

# Tendances en faveur des firmes dans le Groupe Banque Mondiale

*Robin Broad*  
22 Octobre 2015



*Cet article se focalise sur la principale instance de règlement des différends légaux que les entreprises présentent contre les Etats : le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI ou ICSID en anglais) du Groupe Banque Mondiale. A partir de l'analyse générale du CIRDI et de l'étude concrète d'un cas présenté par une entreprise minière internationale contre le Salvador; ce rapport rend compte des actions extrêmement tendancieuses de l'organisme en faveur des entreprises et des intérêts commerciaux, qui portent préjudices aux processus démocratiques.*

Fin 2014, la revue The Economist publia le texte suivant :

*Si vous voulez convaincre le public que les accords de libre-échange sont le moyen de permettre aux compagnies multinationales de s'enrichir aux dépens des gens ordinaires, voici ce que vous devriez faire : donner aux firmes étrangères un droit spécial de recourir à un tribunal secret d'avocats d'affaires hautement rémunérés pour [obtenir] compensation chaque fois qu'un gouvernement fait passer une loi pour, disons, décourager le tabagisme, protéger l'environnement ou prévenir une catastrophe nucléaire. Cependant, c'est précisément ce que des milliers de traité de commerce et d'investissement ont fait durant le dernier demi-siècle, par l'intermédiaire d'une procédure connue sous le nom de « règlement des différends investisseur-état » (investor-state dispute settlement) ou ISDS.*

(« The arbitration game » - The Economist 11 Octobre 2014  
[www.economist.com/node/21623756/](http://www.economist.com/node/21623756/) )

La principale instance de résolution des différends entre investisseurs et Etats, quand les investisseurs étrangers réclament des compensations aux pays dans lesquels ils ont investi, est le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI ou ICSID) du Groupe Banque Mondiale. Le CIRDI est une des moins connues des cinq entités qui composent le Groupe Banque Mondiale, bien qu'on lui accorde beaucoup plus d'intérêt car il est au cœur des négociations des accords de commerce et d'investissement du Partenariat Transatlantique sur le Commerce et l'Investissement (TTIP, pour son sigle en anglais) comme du Partenariat Transpacifique (TPP, pour son sigle anglais).

## **CIRDI : polémique au début, mais très vite au centre de la scène**

Le CIRDI fut créé par la Banque Mondiale au milieu d'un océan de polémiques. Au cours des réunions annuelles de la Banque Mondiale et du FMI en 1964 à Tokyo, 21 pays en développement votèrent « non » à la création de cette nouvelle composante du Groupe Banque Mondiale, auprès de laquelle les entreprises étrangères pourraient porter plainte contre les Etats, court-circuitant les tribunaux nationaux et affaiblissant le contrôle démocratique national sur des décisions politiques et économiques importantes. Parmi ces 21 pays il y avait les 19 pays latinoaméricains qui assistèrent [à cette réunion] plus les Philippines et l'Irak. Ce vote historique fut nommé le « No de Tokyo ». Il se pourrait qu'il ait été le plus grand vote collectif de tous les temps contre une initiative de la Banque Mondiale. Peut-être que ce fut aussi la première fois que *tous* les délégués de l'Amérique Latine votèrent « non ».

Le délégué chilien Félix Ruiz, parlant au nom des pays d'Amérique Latine, dit :

*« Le nouveau système ... donnerait à un investisseur privé, par le simple fait d'être étranger, le droit à réclamer contre un Etat souverain en dehors du territoire national, passant outre les tribunaux nationaux. Cette disposition ... établirait un privilège en faveur de l'investisseur étranger plaçant le national en situation d'infériorité ».*

Ces délégués pensèrent que le nouveau système de résolution des différends entre investisseurs et Etats n'était ni nécessaire ni juste.

Ceux qui connaissent l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et son Organe de Résolution des Différends pourraient faire noter l'ironie : une des règles fondamentales de la poussée néolibérale d'aujourd'hui vers l'« ultraglobalisation », s'enracinant dans l'OMC, est que les normes nationales doivent traiter à égalité les investisseurs nationaux et les étrangers. L'ironie est, par conséquent, que l'existence du CIRDI semble suggérer que les partisans de cette ultraglobalisation n'ont aucun problème pour privilégier les investisseurs étrangers au-dessus des nationaux.

L'accord [de création] du CIRDI continua son chemin en dépit des votes pour le « non ». Au début il était petit et pratiquement insignifiant. Son premier cas eut lieu en 1972 ; vers 1988 ils étaient un petit peu plus de deux douzaines. Cependant, au milieu de la décennie de 1990, le Cirdi en vint à se trouver au centre de la scène grâce aux clauses sur les RDIE (ISDS) comprises dans les accords bilatéraux et multilatéraux de commerce et d'investissement, surgis durant la décennie de 1980 et qui proliférèrent au cours de la même et explosèrent dans celle de 1990. Rien qu'en 2012, 48 nouveaux cas ont été ajoutés à la liste. Les 48 cas ont été présentés contre des Etats de pays en développement et 17 d'entre eux (soit plus de 35%) sont liés à des industries minières (extractives).

A mesure que le nombre de cas présentés par les firmes devant le CIRDI augmentait, les critiques en ont fait de même – principalement de pays souverains, mais aussi de plus en plus d'avocats d'affaires et autres. Les arguments sont que les normes du CIRDI sont : 1) toujours plus biaisées au profit des entreprises investisseuses au détriment des Etats et, par conséquent, extrêmement antidémocratiques, comme le laissaient présager les préoccupations du No de Tokyo, et 2) trop étroitement focalisées sur les droits « commerciaux » (c'est à dire, de l'investisseur privé) au détriment des questions sociales et environnementales plus générales.

### **Face, je gagne ; pile, tu perds : le biais pro-entreprise du CIRDI contre Le Salvador**

Un des sujets de ma recherche à long terme est le cas de Pac Rim Cayman LLC, une entreprise minière multinationale de l'or, qui en 2009 poursuivit l'Etat du Salvador parce que celui-ci lui refusa un permis d'exploitation minière. Au Salvador, il y a une préoccupation croissante pour les impacts environnementaux et sociaux à long terme de l'exploitation minière de l'or, en comparaison de ses maigres bénéfices économiques à court terme. Depuis 2005, les communautés locales du nord du Salvador, avec l'Eglise Catholique, des groupes de développement, des organisations des droits de l'homme et des partenaires internationaux (y compris des groupes de la société civile comme MiningWatch Canada, l'Institute for Policy Studies et Oxfam America) se sont prononcés contre l'exploitation minière industrielle dans le pays et, plus tard, contre la plainte de Pac Rim auprès du CIRDI. Leur principal argument, soutenu par le gouvernement national, est que plus de la moitié de l'eau potable du Salvador provient du bassin du Rio Lempa, une vaste zone qui comprend la majeure partie des gisements d'or du Salvador et dont, de ce fait, l'exploitation minière menacerait ce bassin déjà en situation délicate.

Pac Rim, propriété à l'heure actuelle de l'entreprise canado/australienne OceanaGold n'a jamais reçu, en réalité, les autorisations d'exploitation du fait qu'elle n'a jamais souscrit aux exigences

légal pour ce faire. Cependant, l'entreprise a ignoré intelligemment ce point clé en portant le cas devant le CIRDI, où elle a argumenté qu'une concession lui fut injustement refusée pour d'autres raisons. Le fait que le CIRDI ait jugé recevable la plainte de Pac Rim est déjà alarmant en soi, étant donné que l'entreprise n'a jamais satisfait aux conditions requises pour que puisse lui être octroyée cette concession minière. Mais au-delà de ce cadre plus étroit et technique, le cas montre comment le CIRDI ignore des questions plus importantes comme les suivantes: le gouvernement du Salvador ne devrait-il pas avoir le droit, de fait la responsabilité, de protéger son bassin aquifère des dégâts environnementaux de l'exploitation minière de l'or, qui utilisera du cyanure et libérera l'arsenic incrusté dans la roche conjointement à l'or ? En outre, pourquoi un investisseur a-t-il le droit de poursuivre un Etat, tandis que d'autres acteurs clefs, non étatiques, comme les communautés affectées, ne peuvent participer sur un pied d'égalité et auxquelles souvent, comme dans le cas de Pac Rim, on ne permet même pas d'accéder aux audiences d'importance du cas ? Dans le cas de Pac Rim, on a permis aux communautés deux *informes amicus* (rapports « amis du tribunal ») - ayant eu la bonne fortune de trouver un avocat disposé à les rédiger en leur nom. Cependant, il n'est même pas sûr que les rapports aient été lus par les trois juges agréés par le CIRDI pour traiter le cas.

Le cas attend actuellement la décision du tribunal du CIRDI, sur la base des « mérites » ou contenu du cas. Si Le Salvador perd, on pourrait lui exiger le paiement, non seulement d'environ 300 millions de \$ US que Pac Rim demande comme compensation et profits perdus, mais aussi en outre environ 12,6 millions de \$US des frais de justice et du CIRDI de Pac Rim. En outre, cette décision pourrait ouvrir la porte à l'exploitation minière dans cette concession ou dans un autre lieu. Si Le Salvador 'gagne', il devrait probablement payer des frais de justice et du CIRDI estimés à 12,6 millions de dollars US et il aura dépensé des années de ses ressources humaines (qui sont, évidemment, des ressources publiques) pour défendre le cas. Quelle que soit la décision, il est probable que le 'perdant' continue via l'étape 'd'annulation' du CIRDI – qui n'est pas la même chose qu'une véritable procédure d'appel. A la différence de la majorité des systèmes judiciaires, les tribunaux du CIRDI ne se basent pas sur les antécédents légaux [jurisprudence], pour autant il n'existe pas d'appel pour raisons judiciaires.

En d'autres termes, il n'y a pas de victoire possible pour le Salvador et ses gens au CIRDI.

### **Y-a-t'il une aggravation du biais systémique du CIRDI ?**

Ce cas – bien que révoltant – n'est pas unique. Les tendances du CIRDI en faveur des entreprises démontrent le bien-fondé des préoccupations exprimées par les 21 pays du No de Tokyo, il y a 51 ans. En tout cas, à mesure que s'envole le volume de travail du CIRDI et s'amplifie l'extension mondiale des entreprises, le CIRDI semble se montrer toujours plus enclin vers les investisseurs privés.

Il existe un mécontentement croissant, y compris en interne, envers les tendances pro-firmes du CIRDI. En 2014, le réputé avocat commercial George Kahale III a déclaré publiquement que les tribunaux du CIRDI, auprès desquels il avait assuré la défense, étaient de plus en plus biaisés en faveur des investisseurs étrangers. Kahale et d'autres critiques ont indiqué que, comme le CIRDI n'étudie pas ses cas sur la base d'antécédents légaux [jurisprudence] et ne permet pas non plus de faire appel sur la base de motifs judiciaires, il n'existe pas de mécanismes pour corriger les règles défectueuses. En déclarant que « *le système est en panne* », Kahale a dénoncé aussi les traités commerciaux qui, en encourageant des centaines d'entreprises à recourir à ces procès devant le CIRDI, sont des « *armes de destruction légale* » et sont « *propices aux abus* ».

On comprend donc pourquoi la Bolivie, l'Equateur et le Venezuela ont abandonné le CIRDI. L'Afrique du Sud est en train de créer une nouvelle loi des investissements qui permettra aux entreprises étrangères de ne porter plainte que devant les tribunaux nationaux. L'Inde est en train de

réviser ses traités suite à plusieurs procès d'entreprises et l'Indonésie a annoncé son intention de ne pas renouveler ses traités bilatéraux d'investissement. L'Australie n'a pas voulu inclure les droits des investisseurs dans l'Accord de Libre-échange entre l'Australie et les Etats-Unis de 2005. Le Brésil n'a jamais accepté la résolution des différends entre investisseurs et Etat dans aucun organisme.

Un ensemble de biais associés est un signe préoccupant que le cadre d'application du CIRDI est trop limité. Comme on le voit dans le cas du Salvador, ceci pose la question des voix que l'on écoute et de celles que l'on fait taire – et essentiellement l'absence d'une place significative pour la voix des communautés et de la société civile affectés. Ceci n'est absolument pas cohérent avec le principe selon lequel doit être garanti le consentement préalable, libre et informé des communautés affectées.

Ces limites sont tout aussi évidentes dans la forme sous laquelle sont traités les thèmes environnementaux, des droits de l'homme, etc. au sein du CIRDI. A l'époque où fut créé le CIRDI il existait peu d'instruments [juridiques] en matière de droits de l'homme, à peine une paire de traités environnementaux et aucun élément clef sur le droit des peuples indigènes. Mais beaucoup de choses ont changé depuis la naissance du CIRDI, y compris la reconnaissance généralisée du rôle central des thèmes environnementaux. Nos instruments de gouvernance mondiale doivent se structurer pour récompenser un Etat comme celui du Salvador, quand il prend des mesures pour protéger les écosystèmes, au lieu de le punir avec une procès au CIRDI. C'est la tâche des gouvernements de donner la priorité à leur responsabilité de protéger les personnes et leurs écosystèmes. Avec sa structure actuelle, les clauses et règles du CIRDI font exactement le contraire - il décourage les régulations environnementales et sociales nationales par crainte des actions en justice.

### **Au bout de 51 ans il est temps de dire « non » au CIRDI**

Il est de plus en plus urgent de dire « non » au CIRDI. Si les deux principaux traités de commerce et d'investissement négociés actuellement, le TPP et le TTIP, sont approuvés, le nombre de cas soumis au CIRDI augmentera grâce aux clauses de résolution de différends entre investisseurs et Etats qui sont comprises actuellement dans les deux projets. Le TPP comprendra 12 pays qui représentent près de 40% du PIB mondial et le TTIP comprendra 29 des économies les plus grandes du monde (les Etats-Unis et les 28 membres de l'Union Européenne), ce qui fait que chacun d'eux concernera d'énormes portions de l'économie mondiale dans lesquelles l'investissement étranger joue un rôle principal. Si l'un quelconque de ces traités entre en vigueur, nous pouvons y compris nous attendre à plus d'actions en termes de tendances des investisseurs à attaquer les Etats, non seulement pour 'appropriation directes' par l'intermédiaire d'expropriations (le but original du CIRDI), mais encore pour 'appropriation indirectes' par l'intermédiaire de régulations environnementales, sociales, etc. qui seraient simplement susceptibles d'affecter la capacité future d'un investisseur étranger à faire des profits.

Heureusement, il existe une opposition croissante à ces accords. L'Allemagne et la France ont fait part de leur préoccupation à propos des clauses investisseur-état. De fait, en juillet 2015, le secrétaire d'état au commerce extérieur français, Mathias Fekl, a conseillé un système investisseur-état alternatif, européen, qui touche à beaucoup des biais du CIRDI, pour les négociations du TTIP et a certifié que plusieurs pays européens l'appuient. Y compris aux Etats-Unis, des économistes et des politiciens, comme le lauréat du Prix Nobel Paul Krugman et la sénatrice Elisabeth Warren, prennent position.

Les partisans de ces accords mettent souvent en garde [du risque] que l'économie mondiale s'effondre sans ces droits de l'investisseur et leur instance clef, le CIRDI, et que l'investissement étranger s'arrête. Mais c'est faux. Le Brésil, qui n'a jamais accepté la résolution de différends entre investisseurs et Etats par n'importe quel organisme, est, cependant, un des principaux destinataires

de l'investissement étranger. De façon plus générale, les investisseurs étrangers qui croient qu'ils font un investissement à risque, pourraient simplement dépendre de l'assurance de risque étranger ; ils peuvent aussi recourir aux tribunaux nationaux compétents dans un pays donné. Ceci est un autre exemple des biais créés par la confiance mise dans le Règlement des Différends Investisseurs-Etats par des tribunaux mondiaux comme le CIRDI : si les entreprises nationales doivent aller devant les tribunaux nationaux, les entreprises étrangères devraient également le faire.

Nous allons fêter le 51 anniversaire du CIRDI en demandant aux états actuellement membres qu'ils se retirent de ce tribunal du Groupe Banque Mondiale qui sape la démocratie, l'impartialité, et l'environnement et le bien commun général. Et nous allons nous assurer que le CIRDI ne continue pas à se fortifier par des traités de commerce et d'investissement insensés.

- Les 19 pays latinoaméricains qui votèrent « no » sont : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, le Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela.
- La Dr Robin Broad ([rbroad@american.edu](mailto:rbroad@american.edu)) est professeur de Développement International, School of International Service, American University, Washington. Auparavant, elle a travaillé comme économiste internationale au sein du Département du Trésor des Etats-Unis, dans le bureau de l'ex-sénateur Chuck Schumer, et à la Fondation Carnegie pour la Paix. Auteur de nombreux ouvrages, souvent co-signés avec son mari, John Cavannagh, elle est reconnue pour son érudition interdisciplinaire dans les études du développement, reposant sur une expertise académique en économie, écologie, et économie politique (entre autres domaines) bâtie au long de décennies de pratique dans les communautés rurales, des Philippines au Salvador, aussi bien que sur une expérience politique pratique (en particulier comme économiste internationale au sein du Département du Trésor US).

Source : <http://www.alainet.org/es/articulo/173175> (site de l'Agence Latino Américaine d'Information ALAI)

Cet article résume l'article complet publié par l'auteur dans la revue *University of Pennsylvania Journal of International Law*, sous le titre “*Corporate bias in the World Bank Group’s International Centre for Settlement of Investment Disputes: A case study of a global mining corporation suing El Salvador,*” 2015, 36 (4), pp.851-874, disponible à l'adresse <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol36/iss4>

NB : On peut trouver sur le site de la Banque Mondiale les « détails » très résumés du cas et même la composition du tribunal d'arbitrage (3 avoués) et vérifier que ce procès est intenté en s'appuyant comme « instrument » sur le CAFTA-DR (Accord de Libre-échange de l'Amérique Centrale et de la République Dominicaine, d'après le sigle en anglais) (cf <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/09/12> )