pour chaque nouvelle réglementation en matière de protection de l'environnement [...] Toutes les initiatives étaient ciblées et la majorité n'ont jamais pu voir le jour. »⁶

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

Peter Kirby, du cabinet d'avocats Fasken Martineau, concernant l'arbitrage des différends entre investisseurs et États⁷

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

L'expérience vécue par le Canada avec l'ALÉNA illustre très bien les dangers inhérents à l'arbitrage des différends en matière d'investissements. Au total, 35 réclamations entre investisseurs et États ont été déposées contre le Canada en vertu de l'ALÉNA, et ce nombre continue à augmenter. À ce jour, le Canada a perdu ou réglé à l'amiable six de ces

poursuites et a dû verser aux investisseurs étrangers plus de 171,5 millions de dollars canadiens en dommages et intérêts (121 millions d'euros). Sans compter que, puisés dans l'argent des contribuables canadiens, des dizaines de millions de dollars ont dû être déboursés en frais juridiques pour se défendre contre ces réclamations.¹⁴

Plusieurs plaintes au nom de l'ALÉNA sont toujours en cours et touchent à une diversité de mesures gouvernementales au prétexte qu'elles nuiraient à la valeur des investissements étrangers. Des entreprises s'attaquent au moratoire sur la fracturation hydraulique imposé par le gouvernement du Québec ou au moratoire sur les projets d'éoliennes sur le lac Ontario ; d'autres contestent des dispositions de la *Loi sur l'énergie verte* en Ontario, qui fait la promotion des énergies renouvelables, ou encore une décision d'un tribunal canadien d'invalider deux brevets pharmaceutiques parce qu'ils n'étaient pas suffisamment innovateurs ou utiles (voir l'encadré 1). De façon cumulative, des investisseurs étrangers réclament actuellement plusieurs milliards de dollars en dommages et intérêts au gouvernement du Canada.¹⁵

Il y a tout lieu de croire que l'AÉCG ouvre la voie à beaucoup d'autres réclamations de ce type contre le gouvernement du Canada ainsi que contre l'UE et ses États membres. Le chapitre de l'AÉCG portant sur l'investissement concède potentiellement encore plus de droits aux investisseurs étrangers que n'en concède l'ALÉNA, entre autres en protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs en vertu de la clause dite de « traitement juste et équitable », et en ouvrant la porte à des différends entre investisseurs et États concernant la régulation des services financiers (voir l'annexe 1). Déjà les entreprises de l'UE et du Canada sont parmi celles qui ont le plus fréquemment recours à l'arbitrage en matière d'investissements, et l'AÉCG favorise cette tendance en leur fournissant des outils additionnels.

Les entreprises européennes et canadiennes sont celles qui ont le plus souvent recours à l'arbitrage en matière d'investissements. À l'échelle mondiale, 53 % des cas répertoriés de plaintes investisseurs-État (ou 299 dossiers) ont été intentées par des investisseurs européens.

Quant aux investisseurs canadiens, ils se classent au cinquième rang parmi les utilisateurs les plus fréquents des mécanismes d'arbitrage, dépassés uniquement par les investisseurs basés aux États-Unis, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Allemagne.¹⁶

ENCADRÉ 1

UNE MENACE POUR L'UE : QUELQUES CAS INVESTISSEURS-ÉTAT EN VERTU DE L'ALÉNA

Les entreprises attaquent les traités environnementaux – SD Myers c. Gouvernement du Canada : Au plan international, le Canada est signataire de la Convention de Bâle, laquelle prévoit que les pays sont responsables d'éliminer les substances dangereuses qu'ils produisent à l'intérieur de leurs frontières. Le Canada a imposé une interdiction temporaire sur l'exportation de déchets toxiques de BPC entre novembre 1995 et février 1997. Il s'agissait d'une interdiction générale qui ne ciblait aucun pays ou aucune entreprise en particulier. Néanmoins, SD Myers, une société américaine d'élimination de déchets dangereux, a intenté avec succès, en vertu de l'ALÉNA, une action contre cette interdiction. Le panel d'arbitrage a rendu une décision contre le Canada et a accordé à l'investisseur des dommages-intérêts totalisant 6,05 millions de dollars américains (4,7 millions d'euros).^{8,9}

Les entreprises attaquent les protections en matière d'environnement et de santé – Ethyl c. Gouvernement du Canada : En 1997, lorsque le Parlement canadien a interdit l'importation et le transport d'un additif à essence toxique en invoquant des objectifs de protection de l'environnement et de la santé, le fabricant américain Ethyl a intenté une poursuite en vertu de l'ALÉNA, réclamant des dommages-intérêts de 201 millions de dollars américains (158,7 millions d'euros). Le Canada a accepté un règlement à l'amiable de 13 millions de dollars américains (10,2 millions d'euros) et a abrogé l'interdiction.¹⁰

Les entreprises attaquent la démocratie et l'environnement – Lone Pine c. Gouvernement du Canada : En 2011, en réponse à la pression du public et aux préoccupations concernant la pollution des eaux, le gouvernement du Québec a imposé un moratoire sur le recours à la fracturation hydraulique à des fins d'exploration pétrolière et gazière sous le Fleuve Saint-Laurent et ses environs. En 2012, l'entreprise canadienne Lone Pine Resources Inc., dont les opérations sont à Calgary, a utilisé sa domiciliation légale dans le paradis fiscal de l'État du Delaware, aux États-Unis, pour déposer une plainte en vertu de l'ALÉNA contre ce moratoire et la révocation de permis de forage qu'il suppose. L'entreprise réclame 250 millions de dollars canadiens en dommages (175,7 millions d'euros) plus les intérêts.¹¹

Les entreprises attaquent les décisions des cours de justice concernant des brevets de médicaments – Eli Lilly c. Gouvernement du Canada : L'action de 500 millions de dollars canadiens (351,5 millions d'euros) intentée en vertu de l'ALÉNA en 2013 par le géant pharmaceutique américain Eli Lilly démontre comment l'ISDS paralyse de plus en plus les tribunaux nationaux et les lois nationales. En vertu des lois canadiennes, la Cour fédérale du Canada est l'arbitre ultime en matière de validité des brevets et Eli Lilly conteste le refus de la Cour de lui accorder des brevets supplémentaires sur l'olanzapine et l'atomoxétine, une décision qui s'appuie sur le manque d'innovation de ces deux médicaments reformulés. Au total, neuf juges canadiens différents avaient entendu les arguments d'Eli Lilly et la pharmaceutique avait perdu à chaque stade du processus juridique. Si Eli Lilly obtient gain de cause devant les instances d'arbitrage de l'ALÉNA, elle aura dans les faits réussi à contourner les plus hautes instances de justice du Canada.¹²

Les entreprises attaquent les exigences liées à la recherche – Mobil Investments & Murphy Oil c. Gouvernement du Canada : En 2007, Murphy Oil Corporation se joint à Mobil Investments Inc., une entreprise domiciliée aux États-Unis, filiale du géant pétrolier ExxonMobil – la plus grande compagnie américaine au niveau mondial – pour déposer contre le Canada une plainte en vertu de l'ALÉNA. Les multinationales contestent l'exigence par la province de Terre-Neuve-et-Labrador, en 2004, de l'investissement d'une partie des revenus des sociétés offshore dans des activités locales de Recherche et Développement (R&D). L'ALÉNA, mis en œuvre en 1994, incluait pourtant une « clause de réserve » en matière de R&D qui permettait de croire que les décisions d'un gouvernement de prescrire des exigences en R&D, étaient protégées. Toutefois, en 2012, les arbitres ont rendu une décision défavorable au Canada, statuant que les exigences de recherche constituaient une « prescription de résultat » interdite par l'ALÉNA et que la clause de réserve ne protégeait que les règles qui existaient en 1994. Les pétrolières ont réclamé 65 millions de dollars canadiens (45,7 millions d'euros) en dommages et intérêts, mais aucune sentence définitive n'a été rendue publique à ce jour.¹³

ENCADRÉ 2

UNE MENACE POUR LE CANADA : L'UTILISATION QUE FONT LES ENTREPRISES EUROPÉENNES DE L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

Les entreprises européennes attaquent la protection de l'environnement – Vattenfall c. Allemagne

I et II : En 2009, la multinationale suédoise d'énergie Vattenfall a intenté une poursuite contre le gouvernement allemand, lui réclamant 1,4 milliard d'euros (1,9 milliard de dollars canadiens) d'indemnisation plus intérêts pour les restrictions environnementales imposées à l'une de ses centrales électriques au charbon. L'affaire a été réglée à l'amiable après que l'Allemagne eut accepté d'atténuer ses normes environnementales. En 2012, Vattenfall a intenté une deuxième poursuite – celle-là de 4,7 milliards d'euros (6,6 milliards de dollars canadiens) – pour profits non réalisés pour deux de ses centrales nucléaires suite à la décision du gouvernement allemand d'éliminer progressivement la production d'énergie nucléaire dans la foulée de la catastrophe nucléaire de Fukushima. Les deux actions ont été intentées en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie.¹⁷

Les entreprises attaquent des politiques de non-discrimination – Piero Foresti et autres c. Afrique du Sud

Sud : En 2007, des investisseurs de l'Italie et du Luxembourg ont intenté une poursuite de 350 millions de dollars américains (276,5 millions d'euros) contre l'Afrique du Sud parce qu'une nouvelle loi minière comportait des règles de non-discrimination tirées de la *Loi sur l'habilitation économique des Noirs* du pays. Cette loi vise à corriger certaines des injustices subies sous le régime de l'apartheid. En vertu de cette loi, les sociétés minières avaient l'obligation de transférer une partie de leurs actions à des investisseurs noirs. Le litige, basé sur des traités d'investissement conclus par l'Afrique du Sud avec l'Italie et le Luxembourg, a été réglé en 2010 après que les investisseurs eurent obtenu de nouvelles licences prévoyant la cession d'un nombre beaucoup moins élevé d'actions.¹⁸

Les entreprises européennes attaquent les politiques de lutte aux crises économiques – Investisseurs c.

l'Argentine et la Grèce : Lorsque l'Argentine a gelé les tarifs des services publics (énergie, eau, etc.) et dévalué sa monnaie en réponse à la crise financière qui l'a frappée en 2001-2002, des investisseurs ont intenté plus de 40 poursuites contre le pays. En date de janvier 2014, le pays s'était fait ordonner de payer des indemnisations totalisant 980 millions de dollars américains (774,4 millions d'euros). Parmi les requérants figuraient plusieurs multinationales européennes, dont Vivendi et Suez (France), Anglian Water (Royaume-Uni) et Aguas de Barcelona (Espagne). À l'heure actuelle, la Slovak Poštová Banka et son actionnaire chypriote, Istrokapital, poursuivent la Grèce pour avoir procédé à une restructuration de la dette souveraine du pays, après que ces compagnies aient acheté des obligations du gouvernement grec à prix d'aubaine.¹⁹

Les entreprises européennes attaquent le salaire minimum – Veolia c. Égypte : Depuis 2012, en vertu d'un accord bilatéral d'investissement France-Égypte, la société de services publics française Veolia poursuit l'Égypte pour violation présumée d'un contrat d'élimination des déchets dans la ville d'Alexandrie. La ville avait refusé d'apporter les modifications du contrat demandées par Veolia, aux prises avec une hausse de ses coûts, attribuable en partie à l'instauration d'un salaire minimum. De plus, selon Veolia, la police locale n'avait pu empêcher le vol massif de poubelles par la population locale. Selon les médias, Veolia réclame une indemnisation de 82 millions d'euros (116,6 millions de dollars canadiens).²⁰

Les investisseurs européens attaquent la mise en œuvre de la loi européenne – Micula Brothers et autres

c. la Roumanie : À la fin des années 1990, des investisseurs suédois ont reçu des financements en faveur du développement régional en Roumanie. En 2005, ces subventions ont été éliminées dans le cadre de réformes des régimes fiscal et douanier effectuées par le pays, qui cherchait à adhérer à l'UE. Les investisseurs ont intenté leur poursuite en 2006 en vertu d'un accord bilatéral d'investissement entre la Suède et la Roumanie. Bien que la Commission européenne soit intervenue dans le dossier, confirmant qu'elle avait exigé que la Roumanie mette fin à ces financements publics, le tribunal a fait valoir qu'un État ne peut se soustraire de ses obligations à l'égard d'investisseurs sur la base d'objections soulevées par l'UE, et a ordonné à la Roumanie de verser 250 millions de dollars américains en compensation (197,5 millions d'euros). D'autres tribunaux ont également rejeté l'argument selon lequel les lois de l'UE ont préséance sur des traités d'investissement conclus entre des États membres de l'UE.²¹

ENCADRÉ 3

INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS (IDE) ENTRE L'UE ET LE CANADA

INVESTISSEMENTS EUROPÉENS AU CANADA	INVESTISSEMENTS CANADIENS DANS L'UE
UE = 2 ^e source d'IDE	Canada = 4 ^e source d'IDE
Stocks d'IDE (2012) : 180,9 milliards de dollars américains (142,9 milliards d'euros)	Stocks d'IDE (2012) : 183,3 milliards de dollars américains (144,8 milliards d'euros)
Plus de 25 % de tous les IDE au Canada	4 % de tous les IDE dans l'UE
En provenance principalement des Pays-Bas, du Royaume-Uni, du Luxembourg et de la France	Principalement au Royaume-Uni, au Luxembourg, aux Pays-Bas et en Irlande
Principaux investissements : - Fabrication (dont pétrole, charbon, métaux, minerais) - Gestion de sociétés et d'entreprises (incluant les holdings) - Finances et assurances	Principaux investissements : - Finances et assurances - Exploitation minière et extraction de pétrole et de gaz - Gestion de sociétés et d'entreprises (incluant les holdings)

Source : Statistique Canada, Représentation canadienne dans l'UE

D'autres litiges à prévoir dans les milieux bancaires et miniers?

Les flux d'investissements entre l'UE et le Canada sont significatifs (voir le encadré 3) et méritent à plusieurs égards qu'on s'y attarde.

Au Canada, les stocks d'investissements européens sont considérables dans le domaine financier, un secteur économique qui voit l'AÉCG accorder aux investisseurs des droits de poursuite accrus en comparaison à ceux consentis par l'ALÉNA. Cela suggère que les risques que court le Canada d'être poursuivi par des banques, des assureurs et des holdings augmenteront considérablement dès lors que l'AÉCG sera entré en vigueur (voir l'annexe 1). Ces risques sont évidents si l'on considère que les investisseurs spéculatifs, appuyés par des avocats spécialisés en investissements, ont de plus en plus recours à l'arbitrage investisseur-État pour assouvir leur quête de profits, en poursuivant des gouvernements aux prises avec de graves difficultés financières.²² Fait notable, la plupart des investissements qui arrivent au Canada proviennent justement des pays de l'UE où les investisseurs sont les plus agressifs dans l'utilisation du mécanisme investisseurs-États, à savoir les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

En Europe, les montants des investissements canadiens dans les secteurs de l'exploitation minière et de l'extraction de pétrole et de gaz sont saisissants. Des sociétés transnationales actives dans ces secteurs se tournent de plus en plus vers des tribunaux internationaux d'arbitrage. Au début 2013, plus d'un dossier sur trois déposés au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), là où la majorité des différends entre investisseurs et États est instruite, concernait l'exploitation minière ou l'extraction de pétrole ou de gaz.²³ Ce sont également des secteurs dans lesquels des entreprises canadiennes ont acquis la réputation d'être les « pires délinquants sur la planète en matière d'atteintes à l'environnement et aux droits de la personne, et de violations dans divers autres domaines ».²⁴

Des sociétés minières canadiennes sont déjà engagées dans un certain nombre de projets controversés d'exploitation des ressources naturelles sur le territoire de l'UE (voir l'image 1). Un cas attire l'attention: en vertu d'un accord bilatéral d'investissement liant le Canada et la Roumanie – l'un des huit traités existants entre le Canada et des États membres de l'UE en Europe de l'Est²⁵ –, la société minière canadienne Gabriel Resources a menacé de poursuivre le gouvernement

IMAGE 1

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



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

En octobre 2013, en réaction à une vive opposition de la communauté motivée par des craintes relatives à la destruction de l'environnement, à la contamination de l'eau et à la perte de leurs moyens de subsistance, le gouvernement régional de **Galicie**, en **Espagne**, a mis un frein temporaire au développement d'une mine à ciel ouvert à **Corcoesto** par la société minière **Edgewater**.

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

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

Gabriel Resources a menacé d'invoquer des traités d'investissement datant des années 1990 pour tenter contre la **Roumanie** une poursuite de 4 milliards de dollars américains en dommages et intérêts (l'équivalent de près de 2 % du PIB du pays). La résistance de la communauté face à la destruction de l'environnement et au déplacement des villageois a fait en sorte de suspendre le projet de mine d'or et d'argent de la société (**Roşia Montană**).

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

roumain qui, en réponse à une vive résistance populaire, a rejeté un projet de mine d'or et d'argent à Roşia Montană. Si le chapitre de l'AÉCG sur l'investissement entre en vigueur, des sociétés minières canadiennes pourront proférer des menaces similaires et tenter des poursuites identiques contre l'UE et l'ensemble de ses 28 États membres. Il n'est pas surprenant que des spécialistes miniers se réjouissent et qualifient l'AÉCG d'accord « historique » pouvant avoir « des conséquences importantes pour les minières ».²⁶

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

Propos de la revue minière *Mineweb* (publication minière)²⁷

Tout en faisant la promotion des intérêts de son industrie minière en Europe, le gouvernement du Canada s'est aussi servi des négociations de l'AÉCG pour contrecarrer d'importantes lois européennes ayant une incidence sur l'industrie canadienne du pétrole et du gaz.²⁸ En effet, le gouvernement canadien a travaillé pendant des années au nom de sociétés pétrolières et gazières opérant au Canada pour affaiblir et mettre à mal le projet de Directive européenne sur la qualité des carburants, qui exige des distributeurs de carburant de l'UE une réduction de la teneur en carbone de leurs carburants. Cette directive devait tenir compte des émissions de gaz à effet de serre plus élevées des carburants à forte teneur en carbone comme le pétrole extrait des sables bitumineux du Canada, dont l'extraction et le raffinage sont plus énergivores que dans le cas du pétrole conventionnel.²⁹ Après plusieurs années de retard et nombre de délais, la Commission européenne a finalement rendu publiques de nouvelles mesures qui reconnaissent, certes, que le pétrole des sables bitumineux est plus intensif en carbone mais sans pour autant exiger que les sociétés entreprises européennes déclarent une valeur d'intensité de carbone plus élevée si elles en importent. Après d'intenses pressions exercées par le Canada, il en résulte un système qui ne découragera aucunement les sociétés pétrolières d'utiliser le pétrole des sables bitumineux ou d'investir dans leur exploitation.³⁰

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

Il est fondamental de souligner que l'AÉCG ne permettra pas seulement à des sociétés canadiennes d'intenter

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

Les filiales canadiennes de multinationales américaines des États-Unis pourront invoquer l'AÉCG pour intenter des poursuites contre des gouvernements européens.

Cette éventualité est particulièrement inquiétante pour les Européens car l'économie canadienne est largement dominée par des compagnies états-uniennes.³¹ Plus de la moitié des investissements étrangers annuels au Canada proviennent des États-Unis (59,9 % des investissements de 1985 à 2014). Au cours de cette même période, 76,78 % des investissements étrangers concernaient l'acquisition de sociétés canadiennes existantes plutôt que l'investissement dans de nouvelles entreprises. La valeur totale de ces acquisitions s'est chiffrée à 1 104,3 milliards de dollars canadiens³² (797,49 milliards d'euros). Quelque 39,7 % de toutes les grandes entreprises canadiennes appartiennent à des intérêts étrangers.³³

Le contrôle exercé par les États-Unis sur l'économie canadienne est particulièrement inquiétant dans le contexte de l'AÉCG car l'histoire démontre que les investisseurs états-uniens sont les plus enclins à utiliser l'arbitrage de différends relatifs aux investissements. Ces investisseurs ont en effet déposé 22 % de toutes les plaintes pour différends investisseur-État répertoriées fin 2013, soit 127 plaintes³⁴. Les statistiques suggèrent que la tendance est particulièrement forte parmi les arbitres qui étudient les litiges de différends relatifs aux investissements à des interprétations de la loi favorables à l'investisseur lorsque le plaignant est originaire des États-Unis.³⁵ Sans compter que l'industrie juridique qui se spécialise dans les poursuites contre les pays est dominée par des avocats états-uniens. Sur les 20 premiers cabinets d'avocats qui représentent les parties demanderesse et/ou défenderesse dans des cas de poursuite investisseur-État, 15 ont leur siège social aux États-Unis.³⁶

Invoquer l'AÉCG pour poursuivre son propre gouvernement

Les investisseurs européens et canadiens ont malicieusement appris à tirer partie du système, en s'enregistrant à l'étranger pour obtenir la qualité d'investisseurs « étrangers » et ainsi pouvoir poursuivre leur propre gouvernement et contester ses politiques. Parmi les exemples récents de ce phénomène de « shopping de traités », on compte la poursuite entreprise par la société compagnie pétrolière et gazière Lone Pine de Calgary contre un moratoire sur le fractionnement hydraulique - et la révocation des permis de forage qu'elle impliquera - imposé par le gouvernement du Québec (voir l'encadré 1) et la poursuite intentée par le conglomérat espagnol Abengoa, qui a utilisé sa filiale enregistrée au Luxembourg pour invoquer les droits accordés aux investisseurs étrangers dans le Traité sur la Charte de l'énergie, et ainsi contester la décision du gouvernement espagnol de réduire ses subventions dans le secteur de l'énergie solaire. Dans ce deuxième cas, le conglomérat est passé par une filiale enregistrée au Luxembourg.³⁷

Alors qu'un nombre croissant d'entreprises structurent leurs investissements en passant par des réseaux complexes de filiales, l'UE et le Canada peuvent s'attendre à ce que l'AÉCG favorise la multiplication de ce type de

stratagèmes, et redouter de faire l'objet de revendications similaires (voir l'annexe 1). Cela pourra être le lot des filiales de compagnies européennes ayant d'importantes activités commerciales au Canada, dont Shell Canada (propriété de Royal Dutch Shell), British Petroleum Canada (propriété de British Petroleum), Mercedes-Benz Canada (propriété du géant allemand Mercedes-Benz), Total E. & P. Canada et BP Canada Energy Group ULC. Ces filiales pourront toutes invoquer l'AÉCG pour poursuivre des gouvernements européens pourvu que leurs investissements soient structurés en conséquence. De la même façon, le constructeur d'aéronefs et de trains Bombardier - une société canadienne sise au Québec et ayant des installations en Irlande - pourrait poursuivre le gouvernement canadien aux termes de l'AÉCG.

Pour faire face au tollé général, les gouvernements passent en mode propagande

L'opposition aux dispositions investisseur-État de l'AÉCG prend de l'ampleur des deux côtés de l'Atlantique. Voilà plusieurs années que des organisations de la société civile³⁸ et des syndicats³⁹ du Canada et d'Europe expriment leurs préoccupations concernant

IMAGE 2

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



l'AÉCG et réclament en particulier l'abrogation de l'ISDS. Mais après cinq ans de négociations secrètes, les citoyens s'entendent désormais dire que le texte de l'AÉCG est définitif et qu'aucune modification ne pourra y être apportée. En Europe, les tentatives d'influencer le texte de l'AÉCG sont restées lettre morte malgré la vaste participation citoyenne à la consultation publique sur l'ISDS⁴⁰ mise sur pied par la Commission européenne, qui rejeta par ailleurs un projet d'initiative citoyenne européenne concernant l'AÉCG et le traité transatlantique.⁴¹

Il est impératif de ne pas reproduire les failles de l'ALÉNA, voire de les aggraver dans un éventuel AÉCG. Cela s'applique en tout premier lieu aux droits accordés aux investisseurs. Nous nous opposons à l'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends investisseur-État dans l'accord.

Déclaration conjointe du Congrès du travail du Canada (CTC) et de la Confédération européenne des syndicats (CES)⁴²

Dès 2011, le Parlement européen affirme clairement que « compte tenu des systèmes juridiques du Canada et de l'Union européenne et de leur haut niveau de développement, le mécanisme contraignant de règlement des différends d'État à État et l'utilisation des recours juridiques locaux constituent les instruments les plus appropriés pour résoudre les litiges en matière d'investissements.⁴³ Cette position est confirmée lors d'un débat public en septembre 2014, durant lequel tous les partis de centre-gauche et libéraux représentés au Parlement européen ont soulevé des préoccupations quant au règlement des différends investisseur-État prévu par l'AÉCG.⁴⁴ La nécessité d'un mécanisme ISDS a aussi été remise en question par certains États membres de l'UE, dont notamment le gouvernement allemand, qui demande une modification du chapitre de l'AÉCG sur l'investissement de façon à ne pas mettre en péril des mesures d'urgence comme la restructuration des dettes souveraines et ou les sauvetages bancaires. Plusieurs États membres de l'UE ont appuyé cette demande.⁴⁵

Nous nous opposons au mécanisme [ISDS] dans l'accord commercial entre l'Union européenne et le Canada.

Gianni Pittella, président du Groupe de l'Alliance Progressiste des Socialistes et Démocrates, le deuxième bloc représenté en nombre au Parlement européen, août 2014

L'ISDS semble soulever des préoccupations au sein même de la Commission européenne. Parmi les priorités qu'il s'est fixées au cours de son mandat, le nouveau Président de la CE, Jean-Claude Juncker, a écrit que « jamais [il] n'acceptera que le champ de compétence des tribunaux des États membres de l'UE puisse être limité par des régimes spéciaux de traitement des plaintes entre investisseurs et États. »⁴⁶

Face à l'expansion des préoccupations, la Commission européenne et le gouvernement du Canada ont progressivement adopté une posture défensive et lancé une campagne de propagande trompeuse. Leur stratégie consiste à apaiser les craintes du public en minimisant les risques de l'arbitrage relatif aux d'investissements, et à faire oublier les problèmes fondamentaux du système en mettant l'accent sur des réformes cosmétiques.

Cependant, un examen plus attentif de ces soi-disant « réformes » dans le texte finalisé de l'AÉCG (Voir annexe 2) indique qu'elles ne feront rien pour prévenir les abus possibles des règles de protection des investisseurs et du système de règlement des différends investisseur-État tel que le prétend la Commission européenne.⁴⁷ Au contraire, les droits des investisseurs prévus dans l'AÉCG sont à l'évidence plus larges que ceux inclus dans des accords comme l'ALÉNA – entre autres parce qu'ils protègent les « attentes légitimes » des investisseurs en vertu de la clause dite de « traitement juste et équitable » et parce qu'ils ouvrent la porte à des différends entre investisseurs et États en ce qui a trait à la régulation des services financiers (voir les annexes 1 et 2). Cela n'a rien de surprenant : les supposées « réformes » font écho aux propositions faites par les milieux d'affaires pour donner une nouvelle légitimité à l'arbitrage des différends entre investisseurs et États sans s'attaquer au nœud du problème.⁴⁸

La multitude des traités existants justifie-t-elle qu'on en négocie toujours plus ?

Pour justifier son approche, la Commission européenne fait souvent référence au fait qu'il existe mondialement plus de 3 000 traités d'investissement existants qui incluent l'arbitrage des différends entre investisseurs et États. Selon la Commission, la seule façon d'éliminer les failles de ces traités et de prévenir les abus consiste à réformer l'actuel système en concluant de nouveaux accords qui garantiront un meilleur équilibre entre les droits des investisseurs et le droit de réglementer. De telles modifications auraient une incidence bénéfique sur certains accords et remplaceraient directement d'autres accords (comme par exemple, les huit traités bilatéraux entre le Canada et des pays de l'Europe de l'Est, auxquels se substituerait l'AÉCG).⁴⁹

Cet argument ne tient pas la route pour plusieurs raisons. Premièrement, l'AÉCG ne démontre aucune véritable

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

Il en va de même pour le Canada, qui augmente le nombre de ses accords commerciaux et de ses traités d'investissement avec des pays exportateurs de capitaux, dont récemment un accord avec la Corée du Sud (Accord de libre-échange Canada-Corée du Sud [ALECC])⁵⁰ et un traité d'investissement controversé avec la Chine (l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers [APIE] Canada-Chine, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014).⁵¹ L'AECCG augmenterait considérablement le risque de contestations des politiques canadiennes par des investisseurs alors que l'on sait qu'à la fin de 2013, 299 actions ont été intentées par des investisseurs européens, soit 53 % de toutes les plaintes répertoriées.⁵²

Des universitaires commencent à se demander si l'ISDS offre réellement les avantages qu'il est censé livrer, soit l'accroissement des investissements. Les investisseurs étrangers ont la possibilité de se protéger contre les abus gouvernementaux les plus criants en souscrivant une assurance contre les risques politiques [...].

*The Economist*⁵³

Conclusion

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

L'investissement étranger peut s'avérer risqué, mais rien ne justifie la création d'un régime juridique particulier pour protéger les entreprises contre les conséquences de leurs propres actions, surtout dans des territoires où le système juridique est mature et stable comme dans l'UE et le Canada. Les multinationales modernes sont aujourd'hui parmi les plus prospères et sophistiquées de la planète. Elles sont en mesure d'évaluer les risques et les rendements attendus en fonction de ces risques. Si ceux-ci s'avèrent trop élevés, des options comme l'assurance privée, les systèmes publics de garantie des investissements et le recours aux tribunaux nationaux ordinaires sont facilement accessibles.

Nous demandons donc à la Commission européenne, au gouvernement du Canada, aux États membres de l'UE et aux parlementaires des deux côtés de l'Atlantique de rejeter toute version de l'AECCG qui prévoit un mécanisme d'arbitrage des différends entre investisseurs et États. Une telle disposition doit aussi être rayée de tous les accords de libre-échange existant à ce jour, et ne jamais être incluse dans les traités présentement en cours de négociation, dont le controversé Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) et le Partenariat transpacifique (PTP).

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

ANNEXE 1

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

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AECC ET SON JARGON COMMERCIAL⁵⁴TRADUCTION, VOILÀ POURQUOI C'EST DANGEREUX⁵⁵**La définition d'investissement :**

« Investissement s'entend des actifs de toute nature détenus ou contrôlés directement ou indirectement par un investisseur, qui ont les caractéristiques d'un investissement [...]. » S'ensuit une longue liste non exhaustive des formes que peuvent prendre les investissements, incluant actions, titres de créance et droits de propriété intellectuelle (chapitre 10, Article X.3).

La définition de l'« investissement » est très importante, car elle détermine les capitaux étrangers qui sont protégés. Une vaste définition ouverte comme celle que propose l'AECC couvre non seulement les entreprises établies dans l'État hôte, mais aussi un vaste éventail de biens depuis les maisons de vacances, en passant par les investissements spéculatifs à court terme jusqu'aux dettes souveraines. Cela expose les États à des risques juridiques imprévisibles.

La définition d'investisseur : « Investisseur s'entend d'une Partie, d'une personne physique ou d'une entreprise d'une Partie [...] qui cherche à effectuer, qui effectue ou qui a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie. » Une « entreprise d'une Partie » doit mener « des activités commerciales importantes sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée » ou être « directement ou indirectement détenue ou contrôlée » par une personne physique de cette Partie ou par une entreprise y menant des activités commerciales importantes (chapitre 10, Article X.3).

La définition de l'« investisseur » est importante, car elle détermine qui est protégé. La protection dépendra dans une large mesure de l'interprétation que feront les arbitres des « activités commerciales importantes », mais l'AECC prévient les abus flagrants de traités par des entreprises à boîte postale (ex. : une entreprise canadienne qui poursuit le Canada en passant par une coquille vide aux Pays-Bas). Cependant, cela n'empêchera pas les milliers d'investisseurs visés, dont des sociétés américaines et européennes ayant des filiales au Canada, de poursuivre des gouvernements de l'UE en vertu de l'AECC (voir la page 11).

La définition de mesure : « Mesure s'entend d'une loi, d'un règlement, d'une règle, d'une procédure, d'une décision, d'une mesure administrative, d'une exigence, d'une pratique ou de tout autre type de mesure prise par une Partie. » (chapitre 10, Article X.3)

Cela permet à un investisseur de contester tout ce que peut faire un État ou l'UE. Les mesures comprennent les lois locales, les lois fédérales européennes/canadiennes que promulguent les parlementaires, les décisions exécutives, voire les verdicts de tribunaux.

Le traitement national : « Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie et aux investissements visés un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des situations similaires, à ses propres investisseurs et aux investissements qu'effectuent ces derniers en ce qui touche l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, la maintenance, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou l'aliénation de leurs investissements sur le territoire de cette Partie. » (chapitre 10, Article X.6.1)

Les investisseurs étrangers doivent avoir droit à un traitement au moins aussi favorable que celui réservé aux investisseurs nationaux. Cela a été interprété comme une interdiction de toute mesure qui désavantage *de facto* les étrangers, y compris en l'absence d'intention. Par exemple, il a été jugé qu'une décision prise par le Canada d'interdire l'exportation de déchets toxiques (interdiction applicable à tous les investisseurs et compatible avec un traité international en matière d'environnement) privilégiait les entreprises canadiennes, car ces dernières pouvaient continuer à mener leurs activités alors que des concurrents américains se voyaient interdits d'envoyer leurs déchets aux États-Unis pour fins de traitement (voir l'encadré 1 à la page 6).

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AECG ET SON JARGON COMMERCIAL⁵⁴

Le traitement juste et équitable : « Chacune des Parties accorde aux investissements visés effectués par l'autre Partie sur son territoire, et aux investisseurs ayant effectué des investissements visés, un traitement juste et équitable [...] » S'ensuit une liste d'exemples qui constitueraient des manquements à cette obligation : « déni de justice », « manquement essentiel à l'application régulière de la loi », « acte manifestement arbitraire », « discrimination ciblée » et « traitement abusif des investisseurs » (chapitre 10, Article X.9).

La protection des attentes légitimes des investisseurs : « Dans l'application de l'obligation susmentionnée, un tribunal peut tenter de déterminer si une Partie a effectué une représentation particulière auprès d'un investisseur, en vue de susciter un investissement visé, laquelle aurait créé une attente légitime, et sur laquelle un investisseur aurait fondé sa décision d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé avant d'être contrarié par la Partie en question. » (chapitre 10, Article X.9)

TRADUCTION, VOILÀ POURQUOI C'EST DANGEREUX⁵⁵

Cette potentielle clause fourre-tout est la plus dangereuse pour les contribuables et les organismes de régulation : le plus souvent, elle est invoquée avec succès par des investisseurs pour s'attaquer à des mesures d'intérêt public. Par exemple, dans son action contre l'Australie, le géant du tabac Philip Morris prétend que la loi australienne sur l'emballage générique des produits du tabac est « arbitraire » parce que les bienfaits allégués pour la santé sont « contredits par des faits » et que d'autres politiques de réduction du tabagisme sans effet négatif sur Philip Morris existaient.⁵⁶ Le fabricant de tabac a donc cadré son action précisément à l'intérieur des motifs fournis par l'AÉCG. Dans trois affaires sur quatre remportées par des investisseurs américains, les tribunaux ont conclu à un manquement à l'obligation de traitement juste et équitable.⁵⁷

Des tribunaux ont déjà interprété le concept du traitement juste et équitable comme un concept qui protège les « attentes légitimes » des investisseurs, et ce, même si l'expression n'est pas utilisée dans le libellé de traités existants comme l'ALÉNA. De plus, ils ont jugé que ce concept crée le droit à un cadre réglementaire stable qui empêche les gouvernements de modifier des lois, règlements ou autres mesures même à la lumière de nouvelles connaissances ou de choix démocratiques. Dans le cas du Québec, où l'opposition communautaire a mené à l'imposition d'un moratoire sur la fracturation hydraulique, Lone Pine prétend que la « révocation » de ses permis d'exploration gazière violait son [TRADUCTION] « attente légitime d'un environnement commercial et juridique stable ». ⁵⁸ L'AÉCG codifie de telles interprétations élargies du traitement juste et équitable, élargissant du coup la portée du concept et accordant aux investisseurs une redoutable arme pour contester tout resserrement des règles. Il est notamment préoccupant que l'AÉCG ne définisse pas quel type de « représentation particulière » d'un État créerait une « attente légitime ».

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AECG ET SON JARGON COMMERCIAL⁵⁴

L'expropriation : « Aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen d'une mesure ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation [...], sauf si elle : a) agit à des fins d'intérêt public; b) conformément aux principes de l'application régulière de la loi; c) de façon non discriminatoire; et d) moyennant le versement rapide et efficace d'une indemnité adéquate. » (chapitre 10, article X.11.1)

« Il est entendu que, sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou la série de mesures est si rigoureuse au regard de son objet qu'elle semble manifestement excessive, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. » (chapitre 10, Annexe X.11)

Le traitement de la nation la plus favorisée :

« Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie et aux investissements visés un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des situations similaires, aux investisseurs et aux investissements qu'effectuent ces derniers dans un État tiers pour l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, la maintenance, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou l'aliénation de leurs investissements sur le territoire de cette Partie. » L'AECGAÉCG précise que cela « ne vise pas » les procédures de règlement des différends entre les investisseurs et l'État prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux et « ne constituent pas en soi un "traitement et ne peuvent donc pas donner lieu à un manquement au présent article en l'absence de mesures adoptées par une Partie conformément à de telles obligations. » (section 3, Article X.7.1-4)

TRADUCTION, VOILÀ POURQUOI C'EST DANGEREUX⁵⁵

D'une certaine perspective favorable aux investisseurs, pratiquement toute mesure législative ou réglementaire peut être considérée comme une « expropriation » indirecte lorsqu'elle a pour effet de réduire les profits. C'est l'interprétation qu'ont eue des tribunaux face à des mesures de protection légitimes de la santé, de l'environnement et d'autres enjeux publics en ordonnant à des États de payer des dommages-intérêts. L'annexe de l'AÉCG sur les mesures d'intérêt public prévient-elle une telle interprétation ? Pas nécessairement. Un État aurait à démontrer qu'une mesure a été conçue et appliquée dans l'optique de protéger des objectifs légitimes d'intérêt public (et les investisseurs contesteraient, comme dans l'affaire Philip Morris). Dans de « rares circonstances », une mesure d'intérêt public pourrait néanmoins être considérée comme une expropriation et le public serait tenu de verser des dommages-intérêts. Ce serait à un tribunal formé d'arbitres non tenus de rendre des comptes – plutôt que de juges indépendants – de décider.

Des arbitres ont utilisé des dispositions sur la nation la plus favorisée comme des « baguettes magiques »⁵⁹ permettant aux investisseurs dans des procédures d'ISDS d'« importer » des droits plus favorables d'autres traités signés par l'État hôte. Cela multiplie les risques de voir aboutir des attaques livrées contre la politique publique. Le libellé de la nation la plus favorable dans l'AÉCG aborde en quelque sorte cette sélection choisie, mais il laisse la voie ouverte à l'interprétation des arbitres et est ambigu. En particulier, pour quelle raison l'AÉCG n'interdit-il pas en termes clairs l'« importation » d'obligations matérielles d'autres accords ? C'est le cas uniquement en l'absence de « mesures [...] en vertu de telles obligations » dans d'autres traités et le terme « mesure » est défini très largement dans l'AÉCG.

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AAÉCG ET SON JARGON COMMERCIAL⁵⁴

TRADUCTION, VOILÀ POURQUOI C'EST DANGEREUX⁵⁵

Le règlement des différends investisseur-État :

« La Partie visée par la plainte consent à la présentation d'une plainte à l'arbitrage en vertu de la présente section, conformément à la méthode énoncée dans le présent accord. » (chapitre 10, Article X.24)

C'est à cet égard que l'UE et le Canada affirment, dans les faits, que leurs tribunaux ne sont pas assez compétents pour instruire les affaires d'investisseurs étrangers. Contrairement aux firmes nationales et aux gens ordinaires, les investisseurs étrangers auront le droit exclusif de contourner les systèmes juridiques internes et de poursuivre le Canada, l'UE et les États membres en s'adressant directement à des tribunaux internationaux de droit privé, qui statueront sur le bien-fondé des politiques et pourront condamner les États au paiement de lourds dommages et intérêts prélevés sur les deniers publics.

La constitution du tribunal d'arbitrage : En règle générale, « le tribunal est formé de trois arbitres. Chacune des parties au différend nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du tribunal, est nommé conjointement par les parties au différend. Si les parties au différend conviennent de nommer un seul arbitre, elles doivent alors s'entendre. » (chapitre 10, Article X.25)

Les différends investisseur-État ne seront pas tranchés par des juges indépendants jouissant de la sécurité d'emploi et d'un salaire fixe et assignés à des dossiers de manière équitable (par loterie ou par rotation). Les décisions seront plutôt rendues par des arbitres travaillant à profit, rémunérés au dossier ou à l'heure et clairement incités à rendre des décisions favorables à la partie qui leur apportera de l'eau au moulin dans le futur : l'investisseur.⁶⁰

La sentence définitive : Lorsqu'un tribunal conclut qu'un État a violé les droits des investisseurs en vertu de l'AAÉCG, « il ne peut accorder que l'une des réparations suivantes, ou ces deux réparations : a) des dommages-intérêts et tout intérêt applicable; b) la restitution de biens ». « Les dommages-intérêts ne doivent pas être supérieurs à la perte subie par l'investisseur. » (chapitre 10, Article X.36)

Les montants accordés en dommages-intérêts peuvent lourdement hypothéquer les budgets publics et les ordonnances peuvent être mises en œuvre par la saisie de biens de l'État dans de nombreux endroits de la planète. À ce jour, c'est l'Équateur qui a été condamné à l'un des montants les plus élevés, soit 2,4 milliards de dollars américains. C'est un peu moins de 3 % du PIB du pays.⁶¹ En 2003, la République tchèque a été condamnée à verser à une entreprise de médias un montant de 354 millions de dollars américains, soit l'équivalent du budget national de la santé du pays à l'époque.⁶² Souvent, les tribunaux ordonnent le paiement de dommages-intérêts basés sur les prévisions de bénéfices à venir, comme ce fut le cas dans une affaire contre la Libye. Le pays a été condamné à payer 900 millions de dollars américains pour « pertes de profits » découlant de la « perte d'occasions réelles et certaines » subie par un projet de tourisme, et ce, même si l'investisseur n'avait investi qu'un montant de 5 millions de dollars américains et alors que la construction n'avait jamais été entreprise.⁶³

JARGON COMMERCIAL : LE LIBELLÉ DE L'AECC ET SON JARGON COMMERCIAL⁵⁴

L'article 20 du chapitre de l'AECC sur les services financiers permet les dispositions de **règlement des différends entre investisseurs et États eu égard aux services financiers** lorsqu'« un investisseur présente une plainte portant qu'une Partie a violé les articles X.12 (Investissement – Transferts), X.11 (Investissement – Expropriation), X.10 (Investissement – Indemnisation des pertes), X.9 (Investissement – Traitement des investisseurs et des investissements visés), X.15 (Investissement – Refus d'accorder des avantages), X.3 (Services financiers – Traitement national) ou X.4 (Services financiers – Traitement de la nation la plus favorisée) » ou « aux différends en matière d'investissement amorcés en vertu de l'article [Règlement des différends entre investisseurs et États], dans le cadre desquels l'article 15.1 a été invoqué. » (chapitre 15, Article 20)

TRADUCTION, VOILÀ POURQUOI C'EST DANGEREUX⁵⁵

En vertu de l'AECC, les investisseurs étrangers disposent de droits plus importants à contester la réglementation financière qu'en vertu de tout autre traité antérieur, comme l'ALÉNA. Cela menace de paralyser les organismes de réglementation chargés de la protection des consommateurs et de la stabilité financière en situation d'urgence. En vertu de l'ALÉNA, les poursuites intentées par des investisseurs dans le secteur financier se limitent principalement aux droits (très larges) des banques de transférer des fonds librement tout en bénéficiant d'une protection contre l'expropriation. L'AECC élargit l'étendue de leurs droits pour y inclure des concepts très élastiques comme le traitement juste et équitable. Les négociateurs de services financiers du Canada eux-mêmes ont averti que cela [TRADUCTION] « aurait un effet paralysant qui nuirait à l'économie du pays dans son ensemble ». ⁶⁴

La clause de survie : « Dans l'éventualité où le présent accord est dénoncé, les dispositions [du chapitre X – Investissement] restent en vigueur pendant les 20 années qui suivent la date de dénonciation en ce qui concerne les investissements effectués avant la date de dénonciation du présent accord. » (chapitre 34, Article X.08.2).

Même si on abrogeait l'AECC, les investisseurs disposeraient néanmoins d'une période de 20 ans pour contester des investissements effectués avant l'abrogation. Cette « clause zombie » ferait en sorte que les compagnies conservent leurs droits exceptionnels bien après la mise à mort de l'AECC.

ANNEXE 2

GUIDE DE DÉCRYPTAGE DES DISPOSITIONS FAUSSEMENT RASSURANTES DE L'AECCG

LE JARGON DES RELATIONS PUBLIQUES⁶⁵

L'indépendance des arbitres : « Les arbitres se conforment aux Lignes directrices de l'Association internationale du Barreau sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international ou à toute autre règle supplémentaire » adoptée par l'UE et le Canada une fois que l'AECCG est en vigueur (chapitre 10, Article X.25).

Le choix des arbitres : Dans le cas où les parties ne peuvent s'entendre sur le choix des arbitres, « le Secrétaire général du CIRDI nomme [...] les autres arbitres » à partir d'« une liste de personnes » comptant une certaine expérience, liste devant être établie par l'UE et le Canada (la « liste établie ») (chapitre 10, Article X.25).

Les plaintes manifestement dénuées de fondement juridique et non fondées en droit : L'État défendeur peut « déposer une objection portant que la plainte est manifestement dénuée de fondement juridique » ou « une objection que la plainte [...] n'est pas, d'un point de vue juridique, une plainte à l'égard de laquelle une sentence en faveur du plaignant peut être rendue en vertu de l'article X.22 (Présentation d'une plainte à l'arbitrage), même si les faits allégués étaient considérés comme avérés. » La décision relève du tribunal (chapitre 10, Articles X.29 et X.30).

CONFRONTATION AVEC LA RÉALITÉ : POURQUOI C'EST FAUSSEMENT RASSURANT⁶⁶

Nous sommes loin de réelles réformes visant à assurer l'indépendance et l'impartialité des arbitres (ex. : sécurité d'emploi et salaire fixe). Les codes de déontologie existants comme les Lignes directrices de l'IBA n'ont pas empêché un club sélect d'arbitres de rendre des décisions dans une majorité de différends investisseur-État. Ces arbitres ont encouragé les contestations et assuré le développement de l'industrie de l'arbitrage en interprétant la loi très largement en faveur des investisseurs.⁶⁷ Les Lignes directrices de l'IBA (qui ont été rédigées par les arbitres eux-mêmes) ne définissent même pas ce que constitue un conflit d'intérêts, y compris dans les cas flagrants où des arbitres travaillent occasionnellement comme avocats.

Cela ne dissipera pas les craintes quant à la partialité des arbitres. Si les parties ne s'entendent pas sur le choix d'un arbitre, un représentant officiel (le Secrétaire général du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements [CIRDI], où la plupart des arbitrages de différends investisseur-État sont instruits) deviendra l'autorité investie du pouvoir de nomination par défaut. Le CIRDI entretient des liens étroits avec l'industrie de l'arbitrage et pourrait avoir des intérêts similaires dans le développement de cette industrie. Et la liste? Elle pourrait ne jamais être établie. Un engagement similaire avait été pris en vertu de l'ALÉNA, mais une liste établie se fait toujours attendre 20 ans plus tard.

Il s'agit clairement d'un cas où on demande au renard de prendre soin du poulailleur. La question de savoir si une plainte sera instruite sera tranchée par des arbitres, dont le revenu dépend du nombre de plaintes qu'ils instruisent. Ce conflit d'intérêts manifeste explique peut-être pourquoi aucune plainte dénuée de fondement juridique n'a été rejetée à ce jour⁶⁸ même si certains traités permettent le rejet de telles plaintes. Un autre problème est que nombre de différends investisseur-État s'insèrent parfaitement dans le système d'exception que l'AECCG accorde aux investisseurs. Par exemple, des contestations manifestement frivoles de politiques fondées, comme dans les affaires Lone Pine et Vattenfall, sont très peu susceptibles d'être rejetées en vertu de tels mécanismes.

LE JARGON DES RELATIONS PUBLIQUES⁶⁵CONFRONTATION AVEC LA RÉALITÉ :
POURQUOI C'EST FAUSSEMENT RASSURANT⁶⁶

La sentence définitive : Un tribunal ne peut accorder que des dommages-intérêts ou la restitution de biens (chapitre 10, Article X.36). Selon l'UE, cela signifie que l'ordonnance d'un tribunal « ne peut mener à l'abrogation d'une mesure adoptée par les parlementaires de l'Union [européenne], d'un État membre ou du Canada. »

Cela n'empêchera pas les gouvernements d'abroger volontairement des mesures une fois qu'une poursuite majeure aura été intentée ou qu'ils auront fait l'objet de menaces de la part d'une entreprise financièrement avantagée. Des exemples d'un tel « gel réglementaire » incluent la dilution des contrôles environnementaux imposés à une centrale au charbon lorsque l'Allemagne a réglé une plainte déposée par la société énergétique suédoise Vattenfall (voir l'encadré 2 à la page 7) et l'annonce de la Nouvelle-Zélande de sa décision de reporter sa loi sur l'emballage générique des produits du tabac jusqu'à l'aboutissement de la plainte déposée par Philip Morris contre les règles anti-tabagisme adoptées par l'Australie.⁶⁹ Certains prétendent que cet effet paralysant sur la réglementation gouvernementale est la raison d'être du régime d'investissement mondial.⁷⁰

Le mécanisme d'appel : L'UE et le Canada établissent un comité consultatif sur, entre autres, « la question de savoir si, et sous quelles conditions, une procédure d'appel pourrait être créée en vertu de l'Accord » (chapitre 10, Article X.42).

Contrairement à ce qui se passe dans un système judiciaire approprié, les décisions rendues par les tribunaux sur l'investissement ne sont pas susceptibles d'examen (elles peuvent être annulées ou soumises à des procédures d'annulation dans le cas d'un nombre limité d'erreurs procédurales; le cas échéant, elles sont instruites par un autre tribunal d'arbitrage privé ou une cour choisie par les arbitres ayant rendu la décision initiale). Pour être efficace, un mécanisme d'appel devant un tribunal indépendant rendrait des décisions plus cohérentes et freinerait l'aventurisme des arbitres. Pourtant, c'est loin d'être une réalité : la disposition de l'AÉCG sur les appels ne formule que de vagues intentions non contraignantes incluses dans d'autres traités depuis au moins dix ans.

Les interprétations ayant force juridiquement contraignante : « Quand de graves préoccupations sont soulevées relativement à des questions d'interprétation susceptibles d'avoir une incidence sur les investissements », l'UE et le Canada peuvent adopter « une interprétation de l'Accord » qui « lie le tribunal » (chapitre 10, Article X.27).

En pratique, il est très difficile d'obtenir un consensus en matière d'interprétations ayant force juridiquement contraignante. Au cours des 20 ans depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, qui comporte une disposition similaire, une entente de ce type n'a été trouvée que dans deux cas, et ce malgré une vague de plaintes d'investisseurs. De plus, des arbitres ont souvent refusé d'accepter les interprétations « ayant force juridiquement contraignante » et les annexes visant à freiner leur discrétion.⁷¹

LE JARGON DES RELATIONS PUBLIQUES⁶⁵

L'AÉCG prévoit un certain nombre d'**exceptions**. Par exemple : « la préservation de l'intégrité et de la stabilité du système financier d'une Partie » (chapitre 15, Article 15.1) ou « la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » (chapitre 32, article X.02.2).

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

CONFRONTATION AVEC LA RÉALITÉ : POURQUOI C'EST FAUSSEMENT RASSURANT⁶⁶

Les exceptions se limitent habituellement à quelques secteurs et à certains droits bien précis consentis aux investisseurs. De plus, elles sont formulées en termes étroits et imposent le fardeau de la preuve aux gouvernements. Par exemple, des mesures de sauvegarde visant à assurer la stabilité financière doivent être « *absolument nécessaires* » et ne peuvent être prises que dans des « circonstances *exceptionnelles* » comportant de « *graves* difficultés de fonctionnement de l'union économique et monétaire ». Pour clarifier l'interprétation « de *sérieuses* difficultés liées à la balance des paiements ou à la situation financière externe », l'AÉCG va jusqu'à énoncer que les dispositions prises doivent « éviter de léser *inutilement* les intérêts *commerciaux, économiques et financiers* de toute autre Partie » (chapitre 32, Articles X.03 et X.04). Ce sera aux arbitres de décider si une politique était « absolument nécessaire » ou si elle a donné lieu à des coûts « inutiles » pour l'investisseur. C'est un obstacle facile à surmonter pour un arbitre dont l'intention est d'obtenir des dommages-intérêts pour une banque ou un investisseur.

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

Notes

- 1 Voir <http://eu-secretdeals.info/ceta/> pour consulter des mises à jour sur l'AÉCG et *Making Sense of the CETA*, une première analyse du texte finalisé de l'AÉCG par des experts canadiens et européens.
- 2 Observatoire européen des entreprises / Institut transnational transnational. 2012. *Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, chapitre 4; Van Harten, Gus. 2012. « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration » dans *Osgoode Hall Law Journal* 50:1, p. 211-268.
- 3 Van Harten, Gus. 2014. *Why arbitrators not judges? Comments on the European Commission's approach to investor-state arbitration in TTIP and CETA*. Sommaire, p. 2.
- 4 CNUCED. 1^{er} avril 2014. *Recent developments in investor-state dispute settlement (ISDS)*.
- 5 Tienhaara, Kyla. 2010. *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration. A View from Political Science*.
- 6 Tiré de Greider, William. 17 novembre 2001. « The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century » dans *The Nation*.
- 7 Tiré de Kenn, Kip. 23 octobre 2013. « Landmark Canada/ EU trade agreement could have major implications for miners » dans *Mineweb*.
- 8 Toutes les conversions dans ce document ont été faites selon le taux de change en vigueur le 14 octobre 2014 (1 € = 1,27 \$US; 1 € = 1,42 \$CA).
- 9 IIAPP. 2011. *SD Myers v. Canada (NAFTA Chapter 11)*.
- 10 *Public Citizen*. 14 août 2014. « Table of Foreign Investor-State Cases and Claims under NAFTA and Other US "Trade" Deals ».
- 11 Observatoire européen des entreprises/Conseil des Canadiens/ Institut transnational. 2013. *The right to say no. EU-Canada trade agreement threatens fracking bans*.
- 12 Trew, Stuart. 30 août 2013. *Eli Lilly's NAFTA lawsuit should prompt rethink of investor 'rights' deals*.
- 13 Conseil des Canadiens. 4 juin 2012. *Exxon Mobil's disastrous NAFTA win against Canada: Resource management and sustainable development take a hit in three different investor-state disputes*.
- 14 Centre canadien de politiques alternatives. 2014. *Investor-State Dispute Settlement in the TTIP and CETA. Submission to the European Commission's public consultation*, p. 17.
- 15 Ibidem.
- 16 CNUCED. 2014. Voir notes de fin de texte 4, 1, 8.
- 17 PowerShift/TNI/SOMO. 2013. *The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)*.
- 18 International Investment Arbitration and Public Policy (IIAPP). 2011. *Foresti v South Africa (Italy-South Africa BIT)*.
- 19 Observatoire européen des entreprises/Institut transnational. 2014. *Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries*, p. 12 et chapitre 3.
- 20 Karadelis, Kyriaki. 28 juin 2012. « Can Veolia trash Egypt at ICSID? » dans *Global Arbitration Review*.
- 21 Sushama, Deepu Jojo. 8 janvier 2014. « Micula Brothers vs. Romania: A Road Map for Future Investors in Europe » dans *Young Arbitrators Belgium*.
- 22 Observatoire européen des entreprises/Institut transnational. 2014. Voir la note de fin de texte 19.
- 23 Institut d'études politiques. 1^{er} avril 2013. *Mining for Profits in International Tribunals*.
- 24 Whittington, Les. 19 octobre 2010. « Canadian mining firms worst for environment, rights: Report » dans *The Star*.
- 25 Les traités bilatéraux d'investissement existants entre le Canada et la République tchèque, la Hongrie, la Croatie, la Lettonie, la Pologne, la Malte, la Roumanie et la République slovaque sont présentés sur le site Web du gouvernement du Canada.
- 26 Keen, Kip. 2013. Voir la note de fin de texte 7.
- 27 Ibidem.
- 28 Friends of the Earth Europe. 2014. *Dirty Deals: How trade talks threaten to undermine EU climate policies and bring tar sands to Europe*, p. 9.
- 29 Pembina Institute, Oilsands 101: Climate Impacts.
- 30 CBC News. 7 octobre 2014. « European Union drops plan to label oilsands crud 'dirty' ».
- 31 Frigon, Mathieu. 12 juillet 2001. *Le processus d'examen des investissements étrangers au Canada*, Bibliothèque du Parlement, Parlement du Canada; Hurtig, Mel. 2008. *The Truth About Canada*, chapitre 24.
- 32 Industrie Canada. 2014. *Loi sur l'investissement Canada Statistiques – Trimestre 2*, Tableau 3.
- 33 Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada. 2010. *Le commerce international du Canada : Le point sur le commerce et l'investissement – 2010*.
- 34 CNUCED. 2014. Voir les notes de fin de texte 4, 1, 8.
- 35 Van Harten, Gus. 2012. Voir la note de fin de texte 2.
- 36 Observatoire européen des entreprises/Institut transnational. 2012. *Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, chapter 4*, chapitre 3.
- 37 Observatoire européen des entreprises/Institut transnational. 2014. Voir les notes de fin de texte 2, 30.
- 38 Déclaration publique (novembre 2013). *Stop the Corporate Giveaway! A transatlantic plea for sanity in the EU – Canada CETA negotiations*.
- 39 CTC/CES. Janvier 2013. *EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement*.
- 40 EDRI. 30 juillet 2014. *EU Commissioner on ISDS consultation. "An outright attack"*.
- 41 Stop TTIP. 2014. *EU Commission Wants to Wipe Out Citizens' Involvement in TTIP and CETA*.
- 42 CTC/CES. Janvier 2013. Voir la note de fin de texte 39.
- 43 Parlement européen. 8 juin 2001. *Résolution sur les relations commerciales EU-Canada*.

- 44 Parlement européen. 16 septembre 2014. Accord de libre-échange UE-Canada (débat).
- 45 Voir, par exemple, le procès-verbal du 10 septembre 2014 du Comité des politiques de commerce (Services et investissements) du Conseil de l'UE, au dossier de l'Observatoire européen des entreprises.
- 46 Dalton, Matthew. 16 juillet 2014. « Did Juncker Oppose Investor Tribunals in the US-EU Trade Deal? » dans *Wall Street Journal*.
- 47 Commission européenne. 26 septembre 2014. EU-Canada agree deal to boost trade and investment (communiqué de presse).
- 48 Observatoire européen des entreprises. Juillet 2014. Commission ISDS reform plan is an echo chamber of business views.
- 49 Voir la note de fin de texte 25.
- 50 Gouvernement du Canada. 2014. Accord de libre-échange Canada-Corée (ALECC).
- 51 Gouvernement du Canada. 2014. Négociations de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) Canada-Chine.
- 52 CNUCED. 2014. Voir les notes de fin de texte 4, 1, 8.
- 53 11 octobre 2014. « The arbitration game » dans *The Economist*.
- 54 Texte de l'AÉCG consolidé, publié le 26 septembre 2014.
- 55 Sauf indication contraire, l'analyse repose sur des analyses critiques de versions antérieures du texte de l'AÉCG publiés sur <http://eu-secretdeals.info/ceta/> (section TTIP).
- 56 Philip Morris. 2011. Notice of Arbitration, p. 11.
- 57 *Public Citizen*. 2012. « "Fair and Equitable Treatment" and Investors' Reasonable Expectations: Rulings in US FTAs and BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed », p. 1.
- 58 Lone Pine. 2013. Notice of Arbitration, p. 17.
- 59 Kahale, George III. 28 mars 2014. Keynote Speech at the Eighth Annual Juris Investment Treaty Arbitration Conference, Washington, p. 5.
- 60 Observatoire européen des entreprises/Institut transnational. 2012. Voir la note de fin de texte 2, chapitre 4; Van Harten, Gus. 2012. Voir la note de fin de texte 2.
- 61 *Public Citizen*. 2013. Occidental v. Ecuador Award Spotlights Perils of Investor-State System, p. 2.
- 62 Desai, Mihir A. et Alerto Moel. 2006. Czech Mate. Expropriation and Investor Protection in a Converging World.
- 63 Rosert, Diana. 19 janvier 2014. « Libya ordered to pay US\$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project » dans *Investment Treaty News*.
- 64 Centre canadien de politiques alternatives. 2014. Making Sense of CETA, p. 18f.
- 65 Voir la note de fin de texte 54.
- 66 Voir la note de fin de texte 55.
- 67 Observatoire européen des entreprises/Institut transnational. 2012. Voir la note de fin de texte 2, chapitre 4; Van Harten, Gus. 2012. Voir la note de fin de texte 2.
- 68 Trew, Stuart. 23 mai 2013. « Revised EU Mandate Seeks To Prevent 'Frivolous' Investor-State Claims » dans *Inside US Trade*.
- 69 Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 19 février 2013. Government moves forward with plain packaging of tobacco product.
- 70 European Commission 2014: Investment provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), 26 September". The title should be hyperlinked: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf
- 71 Porterfield, Matthew. 22 mars 2013. « A Distinction Without Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals » dans *Investment Treaty News*.



Publié par l'Association internationale de techniciens, experts et chercheurs (AITEC), la Chambre du travail de Vienne (AK Vienne), le Centre canadien de politiques alternatives (CCPA), le Corporate Europe Observatory (CEO), le Conseil des Canadiens, le Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP), la Fédération syndicale européenne des services publics (FSESP), le Forum allemand d'ONG pour l'environnement et le développement, les Amis de la Terre Europe (FoEE), PowerShift, le Bureau Quaker des affaires européennes (QCEA), le Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), le Réseau pour le commerce juste (RCJ), le Transnational Institute (TNI) et Transport & Environment (T&E).