



Investissement, développement et droits du travail Les règles en matière d'investissement servent-elles LES INTÉRÊTS DES TRAVAILLEURS ?

I. INTRODUCTION AUX ACCORDS D'INVESTISSEMENT



L'investissement international est un moteur important de l'économie mondiale. En 2013, les investissements directs à l'étranger (IDE) représentaient 1 450 milliards de dollars. Leur valeur devrait atteindre 1 600 milliards en 2014. Ces investissements sont, en grand partie, le fait de multinationales, avec environ 100 000 entreprises contrôlant 900 000 filiales dans le monde. Certains de ces investissements sont régis par des accords internationaux d'investissement, au nombre de 3 236 fin 2013 (dont quelque 1 400 à l'actif des États membres de l'UE). 44 de ces accords ont été négociés rien qu'en 2013.

Il est certain que les IDE peuvent jouer un rôle positif en créant des emplois décents, en améliorant la productivité, en investissant dans le transfert de compétences et de technologies, en soutenant la diversification de l'économie et le développement des entreprises locales et en favorisant une juste transition vers une économie verte. Toutefois, les IDE peuvent également mettre à mal le travail décent, le développement durable, la répartition des ressources et le bien-être général.

Cela dépend, en grande partie, des règles du jeu et de la manière dont ces règles sont appliquées. Les organisations syndicales craignent, à juste titre, que les règles actuelles soient faussées et qu'elles servent par la suite de modèle aux accords futurs. Le fait que l'UE s'engage dans de nombreux et importants accords commerciaux et traités d'investissement risque de faire basculer un peu plus le paysage juridique européen du côté des investisseurs, au détriment des États membres, de leurs droits et prérogatives et du bien-être de leurs citoyens.

Mais surtout, les dispositifs de protection des investissements, prévus dans les traités bilatéraux d'investissement ou les chapitres spécifiques d'accords commerciaux, ont été utilisés pour miner le droit à la réglementation des États d'accueil. Qui plus est, les traités d'investissement prévoient très souvent des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) qui permettent aux premiers, c'est-à-dire les entreprises étrangères, de contourner les juridictions nationales et de poursuivre un gouvernement devant

un tribunal d'arbitrage international. Certains investisseurs ont réclamé des sommes exorbitantes en dédommagement non seulement de pertes réelles présumées mais également de leur futur manque à gagner. Du reste, les arbitres qui composent ces tribunaux sont souvent composés par les mêmes avocats, experts en matière d'investissement international, qui assurent la défense de clients devant ces mêmes tribunaux et qui sont, par conséquent, enclins à créer un environnement juridique plutôt généreux et favorable aux investisseurs. Rappelons, au passage, que leurs décisions sont contraignantes et sans appel.

Avec 56 actions engagées, 2013 se hisse à la seconde place pour le nombre d'affaires instruites en matière d'investissement en une année. Ce qui porte à 568 affaires, le nombre total de poursuites ! La majorité des actions engagées avant la fin de 2013 ont été le fait d'investisseurs de pays développés (85%). Au total, 53% des actions émanent d'États membres de l'UE, au premier rang desquels les investisseurs des Pays-Bas, du Royaume-Uni et d'Allemagne (avec respectivement, 61, 43 et 39 poursuites). Ce qui est préoccupant, c'est que 42% des poursuites engagées en 2013 l'ont été contre des États membres de l'UE et que la moitié d'entre elles ont été intentées contre les États espagnol et tchèque dans le domaine des énergies renouvelables et de leur réglementation.

Les syndicats sont profondément convaincus de la nécessité pour les États de conserver leur capacité de satisfaire des objectifs importants de politique publique, notamment en matière de droits du travail, de protection de l'environnement, de services publics (soins de santé, éducation et sécurité sociale) et de développement des politiques industrielles. Les dispositions particulières en matière d'investissement peuvent conduire au résultat juste inverse, en permettant aux investisseurs étrangers (ou, dans certains cas, à des filiales d'entreprises nationales) de contester des réglementations existantes ou des propositions de réglementation au motif qu'elles constituent une violation de leurs droits.

Fort heureusement, les gouvernements commencent à revoir leur position sur les accords d'investissement et, plus particulièrement, sur les dispositifs de RDIE. Certains d'entre eux ont même été jusqu'à dénoncer ces accords en raison des inquiétudes qu'ils suscitaient en termes d'impact sur la gouvernance économique et la prévoyance sociale. L'Afrique du Sud et l'Indonésie ont, toutes deux, dénoncé des accords d'investissement en 2013, et d'autres leur emboîteront très certainement le pas. D'autres gouvernements s'efforcent de s'assurer que ces accords soient plus équilibrés et qu'ils incluent des dispositions en matière de développement durable. D'autres encore songent très sérieusement à réformer en profondeur les dispositifs de RDIE.

En 2013, l'UE a reçu plus de 150 000 remarques et commentaires de ses administrés sur sa politique en matière d'investissement, alors même que l'Union s'engageait dans la négociation du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI). Rien ne permet de dire à ce jour si la

Commission européenne entendra l'appel de la population et du Parlement européen (cfr. la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux) pour réformer en profondeur son approche en matière d'investissement, quoique l'issue des récentes négociations n'incite guère à l'optimisme. L'accord commercial négocié récemment avec le Canada, l'Accord économique et commercial global (AECG), comporte bien un chapitre consacré à l'investissement, mais celui-ci n'intègre pas les réformes des règles d'investissement que les syndicats avaient cependant exigées. Du reste, on attend toujours une explication convaincante de l'UE sur la nécessité absolue d'instaurer un mécanisme de RDIE avec le Canada.

De meilleures solutions existent. La CES rejettera tout accord d'investissement qui fera passer les profits des entreprises avant les droits des personnes. L'UE doit changer son orientation, sans délai, et revoir son approche en matière d'investissement.

II. LES INQUIÉTUDES DES ORGANISATIONS SYNDICALES ?

Nos inquiétudes ne sont pas que théoriques. Ces derniers temps, des investisseurs ont, dans de nombreux cas, poursuivi des gouvernements devant des tribunaux internationaux pour avoir adopté et appliqué des législations et des réglementations d'intérêt public. À titre d'exemple, la multinationale française Veolia poursuit actuellement le gouvernement égyptien pour, entre autres choses, avoir relevé récemment le salaire minimum à Alexandrie. En juin 2012, la société suédoise Vattenfall a intenté un procès au gouvernement allemand pour avoir restreint l'utilisation de l'énergie nucléaire après la catastrophe de Fukushima. D'autres investisseurs ont poursuivi des gouvernements pour ne pas avoir assuré une protection adéquate de leurs investissements lorsque les travailleurs se sont mis en grève. Les entreprises multinationales utilisent ainsi les règles de protection des investissements et les dispositifs de RDIE pour atteindre leurs objectifs, au détriment du contribuable qui voit augmenter le coût de maintien de l'ordre public et de défense des réglementations d'intérêt public. Même lorsqu'elles sont déboutées, les multinationales imposent aux contribuables des coûts de défense juridique importants et parviennent parfois à décourager l'action réglementaire de la puissance publique de crainte de n'avoir après à la défendre dans le cadre de procédures dispendieuses.

Pour mémoire, voici quelques-uns de nos points d'inquiétude :

Les règles

Définitions : Les définitions des termes « investisseur » et « investissement » peuvent être extrêmement larges et inclure des types d'investissements douteux ou incertains parmi lesquels les instruments financiers à risques tels que les contrats à terme, les options et les produits dérivés, ou encore les dettes souveraines. C'est ce que nous avons pu voir en Argentine, où

les efforts de restructuration de la dette ont été sapés par les revendications très dures des investisseurs).

Traitement national : Dans certains cas, les accords conclus prévoient des engagements de libéralisation à grande échelle et octroient à cet effet des droits de pré-établissement, ce qui limite la liberté des États à réglementer l'entrée d'investisseurs étrangers sur leur territoire. En outre, le principe de non-discrimination peut être interprété par les tribunaux comme l'interdiction de toute mesure réglementaire susceptible de donner lieu à une discrimination « de fait », même si cette discrimination est dénuée d'intentionnalité.

Nation la plus favorisée : Récemment, certains arbitres ont jugé que la clause de la nation la plus favorisée (NPF) fondait les investisseurs à invoquer les protections accrues prévues dans les accords conclus avec des tiers, leur permettant ainsi de contourner (de manière sélective) l'accord conclu entre le pays d'origine et le pays d'accueil.

Expropriation : Des définitions extensives de la notion d'expropriation, et en particulier de l'expropriation indirecte, ont permis aux investisseurs de contester une série de mesures d'intérêt public prises par les États d'accueil au motif, pour le moins discutable, qu'il s'agirait d'une forme d'« expropriation indirecte ».

Traitement juste et équitable : Le principe du « traitement juste et équitable » a fait l'objet d'interprétations extensives de la part des juges arbitres, limitant, de manière tout à fait imprévue, le pouvoir réglementaire des États. Ainsi, un investisseur a-t-il invoqué la clause de « traitement juste et équitable » pour remettre en cause le programme d'émancipation économique des Noirs d'Afrique du Sud (*Black Economic Empowerment*), qui vise à aider la population noire du pays,



depuis toujours défavorisée, à trouver de l'emploi, à accéder de manière préférentielle aux marchés publics et à satisfaire aux conditions de dessaisissement grâce à des mesures de discrimination positive.

Protection et sécurité pleines et entières : Ici aussi, le périmètre de l'obligation n'est pas clair ; les arbitres internationaux estiment cependant qu'elle implique que les États assurent au moins une protection policière minimale des projets d'investissement étrangers. Certains arbitres soutiennent également que cette obligation porte non seulement sur la protection physique des investissements étrangers, mais également sur l'assurance d'une sécurité par rapport à d'autres formes de harcèlements qui ne menacent pas physiquement les actifs. En effet, la notion de protection et de sécurité pleines et entières a déjà été invoquée par les investisseurs pour poursuivre des États lorsque des travailleurs se sont mis en grève contre une entreprise ou en cas de manifestations de masse.

Clauses-parapluie : Les traités d'investissement ne devraient contenir aucune clause qui importe dans les traités les droits contractuels des investisseurs en leur octroyant une protection bien plus importante. Un problème apparaissant régulièrement dans ce contexte porte sur la clause contractuelle de stabilisation, qui vise à protéger les investisseurs des évolutions juridiques ou politiques qui surviendraient après l'entrée en vigueur de l'accord.

Contrôle des capitaux : les traités d'investissement autorisent généralement les investisseurs à transférer librement des fonds à l'étranger. Cependant, des États pourraient avoir des raisons légitimes de limiter ou suspendre temporairement ces transferts, surtout s'ils rencontrent des problèmes dans leur balance des paiements.

Mise en œuvre : Le mécanisme de RDIE

Évitement des tribunaux nationaux par les entreprises étrangères : Malgré ce que soutient l'UE lorsqu'elle prétend privilégier le recours aux systèmes juridictionnels nationaux, dans les faits, les investisseurs peuvent choisir librement de poursuivre l'État d'accueil devant une juridiction locale ou de saisir directe-

ment une instance d'arbitrage internationale via le mécanisme de RDIE. Traditionnellement, les investisseurs étaient obligés, le cas échéant, d'épuiser les voies de recours internes du pays d'accueil avant de pouvoir saisir un tribunal international. Ce principe est également déterminant pour l'accès aux juridictions internationales des droits de l'homme, telles que la Cour européenne des droits de l'homme. L'accès direct aux instances d'arbitrage international donne un avantage aux entreprises internationales par rapport à leurs homologues nationales, dans la mesure où ces dernières ne peuvent pas faire appel au RDIE même si elles sont affectées par la même mesure.

Portée des dispositions investisseurs-États : Par le biais du RDIE, les investisseurs peuvent contester, et ils ne s'en privent d'ailleurs pas, un large éventail de mesures réglementaires légitimes, ayant pour but de promouvoir des objectifs d'intérêt public (comme la santé publique, la protection de l'environnement ou le droit du travail). Sans doute, les actions intentées contre le conditionnement neutre des paquets de cigarettes, que certains pays ont adopté comme mesure de santé publique pour réduire le tabagisme, constituent un des exemples les plus connus de remise en cause d'une réglementation d'intérêt public par des investisseurs.

Conflits d'intérêts : Les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements sont constitués au cas par cas pour chaque affaire et se composent généralement d'avocats hautement spécialisés dans le domaine du droit du commerce, travaillant pour de grands cabinets internationaux. Il ne s'agit donc pas forcément de juges impartiaux, mais d'avocats avec des clients, ayant intérêt à interpréter les accords de manière favorable aux investisseurs. Il existe bien des principes directeurs en vue d'éviter les conflits d'intérêts en matière d'arbitrage international, mais ces principes sont définis par des arbitres internationaux et sont auto-réglementés.

Absence de procédure d'appel : Aucun dispositif de recours n'est prévu pour corriger d'éventuelles erreurs de droit, ce qui contraint parfois les États à devoir se conformer à des décisions juridiquement discutables rendues par les instances d'arbitrage. Certaines sentences arbitrales sont, en effet, incompatibles avec les règles du droit international.

III. CE QUE VEULENT LES ORGANISATIONS SYNDICALES

Les négociations en cours sur le PTCl entre l'UE et les États-Unis, et l'AECG, ont placé la question du RDIE sous le feu des projecteurs. Bien que les négociations sur le PTCl en soient encore à un stade initial, nous savons d'ores et déjà que les négociateurs des deux parties souhaitent inclure un mécanisme de RDIE dans le chapitre le plus vaste consacré aux investissements. Depuis 2009, la CES milite en faveur de l'instauration de règles équitables en matière d'investissement après le traité de Lisbonne, qui a fait de l'investissement une compétence européenne. C'est à ce titre que, depuis cette date, la CES mène campagne contre les dangers de certaines règles en matière d'investissement et contre le mécanisme de RDIE, dénonçant

la menace qu'ils représentent pour la démocratie et les droits des travailleurs.

En voici les idées phares :

1. Les institutions européennes ont entériné l'idée que les États ont un droit de réglementation et que les traités en matière d'investissement ne devraient pas restreindre la capacité des États membres à prendre les mesures nécessaires à la poursuite d'objectifs légitimes d'intérêt public. Les règles d'investissement doivent indiquer sans équivoque que toutes les dispositions réglementaires prises pour protéger le bien-être



public et non intentionnellement discriminatoires ne constituent pas une violation de l'accord. A contrario, tout accord en matière d'investissement devrait promouvoir le bien-être public.

2. Les accords devraient comporter l'engagement contraignant des parties à ratifier et appliquer les droits fondamentaux des travailleurs. Les gouvernements doivent également s'engager à ne pas estomper ou passer entièrement à la trappe les normes fondamentales du travail pour attirer les investissements étrangers. Les travailleurs devraient également avoir la possibilité de poursuivre un gouvernement s'il ne respecte pas ces engagements, avec à la clé d'éventuelles sanctions en cas de non-respect d'une décision qui lui serait défavorable.

3. Avant de conclure de tels accords, les gouvernements doivent s'engager à évaluer, en consultation avec les travailleurs, l'impact de l'accord sur les droits de l'homme et à agir en fonction des résultats de l'évaluation.

4. Il existe des alternatives au RDIE. Dans sa résolution sur la politique de l'UE en matière d'investissement (voir lien ci-dessous), la CES demande instamment que les investisseurs s'adressent aux instances juridictionnelles internes des États. S'il subsiste une revendication, envers laquelle l'investisseur n'a pas pu faire droit, une procédure alternative de règlement ou d'arbitrage d'État à État devrait être utilisée pour régler le litige. Si elles le souhaitent, les entreprises peuvent également souscrire une assurance afin de disposer d'une protection supplémentaire lorsqu'elles réalisent un investissement à l'étranger, comme elles l'ont fait, du reste, pendant des décennies par le biais d'institutions telles que l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA).

5. Les accords en matière d'investissement doivent veiller, à tout le moins, à ce que les investisseurs respectent les lois de l'État d'accueil lorsqu'ils s'y implantent et qu'ils y investissent. En cas de non-respect de ces obligations, les investisseurs ne devraient plus pouvoir bénéficier des protections accordées par le traité. Leur responsabilité devrait également être engagée en cas de violation de ces principes au sein de leurs chaînes logistiques.

6. Même si elle continue à soutenir le RDIE, l'UE doit prendre des mesures pour en endiguer les abus. Une de ces mesures pourrait être d'imposer aux investisseurs l'obligation d'épuiser toutes les voies de recours offertes par les juridictions nationales avant d'intenter une action au niveau international. De plus, le fonctionnement et les décisions de ces instances doivent être nettement plus transparents. Par ailleurs, une procédure de recours (appel) devrait être prévue afin d'assurer la qualité et la cohérence des décisions rendues par les arbitres. Fait important, nous devons éradiquer les conflits d'intérêts qui sont encore fréquents aujourd'hui, dans la mesure où les juges arbitres statuant en matière d'investissement se trouvent également, en tant qu'avocats, à devoir représenter et défendre des clients et sont, par conséquent, enclins aux dénouements favorables aux investisseurs, qu'ils pourront par la suite faire jouer à leur avantage. Le RDIE est fondamentalement inéquitable et discriminatoire dès lors qu'il avantage les investisseurs étrangers par rapport aux autres acteurs économiques – qu'il s'agisse d'investisseurs ou de groupes d'intérêt locaux tels que consommateurs ou travailleurs – en leur donnant accès à des instances juridictionnelles spéciales pour intenter des actions contre des mesures d'expropriation.



IV. RESSOURCES UTILES À L'ATTENTION DES ORGANISATIONS SYNDICALES SUR LES FLUX D'INVESTISSEMENTS, LES ACCORDS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL ET LES DISPOSITIFS DE RDIE

Pour des explications plus exhaustives sur ces sujets et sur d'autres thématiques, nous vous invitons à consulter les documents suivants : Résolution de la CES sur la politique de l'UE en matière d'investissement, 19 mars 2013, accessible en ligne à l'adresse

http://www.etuc.org/documents/etuc-resolution-eu-investment-policy#.UyMJW_IdX0Q

<http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Materialsbytopic/Investment>

http://ces.iisc.ernet.in/envis/sdev/investment_model_int_handbook.pdf

http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf

<http://www.ips-dc.org/reports/070430-challengingcorporateinvestorrule.pdf>

<http://justinvestment.org/2010/08/investment-rules-in-trade-agreements/>

http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/dd-rd/E84-36-2009-eng.pdf

http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2013_en.pdf