

être mises en place au niveau global dans le cadre de la priorité accordée à une politique de développement de l'intégrité écologique. La démocratie sociale nationale du xx^e siècle doit être réinventée en tant que démocratie sociale et *écologique* globale pour le xxi^e siècle. ■

TRADUIT DE L'ANGLAIS PAR **CYRIL LE ROY**

DÉMOCRATIE, BONNE GOUVERNANCE ET ÉTAT DE DROIT S'APPLIQUENT-ILS DANS LE SYSTÈME ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL ?

Manuel F. Montes



© Manuel F. Montes

Manuel F. Montes est conseiller finance et développement au South Centre. Il a auparavant dirigé le travail sur les stratégies de développement auprès du Département des affaires économiques et sociales de l'ONU, où il a notamment piloté les *Études sur la situation économique et sociale dans le monde*.

Cet article étudie la question du « non-droit » dans le système économique international, en s'intéressant au cas particulier des traités bilatéraux d'investissement. Qui est responsable de l'état de droit – autrement dit de la primauté du droit – dans ce système international? On pourrait naturellement penser que cette responsabilité reviendrait aux pays et aux acteurs ayant la capacité de faire appliquer cette primauté. De fait, seule la « tribu » des puissants – organisations internationales dominées par les pays développés et sociétés multinationales – est en mesure d'interpréter elle-même l'état de droit et de faire peser des coûts économiques et sociaux sur les pays en développement et les populations exclues sans consultation, sans comptes à rendre et en toute impunité: en cela, le système international est essentiellement un système de non-droit.

ÉTAT DE DROIT ET MONDIALISATION

En théorie, l'état de droit a vocation à remplacer la primauté de l'individu, la domination des puissants et la « règle du plus fort ». Ce concept est très valorisé (au moins dans les discours) par les pays occidentaux et les anciennes puissances coloniales. Les pays donateurs

11 F. I. Shihata, *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

21 Voir, par exemple, M. H. Khan, "Markets, States and Democracy: Patron-Client Networks and the Case for Democracy in Developing Countries", *Democratization*, vol. 12, n° 5, 2005, p. 705-725; Mushtaq H. Khan et K. S. Jomo (dir.), *Rents, Rent-Seeking and Economic Development: Theory and Evidence in Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

31 F. I. Shihata, *The World Bank in a Changing World...*, op. cit.

41 United Nations Security Council, Report of the Secretary-General, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies", S/2004/616, 23 août 2004, paragraphe 6.

51 United Nations, Report of the International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexique, A/Conf.198.11. United Nations Publication, Sales No. E.02.II.A.7, 18-22 mars 2002, paragraphe 4.

(pays occidentaux et Japon) mettent régulièrement en avant le caractère essentiel du triptyque « démocratie, bonne gouvernance et état de droit », souvent interprété comme condition préalable au développement. La Banque mondiale, un intermédiaire important des bailleurs de fonds, a ainsi initié un ensemble de projets (réforme judiciaire, lutte anticorruption, droits de propriété, etc.) mettant en œuvre ces trois piliers¹. Il existe toutefois un point de vue différent considérant qu'on dispose de peu de preuves empiriques démontrant que l'état de droit est un prérequis pour le développement².

S'agissant d'un sujet intéressant au premier plan les juristes, il existe des définitions relativement précises de l'état de droit. La Banque mondiale le définit ainsi comme un système juridique supposant :

- qu'il existe un ensemble de règles connues à l'avance ;
- que ces règles sont effectivement en vigueur ;
- qu'il existe des mécanismes pour garantir la bonne application de ces règles et permettre des exceptions à ces dernières en fonction des besoins et selon des procédures bien établies ;
- que les conflits dans l'application des règles peuvent être résolus par des décisions contraignantes prononcées par un organe judiciaire ou arbitral indépendant ;
- qu'il existe des procédures connues pour modifier les règles lorsqu'elles ne sont plus adaptées à leur objectif³.

L'Organisation des Nations unies (ONU), quant à elle, définit l'état de droit comme un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, a à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il impliquerait, d'autre part, des mesures de nature à assurer le respect des principes qui le fondent, à savoir : l'égalité devant la loi, l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs⁴.

La communauté internationale a souligné à de nombreuses reprises l'importance de l'état de droit, au niveau non seulement national, mais aussi international. Dans le consensus de Monterrey⁵, les pays signataires s'étaient mis d'accord sur le texte suivant : « Nous nous engageons à appliquer des politiques rationnelles, à instaurer une bonne gouvernance à tous les niveaux et à assurer la primauté du droit. » L'idée importante ici est l'appel à la bonne gouvernance et par conséquent à l'état de droit à tous les niveaux. Dans l'accord de Rio+20 intitulé « L'avenir que nous voulons », les pays signataires reconnaissent que « la démocratie, la bonne gouvernance et l'état de

droit, au niveau national et au niveau international, ainsi qu'un environnement favorable, sont des conditions *sine qua non* du développement durable⁶ ».

Si l'état de droit au niveau international constitue une norme globalement acceptée, le régime des traités bilatéraux d'investissement montre qu'il existe un écart entre la réalité et ces idéaux.

LA PRIMAUTÉ DU DROIT FACE À LA PRIMAUTÉ DE L'ARGENT DANS LES TRAITÉS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT : UN LEURRE ?

Il existe actuellement environ 3 000 traités bilatéraux d'investissement (TBI). Ces traités conclus entre États souverains ont été promus par les gouvernements occidentaux arguant que la mise en place de garanties commerciales fortes pour les investisseurs étrangers permettrait d'intensifier les investissements dans les pays en développement. Les systèmes judiciaires de ces derniers étant considérés comme « trop partiels, trop lents et parfois même corrompus⁷ », les investisseurs pouvaient ainsi bénéficier d'un système de règlement des différends équitable et indépendant s'ils se retrouvaient en conflit avec l'État d'accueil. Ces traités stipulent en effet que ces différends doivent être réglés par un organe « neutre » composé d'experts juridiques censés agir de manière indépendante dans des comités d'arbitrage. La Banque mondiale, qui abrite le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi), est le plus important pourvoyeur de comités d'arbitrage pour ces traités.

Pourtant, le système des TBI est en contradiction avec le principe de transparence en matière de gouvernance. D'abord, un grand nombre de ces traités sont, en vertu de leurs dispositions mêmes, secrets : c'est la raison pour laquelle il n'est possible de donner le nombre de traités existants que de manière approximative. Ensuite, certaines de leurs dispositions exigent que les différends entre les investisseurs et les États – y compris le processus de résolution des différends et les sanctions arbitrales éventuelles – soient eux-mêmes strictement soumis au secret. Ce type de confidentialité est une caractéristique standard des contrats commerciaux et de leurs mécanismes de résolution des différends, mais, dans ce cas, l'une des parties contractantes est un État qui doit théoriquement rendre des comptes devant ses propres citoyens.

Or le système international de règlement des différends entre investisseur privé et État (ISDS), dans le cadre duquel s'inscrit le TBI, est extrêmement puissant. À la différence des autres mécanismes internationaux, il permet à des entreprises privées d'attaquer directement les États. Au sein de l'OMC (Organisation mondiale du commerce), par exemple, seuls les États sont en capacité de poursuivre d'autres États (même si le différend implique souvent une entreprise privée mécontente). Dans le cadre des TBI, le système ISDS expose

61 Nations unies, « L'avenir que nous voulons », résolution adoptée par l'Assemblée générale (A/RES/66/288), 11 septembre 2012, paragraphe 10, disponible à l'adresse http://www.unctd2012.org/content/documents/775futurewewant_french.pdf, consulté le 15 septembre 2014.

71 CEO/TNI, *Profiting from Injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Bruxelles, Corporate Europe Observatory-Transnational Institute, novembre 2012, p. 11.

les États à des sanctions financières énormes qu'ils doivent payer aux investisseurs lésés. On estime à 450 le nombre de cas de ce type traités en 2011, tandis que, « en 2009-2010 ont été recensés 151 cas d'arbitrages relatifs aux investissements impliquant des entreprises réclamant au moins 100 millions de dollars américains à des États⁸ ».

Il faut dire que les TBI accordent une grande latitude aux investisseurs pour engager des procédures contre un État. En premier lieu, la définition de ce qui constitue un « investissement » dans le cadre de ces traités est devenue très large et ne se limite pas, dans la plupart des cas, à l'image classique d'un investisseur construisant une usine dans un pays étranger. Par exemple, le modèle de TBI des États-Unis définit l'investissement comme tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle, directement ou indirectement, et qui a les caractéristiques d'un investissement, y compris des caractéristiques comme l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits ou l'acceptation de risques.

Ainsi, des marques déposées peuvent être considérées comme un « investissement », et leur régulation devenir une cause de plainte d'un investisseur. La transnationale cigarettière Philip Morris a attaqué l'Uruguay et l'Australie parce que leurs législations pour lutter contre le tabagisme (taille imposée des messages sanitaires obligatoires) l'empêchaient d'afficher effectivement ses marques déposées sur les paquets de cigarettes, ce qui aurait eu un impact sur sa rentabilité : une demande de compensation pour préjudice commercial est donc recevable sous le régime des traités internationaux d'investissement.

C'est dire si les TBI ont des répercussions sur les finances publiques par le biais des réclamations d'investisseurs privés dont les profits attendus sont affectés par l'exercice des politiques publiques. Un gouvernement peut quand même décider de modifier ses politiques publiques, mais il devra accorder des compensations aux investisseurs privés pour les préjudices privés provoqués par leur application. La protection des investisseurs étrangers par les TBI peut donc avoir un effet bloquant sur la mise en place de politiques d'intérêt public. Les dirigeants allemands ont ainsi exprimé des inquiétudes à propos de la possible incorporation d'éléments tirés de ce modèle états-unien dans la proposition de traité de libre-échange transatlantique⁹.

UN SYSTÈME QUI VIOLE LES PRINCIPES DE BONNE GOUVERNANCE ET DE PRIMAUTÉ DU DROIT

Les conflits d'intérêts sont monnaie courante dans le club très sélect des arbitres qui siègent en tant que conseillers, juges et jury dans les actions intentées par les investisseurs contre les pays – dans leur écrasante majorité des pays en développement. Les juristes qui défendent les pays dans des affaires de préjudices commerciaux peuvent ainsi parfois être choisis comme arbitres dans d'autres affaires. Ces fonctions

étant particulièrement lucratives, la communauté de l'arbitrage est fortement incitée à effectuer des interprétations très larges des dispositions des traités en faveur des investisseurs. Cela a pour conséquence non seulement d'élargir le domaine d'application des actions d'arbitrage, mais aussi de multiplier le nombre d'actions pour différends.

Par ailleurs, les sentences arbitrales ne sont pas facilement sujettes à révision, alors même qu'elles peuvent passer outre des décisions législatives, judiciaires, et même des référendums au niveau national. L'une des raisons pour lesquelles les décisions arbitrales sont difficiles à réviser tient au fait qu'il n'existe aucun ensemble de normes qui permettrait d'effectuer cette révision. Les décisions arbitrales impliquent la création d'un droit et de normes par les arbitres impliqués – en faveur des investisseurs.

Or certaines sentences se sont révélées particulièrement coûteuses pour les États – sachant qu'elles sont potentiellement sans limites. Un comité d'arbitrage a ainsi condamné l'Équateur à verser 2,3 milliards de dollars américains à la compagnie pétrolière états-unienne Occidental, après avoir constaté que l'Équateur avait annulé le contrat avec la compagnie parce que cette dernière avait violé une disposition clé du contrat en vendant sans permission 40% de sa concession à une autre compagnie¹⁰. Si le comité a accordé des dommages et intérêts à Occidental, c'est parce que sa rentabilité avait été réduite par l'annulation du contrat.

Les montants utilisés pour recourir aux services d'avocats spécialisés dans les arbitrages commerciaux internationaux se comptent en millions de dollars, des sommes qui pourraient être mieux utilisées pour acheter des médicaments indispensables ou financer l'éducation.

UN SYSTÈME QUI NE FAVORISE PAS LES INVESTISSEMENTS, SEULEMENT LES INVESTISSEURS...

L'extension de la portée du système ISDS résulte de la facilité à interpréter de manière large les engagements liés aux traités à cause des ambiguïtés dans les définitions données de la portée, du traitement juste et équitable, de l'expropriation, ou encore du traitement de la nation la plus favorisée. Tous ces éléments ont été interprétés dans les procédures d'arbitrage en défendant l'idée que les TBI pourraient *potentiellement* entraîner une augmentation des flux d'investissements entrants.

Pire, le système ISDS a jugé que les modifications de réglementations décidées par les gouvernements pour réduire les « attentes légitimes » en matière de profits futurs pour les investissements étrangers constituaient une expropriation indirecte de l'investissement. Cela a permis à des comités d'arbitrage de prendre des décisions contre des politiques publiques et en faveur des intérêts privés parce que le système d'arbitrage pour les investisseurs a été conçu

8 Ibid., p. 7.

9 S. Donnan et S. Wagstyl, "Transatlantic Trade Talks Hit German Snag", Financial Times, 14 mars 2014, www.ft.com/cms/s/0/cc5c4860-ab9d-11e3-90af-00144feab7de.html#axzz32xhz3aqq, consulté le 23 mai 2014.

10 L. Wallach, "Fair and Equitable Treatment' and Investors' Reasonable Expectations: Rulings in U.S. FTAs & BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed", *Public Citizen*, 5 septembre 2012.

à partir du système d'arbitrage commercial privé. Dans le système d'arbitrage commercial en effet, toute violation d'un engagement par une des parties privées liées par contrat entraîne des dommages et intérêts pour l'autre partie. En revanche, dans le système des traités d'investissement, l'une des parties – l'État – n'est pas un acteur commercial et doit agir dans l'intérêt public. Lorsqu'un État agit dans l'intérêt public, par exemple par la réglementation dans le domaine de l'environnement ou des politiques de santé, un investisseur étranger touché de façon défavorable par cette réglementation peut engager des poursuites en dommages et intérêts.

Des propositions de réformes ont été faites pour pallier ces défauts : introduction d'un système d'appel, de mécanismes d'arbitrage régionaux, de mécanismes alternatifs de résolution des différends, de politiques de prévention des différends, limitation de la portée de l'arbitrage en introduisant des restrictions dans les nouveaux traités sur le type de questions qui peuvent être sujettes à différend, etc. Mais l'expérience montre que toutes les réformes de ce type ont un impact limité, d'abord parce que les traités d'investissement sont délibérément déséquilibrés en faveur de l'investisseur privé étranger, ensuite parce que ces réformes ne peuvent résoudre les conflits d'intérêts inhérents au système de règlement des différends. S'il est ainsi théoriquement possible d'introduire une procédure d'appel pour le principe, il y a fort à parier que les juges d'une telle procédure seront principalement issus de la communauté de l'arbitrage commercial.

Le système des traités internationaux d'investissement est un exemple flagrant de « non-droit », de conflits d'intérêts et d'absence de responsabilisation, autant d'éléments en contradiction avec les accords existants sur la démocratie, la bonne gouvernance et l'état de droit. Le système des TBI a remplacé ce dernier par la loi du plus fort et la primauté de l'argent. Les initiatives visant à réformer ce système doivent être considérées comme un effort de restauration de la primauté du droit dans une partie importante de l'architecture économique internationale. Mais il serait erroné de voir dans ces initiatives le résultat d'une aversion aux activités d'investissement à l'étranger.

ATTRIBUER DES RESPONSABILITÉS, RENDRE LA JUSTICE

Le système international de traités bilatéraux d'investissement incarne une répartition particulière des responsabilités en matière de gouvernance internationale.

Il est de la responsabilité des États de garantir les droits humains. Les traités d'investissement peuvent être considérés comme une distorsion de l'espace dans lequel ces obligations peuvent être remplies par les États par l'octroi de protections commerciales à une autre partie : les investisseurs privés internationaux. Dans une affaire récente, une entreprise européenne a poursuivi l'Afrique du Sud en vertu de

la clause d'expropriation d'un traité d'investissement parce que sa rentabilité était touchée par le programme du gouvernement sud-africain pour la promotion économique des Noirs. « Le gouvernement a réglé l'affaire et édulcoré sa politique. Cela a entraîné un examen par le gouvernement des traités d'investissement existants pour le pays et la décision de s'en soustraire¹¹. » Le Pérou a été poursuivi par l'entreprise états-unienne Renco Peru et condamné à 800 millions de dollars de dommages et intérêts pour ne pas avoir renouvelé le contrat à la suite des dommages sanitaires et environnementaux causés par les activités de cette entreprise : « L'affaire Renco est une illustration [des] conséquences profondément inquiétantes des arbitrages entre investisseurs et États. [...] elle montre que la simple menace de poursuite peut mettre la pression sur les gouvernements pour qu'ils affaiblissent leurs réglementations environnementales et sanitaires¹². »

Ces protections commerciales représentent un exemple de « droit dur » qui favorise les investisseurs privés, sans que ces derniers aient de responsabilités en retour. Elles sont également un révélateur du contraste évident existant entre la puissance des pays développés et celle des pays en développement. Par le biais d'actions et de procédures judiciaires, les États-Unis ont ainsi obtenu que British Petroleum soit condamnée à verser 4,5 milliards de dollars de dommages et intérêts au gouvernement américain pour les dégâts causés par l'explosion de la plate-forme pétrolière Deepwater Horizon en 2010. Les sanctions civiles et pénales et les paiements à un fonds spécial s'élevaient à 42,2 milliards de dollars pour l'entreprise début 2013. En revanche, le gouvernement indien et les victimes directes de la catastrophe de Bhopal provoquée par l'explosion de l'usine chimique de Union Carbide et Corning n'ont reçu aucuns dommages et intérêts parce que les tribunaux américains n'ont pas reconnu de compétence juridique sur les poursuites pour dommages et intérêts. Dans le cas de la résistance environnementale de la tribu Ogoni contre la Royal Dutch Shell – qui a éclaté au grand jour en 1994¹³ lorsque la compagnie pétrolière a été accusée de conspiration avec le système judiciaire national pour la condamnation et l'exécution injustifiées de militants s'opposant à ses opérations sur leurs terres natales –, la compagnie Shell est parvenue en 2009 à un accord avec les représentants du Mouvement pour la survie du peuple Ogoni, par lequel elle s'est engagée à verser 15,5 millions de dollars. Si la sanction n'est généralement pas considérée à la mesure des vies perdues et des dégâts causés à l'environnement, cela prouve, comme dans l'affaire Deepwater Horizon, que les entreprises transnationales sont juridiquement responsables pour les impacts humains négatifs de leurs opérations conduites dans un contexte mondialisé.

Des organisations de la société civile, ainsi que certains États membres de l'ONU, ont lancé des appels en faveur de la négociation d'un protocole contraignant pour les entreprises transnationales sur

11 | M. Khor, "A Note on the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) System in the Context of BITs", allocution au 7^e IISD-South Centre Investment Forum, Jakarta, 2011.

12 | L. Wallach, "Fair and Equitable Treatment...", *art. cit.*, p. 1.

13 | "Factsheet: The Case against Shell", Centre for Constitutional Rights, 2014, <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>, consulté le 23 mai 2014.

les droits humains, afin de créer une base juridique pour les dommages-intérêts compensatoires. Actuellement, il existe des principes directeurs sur la base du volontariat définis par les Nations unies. On peut logiquement penser que les entreprises privées ne vont pas violer les principes des droits humains lorsque ceux-ci n'ont pas d'impact matériel sur ses profits et sa compétitivité. Dans certaines situations, un protocole contraignant n'est pas nécessaire. Mais dans les « cas réellement difficiles », un protocole contraignant sera indispensable pour la gouvernance de la mondialisation.

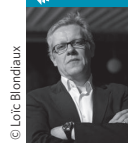
Les normes professionnelles constituent un autre champ d'investigation pour tenter de réformer la gouvernance de la mondialisation. Si les juristes et les cabinets d'avocats impliqués dans les affaires d'arbitrage se conforment à des normes devant leurs juridictions nationales, ces normes de base de l'état de droit ne s'appliquent pas au niveau international. Il existe de nombreux autres domaines dans lesquels les normes internationales sont soit inexistantes, soit définies par des parties prenantes privées intéressées, n'ayant pas à rendre de comptes sur les objectifs sociaux dont devrait dépendre la délivrance de licences par les gouvernements. L'un de ces domaines concerne les normes comptables, qui ont un impact négatif sur l'estimation des bénéfices et les mouvements de profits qui visent à éviter l'impôt ou à organiser l'évasion fiscale. Ces normes sont définies par des organisations privées à l'échelle globale.

Au-delà de la présence incontournable de la société civile dans l'arène internationale, la mondialisation a vu les entreprises transnationales peser sur sa gouvernance. Cet article a montré l'impunité dont bénéficient des entreprises transnationales à la suite des dommages matériels et des violations des droits humains liés à leurs activités. Le respect de l'état de droit au niveau international nécessitera de multiples initiatives à différents niveaux. La première impliquera d'atteindre un consensus international sur les principes de base entre pays, mais aussi parmi les acteurs ayant un pouvoir important au niveau international, au premier rang desquels les entreprises transnationales. Encore faudra-t-il ensuite traduire ces principes dans les cadres juridiques et les procédures pratiques. ■

TRADUIT DE L'ANGLAIS PAR **CYRIL LE ROY**

LA PARTICIPATION, ENTRE PARTAGE ET DILUTION DE LA RESPONSABILITÉ

ENTRETIEN AVEC **Loïc Blondiaux**



© Loïc Blondiaux

Loïc Blondiaux est professeur des universités au Département de science politique de la Sorbonne (Paris-I), chercheur au Centre européen de sociologie et de science politique de la Sorbonne (CESSP) et au Centre de recherches politiques de la Sorbonne (CRPS).

IRG: *Installée dans les discours sur l'action publique à partir de la seconde moitié des années 1990, la participation des citoyens a pourtant une histoire plus ancienne. Pouvez-vous revenir dessus ?*

Loïc Blondiaux: L'histoire de la démocratie participative est en effet marquée par deux moments historiques, assez différents et contrastés. Dans les années 1960 d'abord, la notion de démocratie participative était peu employée, mais les initiatives qui allaient en ce sens étaient, elles, nombreuses. Si les partis politiques étaient globalement absents de ces initiatives – hormis peut-être le Parti socialiste unifié (PSU) –, la question de la participation des citoyens était reprise par de nombreux mouvements, notamment des collectifs de citoyens à l'échelle urbaine. Je pense en particulier à l'expérience en France des Groupes d'action municipale, qui revendiquaient un pouvoir d'expression sur les politiques locales, ainsi qu'un pouvoir de contrôle de l'action publique locale face aux grands projets initiés par le pouvoir gaulliste: ces groupes étaient clairement une tentative citoyenne d'organisation. De telles dynamiques, qui rythment la première séquence, font référence aux luttes urbaines, une thématique forte et transversale. On retrouve des formes équivalentes en Italie ou au Québec.

Les années 1970 ont amorcé un reflux, local comme national, renforcé par l'arrivée au pouvoir du Parti socialiste: s'il s'était appuyé sur ces mouvements, il leur a rapidement tourné le dos pour adopter une posture beaucoup plus managériale et classique de la représentation, refoulant la question de la participation. En France, les années 1980 correspondront à une forme d'éclipse de la thématique participative dans l'action publique locale.