



Université Libre de Bruxelles
Institut de Sociologie

ULB

GROUPE DE RECHERCHE
SUR LES ACTEURS INTERNATIONAUX ET LEUR DISCOURS
GRAID

Étude exploratoire

Les Accords bilatéraux sur l'investissement dans
l'UEBL

Rapport intérimaire
Mai 2002

Sous la direction scientifique du Prof. C. Gobin

L'explosion des accords bilatéraux d'encouragement des investissements

«In the 1990's there was a veritable explosion in the number of the BITs. Our estimate, perhaps unduly conservative, is that some 960 BITs were signed from the beginning of 1990 through the end of 1998. The Secretariat of the UN Conference on trade and development counts over 1300 BITs for the same period. Altogether, depending on whose figures you care to use, some 1400 to 1800 BITs have been signed to date »¹

Il est difficile de donner un chiffre exact du nombre d'accords bilatéraux signés ou en vigueur dans le monde à une date précise. En effet, la caractéristique de ces accords est de ne concerner apparemment que deux pays, il n'existe pas vraiment d'organe centralisateur de ces accords.

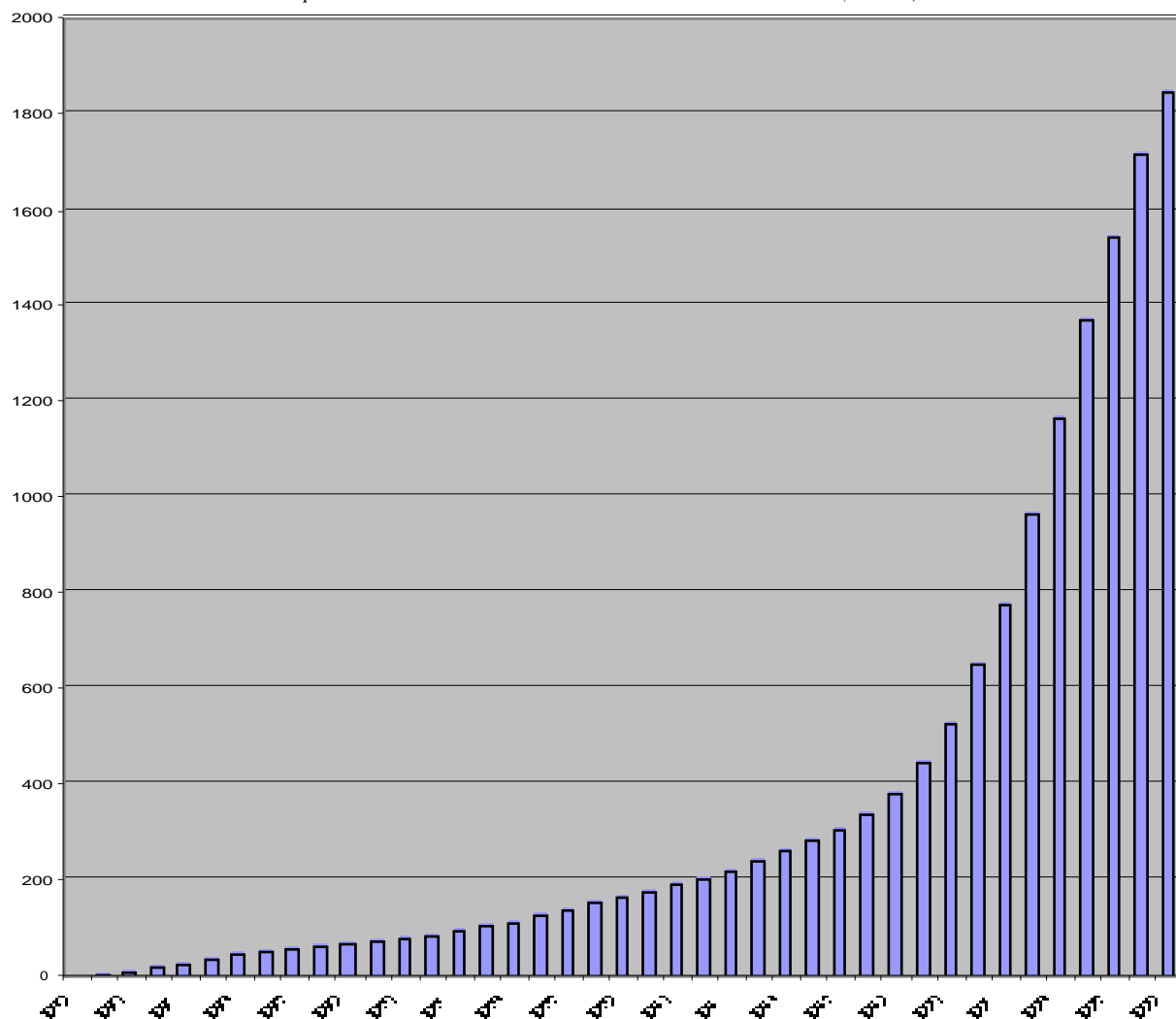
Cependant, la Banque mondiale tente de les recenser mais ne publie les chiffres recueillis sur son site que de 1959 à 1996 à la différence de la CNUCED dont le recensement porte jusqu'en 1999 .

Le graphique n°1 montre cette accélération du nombre d'accords signés entre 1959 et 1999 tel que le donne la CNUCED. Pour ce qui concerne la situation actuelle, différentes estimations du nombre d'accords en vigueur sont données ci et là. La direction générale du commerce de l'Union européenne (qui dépend du commissaire Lamy) avance le chiffre de 1800. Des chercheurs canadiens estiment à 1980 le nombre de ces ABI à la fin de 1999. La CNUCED en recense 1845. Le mouvement ne s'étant pas arrêté en 2000, ni en 2001, un chiffre raisonnable pourrait être de 2000 accords bilatéraux.

¹ Antonio R. Parra, Deputy Secretary General, ICSID in *Remarks presented in a panel discussion on « Icsid and the rise of Bilateral Investment Treaties » at the 94th annual meeting of the American Society of International Law, Washington, DC April 2000.*

Nombre cumulé d'ABI 1959-99

Groupe de recherche sur les acteurs internationaux et leur discours (GRAID)



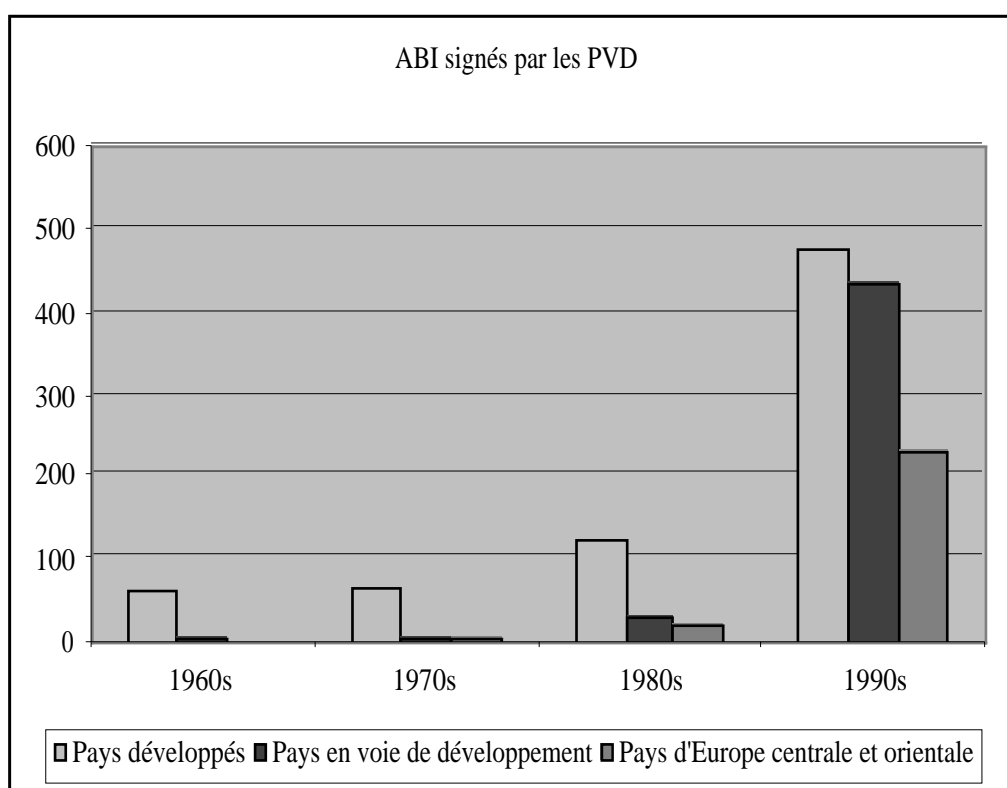
Source : CNUCED, *Bilateral Investment Treaties*, [UNCTAD/ITE/IIA/2], Genève, 2000 (graphique et calcul : GRAID, 2002)

Si l'on voulait faire en sorte que tous les pays participants à l'OMC soient liés deux à deux par des ABI, il faudrait selon l'UE quelque 7500² traités. Un quart du travail semble donc déjà réalisé d'autant plus que les traités conclus entre pays en voie de développement sont encore minorité ; autrement dit les principaux axes de flux de capitaux d'investissements sont probablement déjà couverts par les ABI.

Au départ, sous couvert de rapports égaux d'encouragement et de protection des investissements, les ABI sont très nettement des accords de protection des capitaux provenant de pays occidentaux à destination de pays dépendants (demandeurs de capitaux). La négociation de l'AMI avait pour but de généraliser la libre circulation des capitaux sur la

² En 2001, il y avait 140 pays membres de l'OMC, le nombre maximum de traités bilatéraux possibles est donc de $((140 * 140) - 140) / 2$, soit 139*70 ou 9730 traités. Cependant, il faut en retirer les traités qui ne sont plus à conclure au sein des zones de libre-échange régionales (ALENA, UE, etc.) ou entre pays membre de l'OCDE.

totalité du globe. Du fait de l'échec des négociations d'un accord multilatéral tant au sein de l'OMC (premier essai en 1994) qu'au sein de l'OCDE, les ABI ont été multipliés et ont lié aussi de plus en plus les pays « en voie de développement » entre eux afin d'obtenir un maillage global au fond aussi satisfaisant sinon plus qu'un accord multilatéral. Des organismes et des procédures ont dès lors été mis en place au sein de la CNUCED, visant à favoriser la signature d'ABI lors de sessions réunissant une dizaine de pays (PVD). Les effets sont évidents, le nombre d'ABI signés entre pays en voie de développement a crû spectaculairement dans les années 1990 alors qu'ils étaient quasi inexistants dans les décennies précédentes.

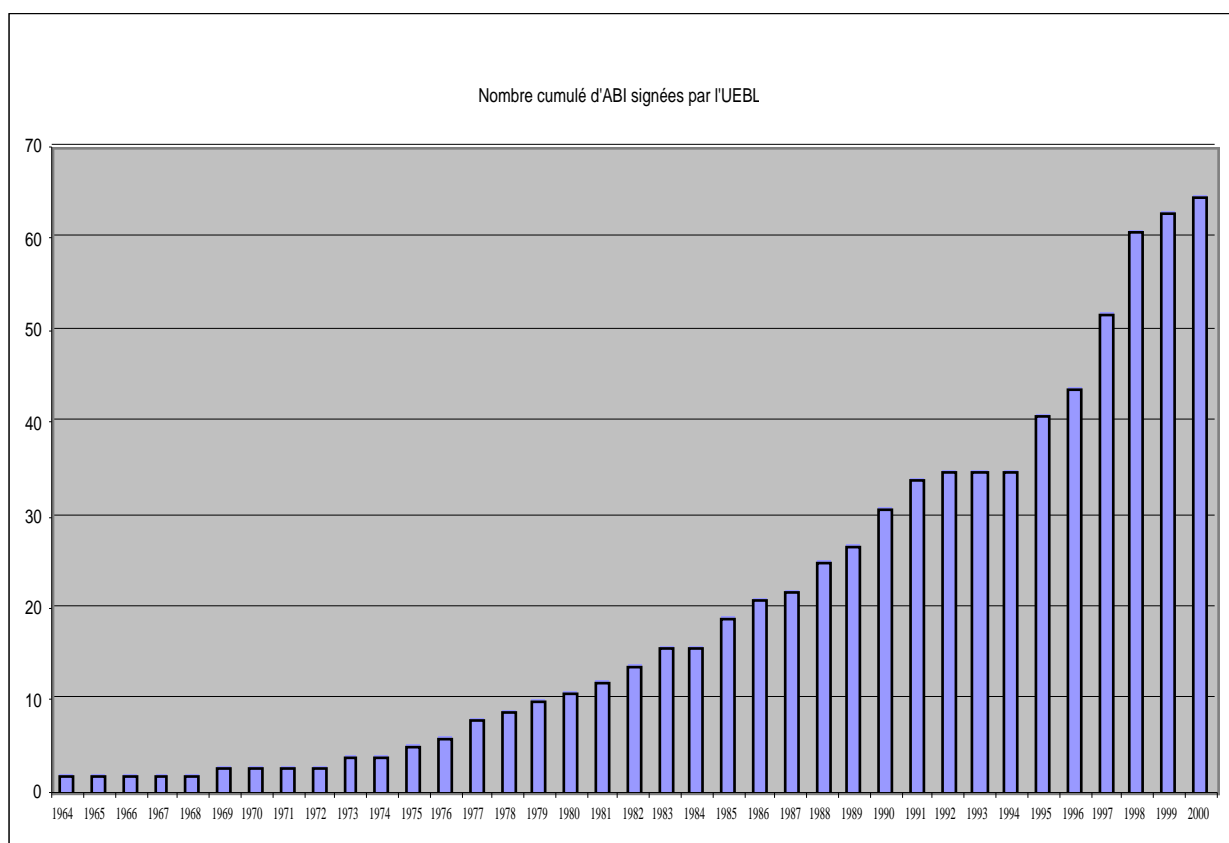


Source : CNUCED, *Bilateral Investment Treaties*, [UNCTAD/ITE/IIA/2], Genève, 2000 (graphique et calcul : GRAID)

La progression du nombre d'ABI signés par l'UEBL

L'UEBL ne se distingue pas de la tendance mondiale. La croissance du nombre des ABI en vigueur suit le même rythme que dans les autres pays développés. Là où le rapport entre le nombre d'ABI possible et celui effectivement constaté est pour le monde de quelque 25%, pour l'UEBL, il atteint quelque 47% (65/138) et si l'on tient compte de l'inutilité d'un tel accord au sein de l'UE, près de 5% (65/125).

Il importe aussi de remarquer que la pause dans la signature de tels traités entre 1993 et 1996 correspond à la période de mise en place de l'OMC (fin de l'Uruguay Round et conférence de Marrakech) dont le premier programme prévoyait la réalisation d'un accord multilatéral sur l'investissement. C'est d'ailleurs l'échec de cette tentative d'AMI à l'OMC qui a entraîné la négociation très discrète de l'AMI au sein de l'OCDE.



Source : Parlement belge, calcul GRAID (ULB), 2002.

Annexe

Liste des ABI signés par l'UEBL selon le rapport 2000 de la CNUCED :

Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Argentine, Bangladesh, Bolivie, Brésil, Bulgarie, Burundi, Cameroun, Chili, China, Chypre, Congo (République démocratique), Corée du Sud, Côte d'Ivoire, Cuba, Égypte, Égypte, El Salvador, Estonie, Gabon, Georgie, Hongkong, Hongrie, Inde, Indonésie, Kazakhstan, Lettonie, Liban, Liberia, Lituanie, Macédoine(ex-Yougoslavie), Malaisie, Malte, Maroc, Mauritanie, Mexique, Moldova, Mongolie, Ouzbékistan, Pakistan, Paraguay, Philippines, Pologne, Roumanie, Russie (Fédération), Rwanda, Singapour, Slovénie, Sri Lanka, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Tunisie, Tunisie, Turquie, Ukraine, Uruguay, Venezuela, Vietnam.

Qu'est-ce qu'un accord bilatéral de protection et d'encouragement réciproque des investissements ?

Pourquoi signer des ABI ?

Un accord bilatéral de protection et d'encouragement réciproque des investissements est un traité international négocié et conclu entre deux Etats souverains.

En Belgique, les ABI sont des accords internationaux de type mixte et requièrent donc outre l'assentiment du Parlement fédéral, celui des Conseils de Région et de Communauté. Une ratification luxembourgeoise est également requise puisque ces accords sont conclus au nom de l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise (UEBL).³

Les accords bilatéraux visent sept objectifs⁴ :

- **encourager les investissements respectifs ;**
- **offrir des garanties de protection des investissements ;**
- **assurer un traitement équitable des investisseurs ;**
- **instaurer la « clause de la nation la plus favorisée »⁵ et la « clause du traitement national »⁶ ;**
- **assurer une indemnisation rapide et adéquate en cas d'expropriation ;**

³ La Belgique est également membre de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), une filiale de la Banque mondiale, qui a entamé ses activités en 1988 pour encourager les investissements privés dans des pays en développement au moyen d'une assurance contre les risques politiques, d'une assistance technique et de la fourniture d'informations. Il faut également signaler que l'Office national du Ducroire accorde des garanties de remboursement des capitaux investis dans des entreprises étrangères au cas où ces investissements seraient touchés par des mesures privatives de propriété.

⁴ Réponse du ministre aux demandes d'explication de MM. Mahoux et Jonckheer au vice-premier ministre et ministre de l'économie et des télécommunications sur « les accords bilatéraux visant à encourager et à protéger les investissements », *Annales parlementaires du Sénat de Belgique*, Séance du jeudi 12 novembre 1998, pp. 6337-6339, p. 6338.

⁵ Libellé comme suit dans l'accord-type de l'UEBL: « *Pour toutes les questions relatives au traitement des investissements, les investisseurs de chacune des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire de l'autre Partie, du traitement de la nation la plus favorisée.* »

⁶ Les investisseurs de l'autre partie contractante bénéficient d'un traitement au moins aussi favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux.

- **garantir le libre transfert des revenus des investissements ;**
- **mettre en place un cadre juridique approprié permettant le règlement des différends qui surgiraient entre un investisseur et le pays hôte de son investissement, avec la faculté de recours à l'arbitrage international.**

Historiquement les premiers ABI visaient à favoriser et accentuer les investissements étrangers privés dans les pays en voie de développement.

La plupart des pays exportateurs de capitaux se trouvaient en effet confrontés à une série de questions et controverses vis-à-vis des règles du droit international.

Une société transnationale avait-elle la possibilité en droit international de porter plainte contre un Etat hôte ? Qu'en était-il de la détermination des montants de compensation en cas de nationalisation ou d'expropriation ?

Face à ces incertitudes permanentes en matière de droit commercial international, la volonté de clarifier la situation s'est faite de plus en plus pressante au sein des pays du centre.

À cet égard, il est étonnant de constater que la majorité des exportations belges n'est pas localisée dans les pays avec lesquels la Belgique a conclu des ABI mais sont concentrées dans les pays de la CEE et de l'OCDE. Avant les années 1990, 23 ABI sur 27 ont pourtant été signés avec ces pays d'exportation d'importance limitée.

Le gouvernement explique, dans l'exposé des motifs, que les raisons de conclure un accord bilatéral peuvent être de deux ordres : **politique** (pour imposer des règles de bonne conduite et de bonnes pratiques en matière d'investissement) et **économique**, les deux étant imbriqués dans l'objectif idéologique de libéralisation poursuivi. Le ministre affirme sans ambages que la conclusion d'un ABI s'inscrit dans la lignée « *des réformes économiques en cours et des nouvelles dispositions législatives et réglementaires édictées en la matière, tendant à stimuler tant les investissements étrangers en Algérie que les investissements d'opérateurs algériens à l'étranger et dont l'objectif final est de parvenir progressivement à la mise en place d'une économie de marché.* »⁷ On retrouve cet argument dans de nombreux autres accords. Historiquement relancé et porté par l'offensive idéologique néolibérale dans les années 1970⁸, le processus de

⁷ Exposé des motifs sur l'accord bilatéral avec la République algérienne démocratique et populaire.

⁸ Cette offensive s'est développée tant au niveau académique (travaux de Milton Friedman et de Friedrich Von Hayeck à Anthony Giddens) que dans les milieux économiques (puits à penser - « think-tank », groupes de pression - « lobby ») et politiques (de Margaret Thatcher et Ronald Reagan à Tony Blair ou Bill Clinton en passant par Jaques Delors...) ce qui a permis d'instituer un véritable

libéralisation en faveur du secteur privé (caractérisé par l'ouverture et l'unification des marchés, la déréglementation, les privatisations, la liberté de mouvement d'implantation, de transfert...) qui caractérise actuellement la mondialisation économique et financière du capital⁹ impose le marché comme seul (pro)moteur de la démocratie dans un univers économique autonome, désincarné du reste du champ social. « *Il faut vérifier notre thèse selon laquelle nous stabiliserons petit à petit ce pays si une économie privée correcte s'y développe.* »¹⁰

La libre concurrence régulerait et assurerait un accès libre au marché, tout le monde bénéficiant des mêmes chances alors que le rapport de force entre les protagonistes est déjà inégalitaire au départ.

L'investissement protégé par les ABI peut être matériel (outil de production, force de travail...) ou immatériel (prise de participation directe ou indirecte, actions...), mobile, en mouvement et participant aux flux de capitaux incontrôlables (origines, compositions...) ou immobile. Source du commerce qu'il initie, il conviendrait donc de l'attirer et de le protéger, ce qui est le rôle des ABI au niveau bilatéral. Un accord de libre échange constitue en effet pour les chantres du libéralisme une étape vers la libéralisation économique par le biais de réformes, certes douloureuses mais d'autant mieux acceptées politiquement que les deux pays sont supposés en tirer bénéfice, dans des domaines considérés comme trop réglementés. Au surplus, de tels accords entraînent les pays non associés à s'y intéresser voire à en créer et participent donc à l'ouverture des frontières.

Ces accords mettent en place un cadre réglementaire et juridique strict et contraignant qui permet d'inciter l'investissement en éliminant les entraves à son entrée, à sa circulation et à son développement (c'est-à-dire tout élément de protectionnisme ou de préférence nationale, normes sociales ou environnementales)

consensus décisionnel sur les bienfaits du modèle unique de développement économique source du progrès et donc du bien-être et in fine de la démocratie libérale.

⁹ Ce processus est, faut-il le rappeler, socialement et historiquement en construction depuis le 15^e siècle et depuis en constante évolution et fortification. Voir les travaux de Fernand Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Editions Arthaud (Champs-Flammarion), Paris, 1985 (traduction française) ; de Immanuel Wallerstein, *Le capitalisme historique*, Edition La Découverte (Repères), Paris, 1996 (traduction française) ; ou encore de Karl Polanyi, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Editions Gallimard (Bibliothèque des Sciences humaines), Paris, 1983 (Pour la traduction française).

¹⁰ Rapport de Mme Lizin, sénatrice, sur l'accord avec la République algérienne démocratique et populaire.

et en le protégeant par différents biais (législations, garantie de non-discrimination par un traitement juste et équitable, clauses de la nation la plus favorisée et du traitement national, mode d'arbitrage...).

L'accord vise d'abord à protéger les investisseurs au-delà de la protection offerte par une législation nationale : « *La Belgique, [...], est en général favorable à la conclusion de tels accords, qui ont une grande importance pour la protection des investisseurs belges à l'étranger. Les investissements étrangers jouissent quelquefois de la protection de législations nationales, comme les «codes d'investissement», mais un accord bilatéral offre des garanties supplémentaires.* »¹¹ Ou encore: « *[...], un accord bilatéral offre plus de garanties qu'une loi nationale sur les investissements.* »¹²

Ensuite, ces investissements doivent être encouragés : « *Un accord bilatéral entre l'U.E.B.L. et un État constitue, parallèlement à une éventuelle législation nationale sur les investissements et à un code relatif à ceux-ci, un instrument complémentaire tendant à les encourager.* »¹³

Il est difficile de lier les ABI avec le niveau de l'investissement belge à l'étranger car les études en la matière sont rares. Dès 1986 cependant, nos entreprises montrent un intérêt grandissant en faveur de l'expansion vers l'étranger. En outre, on distingue une tendance grandissante à (dé)localiser certaines branches de la production dans des pays plus éloignés, au dépens des pays de l'Union européenne et donc au détriment des législations sociales pour pouvoir bénéficier de coûts salariaux plus intéressants. C'est notamment le cas avec les pays asiatiques dans les années 1980, puis avec les pays d'Europe de l'Est et centrale après 1989. Une pression est exercée afin d'ouvrir ces marchés à la libéralisation par le biais de réglementations plus souples et plus favorables tant au niveau des législations nationales par des accords internationaux négociés sur le plan bilatéral, d'État à État, ou multilatéral regroupant un groupe d'États au sein d'Organisations internationales ou régionales, accords qui peuvent utilement compléter les législations nationales.

¹¹ Exposé des motifs concernant l'accord avec le Chili.

¹² Exposé des motifs concernant l'accord avec la Lettonie.

¹³ Rapport de Mme Thijs sur le Viêt-nam fait au nom de la Commission des Affaires Étrangères du Sénat. La même formule est reprise par Mme Lizin, dans son rapport pour l'Algérie. Il convient de noter que dans ce rapport, le ministre propose que la commission invite le Vice-Premier ministre et ministre du Commerce extérieur, M. Maystadt, ainsi que le directeur de l'Office du dueroire, pour qu'ils fassent un exposé sur la nature des investissements.

La dynamique du processus de prolifération des ABI pour constituer un réseau planétaire constitue l'alternative à l'AMI¹⁴ en développant les mêmes objectifs de libéralisation totale de l'investissement, fer de lance du commerce qu'ils viennent renforcer par une réglementation en amont qui légitime le processus en cours au sein des institutions de commerce international. Il pose surtout des conditions plus strictes et plus contraignantes pour les États par **l'absence totale d'exceptions** tant en matières sociales qu'environnementales. Le mécanisme de loquet de l'AMI est remplacé par un mécanisme domino engendré par le système des ABI en réseau cumulé avec les possibilités offertes par les organisations régionales (UE, AELE, ALENA, MERCOSUR, ASEAN) et internationales.

L'effet domino permet l'ouverture et donc l'accès à de nouveaux marchés et exerce une pression sur les législations nationales ou internationales par un effet d'étau pour éliminer les entraves à son implantation et à sa circulation. Le travail s'effectue au sommet, en amont des échanges, au niveau intermédiaire (union douanière, union économique...) et à la base (au niveau national ou des entités fédérées) et inversement par le biais de législations tendant à éliminer tout élément de protectionnisme.

Un nombre croissant d'investisseurs semblent avoir pris conscience de l'intérêt présenté par le régime des investissements internationaux, un mélange de traités bilatéraux et régionaux sur l'investissement, qui pourrait bien constituer l'alternative idéale et plus intéressante au système multilatéral d'échange qui a échoué en 1998 avec l'abandon des négociations sur l'AMI¹⁵ et qui suscite toujours autant de tensions

¹⁴ En 1996, la Belgique participait en effet à la négociation sur la conclusion d'un accord multilatéral sur l'investissement au sein de l'OCDE avec l'ambition que son application soit la plus large possible et si possible universelle. Le projet de départ, initié par le gouvernement américain en étroite collaboration avec une sélection de firmes transnationales, entraînait une transformation du droit international : la reconnaissance des firmes multinationales comme sujets de droit leur permettrait de porter plainte contre les États. Cependant le projet n'accordaient que des droits aux entreprises sans leur imposer de devoirs en contrepartie, ce qui a suscité de fortes protestations dans le monde et finalement conduit à son abandon du fait du gouvernement français.

Pour le gouvernement belge l'AMI « *vise avant tout à offrir une meilleure protection juridique aux investisseurs mais également à supprimer les discriminations entre investisseurs nationaux et non nationaux.* ». Groupe Interdépartemental pour la Coopération au Développement, *Réponse du Gouvernement belge au cahier de revendications politiques de la plate-forme Un Monde à Retravailler : Opter pour plus d'emprise sur le Travail et l'Economie* », Bruxelles, 18 octobre 1998, p. 4.

¹⁵ Il est à cet égard intéressant de rappeler les propos de M. Maystadt à propos de l'AMI « *la Belgique peut se rallier au consensus qui se dessine sur les éléments constituant le corps du texte [...]. Pour nous, il n'y a*

entre les membres de l'OMC quant au lancement ou non de négociations définitives sur l'investissement en 2003.

Dans la plupart des cas, ces traités autorisent une libéralisation bien plus profonde et couvrant un éventail plus large de secteurs que ce qui est prévu dans des accords internationaux comme l'AGCS par exemple. Ainsi, nombre d'ABI offrent des conditions d'entrée et d'établissement beaucoup plus larges, **tous les secteurs de l'économie étant concernés.**

Les ABI viennent donc compléter un arsenal en tant qu'instrument du processus de libéralisation permettant d'assurer les conditions et la reproduction de la domination du capital par le biais d'un rapport de force inégalitaire tant dans la négociation que dans les échanges commerciaux et d'investissement.

pas grand chose de nouveau. Il s'agit de reprendre sur le plan multilatéral le type de dispositions auxquelles nous souscrivons régulièrement et que nous avons acceptées dans les nombreux accords bilatéraux sur la promotion et la protection des investissements [ratifiés par le Parlement belge]. » Il fait référence : au traitement national et au principe de la nation la plus favorisée ; à la transparence des législations ; à la liberté de transfert de fonds d'entreprises ; à la compensation en cas d'expropriation ; à un système de règlement des différends. In Réponse du ministre des Finances et du Commerce extérieur à la demande d'explication de M. Jonckheer sur « L'état des négociations de l'accord multilatéral sur l'investissement », *Annales parlementaires du Sénat de Belgique*, 1-166, Séance du jeudi 19 février 1998.

Liste des accords bilatéraux d'investissements de l'UEBL

Pays	Signature
1.République Tunisienne	15.07.1964
2.Royaume du Maroc	28.04.1965
3.Indonésie	15.01.1970
4.République de Corée	20.12.1974
5.République du Zaïre	28.03.1976
6.République Arabe d'Egypte	28.02.1977
7.République socialiste de Roumanie	08.05.1978
8.République de Singapour	17.11.1978
9.Malaisie	22.11.1979
10.République Unie du Cameroun	27.03.1980
11. République populaire du Bangladesh	22.05.1981
12. République démocratique socialiste du Sri Lanka	05.04.1982
13.République du Ruanda	02.11.1983
14.Mauritanie	23.11.1983
15.République populaire de Chine	04.06.1984
16.Liberia	05.06.1984
17.Thailande	19.03.1986
18.Turquie	27.08.1986
19.République populaire hongroise	14.05.1986
20.Malte	05.03.1987
21.Pologne	19.05.1987
22.Bulgarie	25.10.1988
23.USSR	09.02.1989
24.Burundi	13.04.1989
25.Tchécoslovaquie	24.04.1989
26.Bolivie	25.04.1990
27.Argentine	28.06.1990
28.Viêt-nam	24.01.1991
29.Chypre	26.02.1991
30.Algérie	24.04.1991
31.Uruguay	04.11.1991
32. Mongolie	03.03.1992
33. Chili	15.07.1992
34.Paraguay	06.10.1992
35.Géorgie	23.06.1993
36.Estonie	24.01.1996
37.Roumanie	04.03.1996
38.Lettonie	27.03.1996
39.Ukraine	20.05.1996
40.Moldova	21.05.1996
41.Hong Kong	07.10.1996
42.Tunisie	08.01.1997

43.Lituanie	15.10.1997
44.Inde	31.10.1997
45.Philippines	14.01.1998
46.Vénézuéla	17.03.1998
47.Kazakhstan	16.04.1998
48.Ouzbékistan	17.04.1998
49.Cuba	19.05.1998
50.Gabon	27.05.1998
51.Afrique du Sud	14.08.1998
52.Mexique	27.08.1998
53.Brésil	06.01.1999
54.Albanie	01.02.1999
55.Slovénie	01.02.1999
56.Macédoine	17.02.1999
57.Egypte	28.02.1999
58.Côte d'Ivoire	01.04.1999
59.Maroc	13.04.1999
60.Liban	06.09.1999
61.El Salvador	12.10.1999
62.Yémen	03.02.2000
63.Koweït	28.09.2000
64.Comores	18.05.2001
65.Arménie	07.06.2001

Source : Parlement belge, collecté par le GRAID (ULB).

La définition très large de la notion d'investissement

Le terme d'investissement recouvre plusieurs sens de sorte qu'il peut souvent être affecté d'un contenu positif. Dans le langage courant, le mot désigne des dépenses exceptionnelles faites pour améliorer les conditions d'existence d'une famille ou d'une collectivité. Dans le domaine économique également, le terme est couramment utilisé dans un sens très favorable : l'emploi dépendrait de l'investissement et le chômage chronique depuis dix ans serait la conséquence d'un manque d'investissement; il conviendrait donc de tout faire pour encourager l'investissement. Dans son préambule, le projet de texte de l'AMI joue consciemment sur ces connotations positives en déclarant que l'accord « *créera des possibilités d'emploi et améliorera le niveau de vie* ». Dans le préambule des ABI, on retrouve également une formulation similaire : « *désireux de renforcer leur coopération économique en créant des conditions favorables à la réalisation d'investissements ...* » (dans l'accord avec l'Algérie) ou « *considérant l'influence bénéfique que pourra exercer un tel accord pour améliorer les contacts d'affaires et renforcer la confiance dans le domaine des investissements* » (dans l'accord avec le Chili, l'accord avec la Bolivie reprenant les deux formules).¹⁶ Les rédacteurs du texte s'en tiennent donc prudemment à des engagements aussi vagues que possibles.¹⁷ Les enjeux sont en effet d'une importance capitale.¹⁸

¹⁶ Le libellé est parfois plus précis comme pour Hong-Kong en tenant compte de la modification de son statut vis-à-vis de la République populaire de Chine : « *conscients de ce que l'encouragement et la protection réciproque, par la voie d'un accord, d'investissements de ce type auront pour effet de stimuler les initiatives commerciales privées et d'accroître la prospérité dans les deux zones* ». Exposé des motifs de l'accord avec Hong-Kong.

¹⁷ Cette prudence est compréhensible quand on considère que fortes de leurs opérations de concentration accrue, suite à l'accélération des fusion-acquisitions ces dix dernières années, et de restructuration, les sociétés transnationales ont réduit leurs effectifs au niveau mondial dès la première partie des années nonante. En outre, la montée en puissance des grands fonds de placement et l'importance prise par le niveau des actions en bourse contribuent à l'accélération de la destruction d'emploi. La décision de licenciements constitue en effet un message clair et positif aux marchés financiers pour un groupe côté en Bourse qui voit son action grimper en flèche. Observatoire de la mondialisation, *Lumière sur l'AMI*, l'Esprit frappeur, n°31, Paris, 1998, p. 22.

¹⁸ En 1995, comme le rappelait très justement Olivier Deleuze alors dans l'opposition, les investissements directs à l'étranger des sociétés multinationales ont supplanté le commerce international comme moteur de la

À la suite de la libéralisation des investissements à l'étranger de la fin des années septante et de la déréglementation financière, la croissance des investissements et des placements financiers internationaux s'est accompagnée **d'une croissance des revenus du type profits**, dividendes et intérêts des placements financiers. Il n'est dès lors pas étonnant de constater que les Sociétés Transnationales et les investisseurs financiers veulent à tout prix protéger le **transfert des revenus de leurs investissements** et de leurs placements financiers au moins autant sinon plus que d'assurer une liberté commerciale totale pour leurs marchandises.¹⁹

La notion d'investissement dans les ABI a évolué avec le temps. La définition dans l'accord avec le Maroc (1965) est plus que succincte : « ...*investissements ainsi qu'aux biens, droits et intérêts appartenant à des ressortissants, personnes physiques ou morales, de l'autre Partie Contractante...* » (Article 1^{er}). En 1970, une première tentative sérieuse de définition apparaît dans l'article.3 de l'Accord avec l'Indonésie qui se base sur l'exemple suisse et servira dès lors de référence pour les accords suivants :

« *le terme "d'investissements" englobe tout apport direct ou indirect de capitaux et d'autres éléments d'actif quelconques, investis ou réinvestis dans des entreprises agricoles industrielles, minières, forestières, touristiques et de communication. Doivent être considérés notamment, mais pas exclusivement, comme des investissements aux termes de la présente Convention :*

- (a) *les biens mobiliers et immobiliers, ainsi que tous les autres droits réels tels que hypothèques, gages, sûretés réelles, usufruit et droits similaires ;*
- (b) *les parts sociales et autres formes de participation dans des sociétés ;*
- (c) *les créances et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ;*
- (d) *les droits d'auteur, marques de fabrique, brevets, procédés techniques, noms commerciaux, marques de commerce et le "goodwill" ;*

mondialisation, passant de l'ordre de 60 milliards de dollars en 1985 à plus de 315 milliards en 1995. S'insurgeant ensuite sur la méthode de négociations de notre pays, il affirme que : « *des accords internationaux sont négociés par les technocrates, à l'abri des regards, et vont d'une part vers l'abandon de la souveraineté des pays au profit des multinationales et d'autre part, vers l'abandon par le monde politique de toute possibilité d'intervention devant la toute puissance économique des multinationales.* » Interpellation de M. Olivier Deleuze, député, au vice-premier ministre et ministre de l'Économie et des Télécommunications sur « les négociations en cours concernant l'accord multilatéral sur l'investissement », n° 1330, *Commission de l'Economie, de la Politique Scientifique, de l'Education, des Institutions Scientifiques Culturelles Nationales, des Classes Moyennes et de l'Agriculture*, mardi 3 juin 1997, C 347 – 2.

¹⁹ Observatoire de la mondialisation, op. cit. pp. 23-31.

(e) les concessions de droit public, y compris les concessions de recherche, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles. »

Dès la fin des années septante, dans certains accords « *le terme d'investissement désigne tout élément d'actif quelconque* » et se base donc exclusivement sur la notion « d'actif » (Article 1^{er} de l'accord avec Singapour en 1978). Dans les accords suivants une clause est ajoutée afin de prévenir l'extension ou la restriction de cette définition : « *Toute modification de la forme dans laquelle les biens ont été investis, n'affectera nullement leur caractère "d'investissements", [au sens du présent accord ou de la présente convention]* ».

Certaines restrictions sont parfois imposées sur des investissements précis mais leur portée n'est généralement pas significative.

L'accord avec la Bolivie de 1990 confirme ce constat d'une définition précise mais très large laissant la porte ouverte aux investissements très indirects: « *Le terme "investissements" désigne tout élément d'actif quelconque et tout apport direct ou **indirect** en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit.*

Sont considérés notamment, mais non exclusivement, comme des investissements au sens du présent Accord :

a) les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits réels tels que hypothèques, privilèges, gages, usufruit et droits analogues;

b) les actions, parts sociales et toutes autres formes de participations, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes;

c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant une valeur économique;

d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et le fonds de commerce;

e) les concessions de droit public ou contractuelles, notamment celles relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

Aucune modification de la forme juridique dans laquelle les avoirs et capitaux ont été investis ou réinvestis n'affecte leur qualification d'investissements au sens du présent Accord. »

C'est sous ce libellé qu'elle sera d'ailleurs reprise dans quasi tous les accords-types ultérieurs (jusqu'aux deux derniers en date avec les Comores et l'Arménie).

La définition de l'investissement telle qu'elle est reprise au chapitre II du projet d'accord de l'AMI est très extensive et se base également non pas sur les moyens de production ou « l'outil de travail » mais sur « l'actif », c'est-à-dire la catégorie économique et juridique qui est centrale à l'existence et au fonctionnement des

marchés financiers. L'investissement est défini comme « tout type d'actif détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur, notamment :

- « (I) une entreprise » **mais aussi** :
- « (II) les actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise et les droits en découlant ;
- (III) les obligations, titres d'emprunt, prêts et autres formes de créance et les droits en découlant, [...] ;
- (V) les créances monétaires et les droits de prestations ».

Les protections très étendues et les interdictions imposées aux gouvernements de contrôler ou de sanctionner les « investisseurs » contenues dans le projet bénéficieraient donc aux placements et à toutes les spéculations.

La définition large de l'investissement se conclut par l'inclusion «des droits de propriété intellectuelle», « des concessions, licences, autorisations et permis » et enfin de « tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, et tous droits connexes de propriété tels que la location, hypothèque, privilège et gage ». Le champ d'application de cette définition comprend donc tous les domaines d'activités industrielles ou de services sans exception. La référence à la propriété intellectuelle n'en exclut d'autre part ni la propriété artistique ni la **propriété littéraire**.

Il est très important de souligner que dans les deux cas, **la définition comprend la propriété intellectuelle et fait la part belle aux investissements indirects**. Selon nos ministres et ceux d'autres pays comme la France, la négociation sur l'AMI devrait autoriser l'inclusion de toute une série d'exceptions notamment en matière culturelle ou concernant les services, de manière à restreindre la définition aux seuls investissements directs. M. Elio Di Rupo, alors ministre compétent pour l'AMI déclarait ainsi en 1997 que « *au fil des discussions, [...], la notion d'investissement dans l'accord s'est étendue considérablement au point de créer des problèmes très sérieux de chevauchements et de contradictions avec d'autres accords internationaux, tel l'accord sur les services de l'Organisation mondiale du commerce. Le risque est en effet de rater l'objectif en qualifiant d'investissement n'importe quelle opération économique. Nous voudrions donc [...] qu'on en revienne à un champ d'application plus limité de l'accord multilatéral sur l'investissement, à savoir l'investissement direct proprement dit.* »²⁰

²⁰ Réponse du vice-premier ministre et ministre de l'Economie et des Télécommunications M. Elio Di Rupo à l'interpellation de M. Olivier Deleuze sur « les négociations en cours concernant l'accord multilatéral sur l'investissement », n° 1330, *Commission de l'Economie, de la Politique Scientifique, de l'Education, des*

Or les ABI que signe l'UEBL ne tiennent pas compte de cette préoccupation : la définition de l'investissement englobe tous les actifs directs et indirects.

La Belgique tient fortement à l'adoption de la formule traditionnelle pour la définition des investisseurs et le contenu de l'accord qui comporte les garanties traditionnelles en matière de traitement juste et équitable des investissements, conforme au standard du droit international, de liberté de transfert et surtout de recours à l'arbitrage international en cas de différends relatifs aux investissements.²¹

L'accord avec le Mexique, qui reprend la même structure que l'AMI et se base sur l'expérience acquise lors des négociations sur l'accord ALENA, nous permet de mieux comprendre les raisons qui peuvent pousser l'UEBL à accepter de définir ou non les investissements de manière plus précise ou d'introduire des réserves. La partie mexicaine considérait en effet comme impossible d'un point de vue politique d'inscrire et définir dans un accord bilatéral la notion « d'investissements indirects » car en fin de compte, on ne sait plus à qui appartient l'investissement qu'on protège. La délégation de l'UEBL accepta à la fin de la deuxième session de négociations qu'en trois endroits du texte, la notion d'investissements, tant directs qu'indirects, soit tout à fait supprimée. Les modifications adoptées étaient purement formelles, de l'avis du représentant de la Banque nationale de Belgique. La délégation de l'UEBL obtint en effet que le texte ne contienne aucune référence, quelle qu'elle soit, ni aux investissements directs, ni aux investissements indirects.

Institutions Scientifiques Culturelles Nationales, des Classes Moyennes et de l'Agriculture, mardi 3 juin 1997, C 347 – 2.

²¹ Voir les exposés des motifs des accords concernant l'Algérie ou la Mongolie par exemple.

Le rôle des ABI structurés en réseau

L'explication donnée ensuite nous dévoile **le véritable rôle des ABI structurés en réseau** : « *Les firmes belges qui souhaitent effectuer des investissements indirects au Mexique doivent savoir qu'elles sont protégées par l'accord ALENA, qui contient un passage relatif à la protection des investissements (si elles investissent via les USA ou le Canada) ainsi que par quantité d'accords bilatéraux conclus par le Mexique avec d'autres pays de la région (si elles souhaitent investir via d'autres pays d'Amérique latine).* »²² Choisissez donc à votre meilleure convenance et avantage la manière et le biais de pénétration du marché mexicain puisque vous disposez en outre de différentes possibilités d'investir par le biais des investissements directs qui offrent suffisamment de possibilités pour investir (sur) un marché local. Étant donné la participation du Mexique à l'ALENA et dans la perspective de négociations sur un accord de libre échange entre l'Amérique du Nord et l'Amérique Latine (2005), un accord préalable avec le Mexique assure une place sur un marché de quelque 800 millions d'habitants.

Il convient donc d'analyser ce que sont les investissements directs à l'étranger (IDE) et quelle est leur fonction, d'autant que comme nous le verrons plus loin, le troisième volet du dispositif juridique du projet de l'AMI mis en place devrait à terme organiser le démantèlement de toutes les réserves susceptibles de constituer une entrave à la libéralisation et qu'en cas de conflit c'est sur base de cette priorité que les juges statueront.

Les investissements directs à l'étranger

Les **investissements directs à l'étrangers (IDE)** constituent l'instrument principal de développement des filiales par les firmes multinationales. Il peut prendre sept formes différentes pouvant être classées en fonction du degré décroissant de maîtrise (internalisation) de la firme ²³:

²² Exposé des motifs concernant l'accord avec le Mexique.

²³ ATTAC, *Enquête au cœur des multinationales*, Editions Mille et une nuits, Les Petits Libres, n° 31, pp. 23-24.

- **les fusions-acquisitions** constituent le moyen privilégié d'investissement qui permet, sans investissement prohibitif, de s'implanter rapidement sur de nouveaux marchés et dans de nouveaux secteurs géographiques.
- **Les implantations de sites de production** sont un mode d'investissement dont la progression est très modérée et plutôt utilisé dans des pays émergents où les coûts de main-d'œuvre sont faibles et le droit du travail très limité.
- Le recours à **la sous-traitance** se développe spécifiquement dans les activités manufacturières permettant l'emploi de main-d'œuvre spécialisée mais faiblement qualifiée (confection, matériel électronique et informatique).
- **Les joint-ventures** consistent en la mise en commun de moyens humains, techniques et financiers dans le cadre d'une filiale commune à deux ou trois firmes. Ce dispositif permet de s'implanter dans des pays prometteurs où la réglementation rend un partenaire local indispensable.
- **Les alliances** ne constituent pas nécessairement un investissement dans la mesure où elles peuvent s'effectuer sans participation. Elles représentent pourtant un élément essentiel dans les nouvelles structures des firmes multinationales qui s'organisent en réseau pour se partager les marchés et asseoir leurs oligopoles.
- **Les exportations** sont quant à elles facilitées par la présence d'accords de distribution et peuvent préfigurer des alliances.
- **Les licences** présentent comme principal intérêt qu'en cédant une licence, une firme peut pénétrer un marché où l'implantation directe est impossible du fait de la réglementation locale (comme en Chine, par exemple). Cependant ce mode d'investissement est limité par les risques de contrefaçon.

La volonté de légiférer internationalement sur l'investissement comporte le risque de voir les intérêts les plus puissants établir les conditions d'une emprise sociale globale à leur seul bénéfice. L'enjeu central de l'AMI se situe donc bien dans le degré de contrôle, par le biais de lois, que la société d'un pays, représentée au moins autant par le pouvoir législatif (le parlement) que par son pouvoir exécutif (le gouvernement) entend imposer aux entreprises et à leurs propriétaires.

Le droit de mener une politique économique

Sous l'effet des luttes politiques et sociales de l'après-guerre et du processus de décolonisation, la communauté internationale était parvenue à inscrire dans les textes de base des Nations unies, notamment dans la Charte des droits et des devoirs économiques des États adoptée en 1974, les principes suivants :

- **« Chaque nation a le droit inaliénable de réglementer les investissements étrangers et d'exercer son contrôle sur les investissements » ;**
- **« aucun État ne peut être contraint de réserver un traitement préférentiel à des investissements étrangers ».**

Les pays membres de l'OCDE entendaient au contraire établir pour l'investissement international un cadre multilatéral large comportant des normes élevées de libéralisation et de protection, c'est-à-dire soustraire les groupes transnationaux aux contraintes des lois et des règlements nationaux, tout en protégeant pleinement leurs secrets et leurs bénéfices. Il convient donc à cet égard de procéder à une analyse du rôle des lobbies dans l'élaboration de l'AMI.

La suite du texte confirme l'impression d'une rédaction unilatérale, tous les droits étant reconnus aux investisseurs (groupes industriels et financiers effectuant des opérations transnationales) et toutes les obligations étant imposées aux États dans leurs futurs rapports avec le capital international.

La multiplication des ABI impose, tout comme l'AMI entendait le faire, de très lourdes restrictions à l'usage de ces droits politiques par les États.²⁴

²⁴ Voir annexe sur l'Arbitrage du CIRDI à propos du litige lié à l'ABI conclu entre l'UEBL et le Burundi.

Type de protection accordée à l'investissement

Traitement national et bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée

Ces clauses constituent un standard dans la pratique des relations internationales commerciales ou du régime global des investissements. Elles constituent d'ailleurs les obligations centrales du GATT. Elles sont présentes dans la majorité des ABI et elles étaient évidemment reprises dans le chapitre II du projet de texte de l'AMI. Elles proposent de reconnaître aux investisseurs internationaux le bénéfice à la fois du traitement national, qui leur accorde les mêmes droits que les investisseurs nationaux, et celui de la nation la plus favorisée, qui stipule que les droits et les privilèges accordés à un pays quelconque doivent être étendus à tous les pays.

Cette possibilité de bénéfice cumulé de deux privilèges offerts à des bénéficiaires différents confère donc ***in fine plus de droits aux investisseurs étrangers que les investisseurs nationaux n'en possèdent.***

Par exemple, théoriquement, si la Belgique reconnaît aux investisseurs de certains pays des droits particuliers, comme c'est le cas pour les pays de l'Union européenne économique et monétaire, elle devrait accorder les mêmes droits aux investisseurs de n'importe quel autre pays. Si la Belgique a accordé aux investisseurs de certains pays africains des aides d'un certain type, elle ne pourrait pas refuser ces aides à ceux de tous les autres, sauf éventuellement aux investisseurs belges ...

Cependant, dans les ABI, la plupart des clauses de la nation la plus favorisée ont été définies de manière à ne pas inclure les privilèges accordés sur la base d'une union douanière, d'un marché commun, d'une zone de libre échange ou d'une organisation régionale économique existants ou futurs, ou par un accord visant à éliminer la double imposition. **Les ABI sont donc subordonnés aux Accords régionaux de commerce mais pas aux conventions de l'OIT ni aux normes environnementales.**²⁵

²⁵ C'est cette même idée qui est reprise dans une réserve majeure présentée par la Commission européenne concernant l'AMI: « 2. L'article [...] (clause de la nation la plus favorisée) n'empêche pas une partie contractante qui est un Etat membre d'une organisation d'intégration économique régionale d'accorder aux investisseurs d'autres Etats membres de l'organisation et aux investissements de ces investisseurs un traitement plus favorable, du fait des mesures appliquées dans le cadre de cette organisation, que celui qu'ils accordent aux investisseurs des autres parties contractantes et à leurs investissements. » Le risque est cependant

Le principe du traitement national est reconnu par tous les pays de l'OCDE mais il ne l'emporte pas sur le droit de chaque pays d'aider, s'il le souhaite, certaines catégories d'entreprise comme les PME ou les entreprises s'implantant dans des régions marginalisées, ou de réserver tel type de subvention à des entreprises nationales. La constitution d'un réseau mondial d'ABI selon des standards de protection identiques, contraignants et dénués de réserves, comme le projet d'AMI qui lie les deux principes dans un article dont la rédaction est très générale, change la donne : **en effet tout investisseur étranger pourrait demander à bénéficier de toute aide accordée à un investisseur national**, enlevant ainsi aux Etats un des moyens classiques d'agir dans les sphères de la politique industrielle et de la politique de l'emploi.

Certains investisseurs importants peuvent donc utiliser des traités bilatéraux pour défendre leur position dans des secteurs sensibles comme la distribution de l'eau et les services de la voirie, la recherche de l'eau et du pétrole ainsi que les concessions minières. En fait, les plus importants cabinets d'avocats d'affaire peuvent se servir des accords bilatéraux, jusqu'à présent restés dans l'ombre, comme arme contre la réglementation des services publics des pays hôtes.

Traitement juste et équitable

Il s'agit d'une clause clef dans les ABI, libellée comme suit : « *tous les investissements, directs ou indirects, effectués par des investisseurs de l'une des parties contractantes, jouiront sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'un traitement juste et équitable* ».

Cette disposition est reprise dans presque tous les ABI. Des dispositions similaires sont utilisées dans les accords-types de la France, des USA ainsi que dans les conventions de l'OCDE. Certains auteurs affirment que « le traitement juste et équitable » des investissements engendre l'acceptation d'actes qui sont objectivement non-justes et non-équitable dans la mesure où cette formulation nécessite une interprétation. Un tribunal ne serait en effet pas lié par un standard minimum ou maximum quoi que cela puisse vouloir signifier, mais aurait juste à examiner si, dans des circonstances particulières, la pratique est juste et équitable. Cette clause va plus

grand de voir toutes cette réserve disparaître comme toutes les autres lors des prochaines négociations (voir supra).

ainsi plus loin que celles de la nation la plus favorisée et du traitement national puisque il s'agit directement d'une protection offerte aux investisseurs privés et non aux nations.

Expropriation et « mesures d'effet équivalent »

La rédaction du chapitre sur la protection des investissements reste très floue laissant beaucoup de marge à la jurisprudence découlant des décisions arbitrales, dans la tradition anglo-saxonne très favorable aux intérêts privés. Elle consiste à dessaisir le législateur pour permettre au juge de créer des pans entiers du droit par un mécanisme d'interprétation. Ce mécanisme pourrait ainsi bloquer l'action gouvernementale dans la protection environnementale, la préservation des ressources naturelles ou même la sécurité du travail et l'égalité des conditions de négociation des éléments constitutifs du rapport salarial (cf. ETHYL qui estimait que l'interdiction du MMT équivalait à une expropriation de ses avoirs). Il permet donc aux investisseurs de recourir à l'arbitrage international en vertu d'un traité bilatéral en se basant sur un cas de jurisprudence favorable.

Règlement des différends

Préséance sur la loi nationale

Si le texte de l'AMI avait été signé et ratifié, son statut de traité international lui aurait conféré la primauté et une influence globale sur le droit national belge puisque les traités internationaux ont dans l'ordre juridique interne une valeur supérieure à celle des lois. Les Etats nationaux ont l'obligation de modifier les lois et les règlements qui ne sont pas conformes aux dispositions du traité international.

En outre, si un justiciable estime, devant une juridiction belge, qu'une loi nationale est contraire à un traité international, le tribunal a le devoir d'examiner cette prétention et le cas échéant d'écarter l'application de la loi qui est non conforme. Cette règle est d'application tant pour les dispositions précises d'un traité que pour son « esprit général » qui peut être considéré par un tribunal, dans des cas déterminés, comme appartenant aux « principes généraux du droit », ou à « l'ordre public international ». Jusqu'à présent, la référence aux « principes généraux du droit » découlant des traités a plutôt servi des cause justes mais le potentiel d'expansion et d'influence du néolibéralisme peut nous faire craindre une inclination des tribunaux à prononcer des jugements très favorables aux « investisseurs » en vertu de l'esprit général de l'AMI et de son incorporation aux « principes généraux du droit ».

Les mêmes craintes sont tout autant fondées pour un système d'ABI qui lierait un nombre de plus en plus importants d'Etats et créerait une jurisprudence dans la manière de considérer les dispositions et l'esprit général communs à l'ensemble des ABI.

Les Etats traînés devant des « tribunaux » de commerce internationaux ?

Le second volet du dispositif de contrainte organisait la création d'un système juridictionnel autonome, interne à l'AMI. Le raisonnement s'applique à nouveau pour un système d'ABI en réseau puisqu'ils font tous référence aux mêmes

« tribunaux » et aux mêmes mécanismes de règlement. Il s'agit donc d'un standard qui conduit à la création d'un modèle unique de « juridiction » basée pour tout ce qui a trait à l'investissement quel qu'il soit. Le mécanisme envisagé ne prévoit que deux hypothèses :

- **des différends entre deux Etats *ou***
- **des plaintes d'un investisseur contre un Etat.**

L'hypothèse qu'un Etat intente une action contre un investisseur n'est pas évoquée dans l'AMI.

Dans les dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et un Etat, certains ABI semblent laisser la porte ouverte à la possibilité pour l'Etat d'attaquer un investisseur mais en laissant à ce dernier le choix de la « juridiction » ! C'est donc l'investisseur qui a toujours le choix en dernier recours et qui est donc en mesure de choisir en fonction des législations ou des tribunaux qui lui seront le plus favorables. Prévaut dès lors une vision unilatérale des droits et obligations en faveur de l'investisseur et au détriment des Etats.

En cas de recours à l'arbitrage international, l'investisseur pourra choisir de soumettre le différend aux organismes d'arbitrage désignés dans l'ABI. L'accord type de l'UEBL est le plus exhaustif et prévoit jusqu'à quatre possibilités :

- **un tribunal d'arbitrage *ad hoc***, établi selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.); Il est à remarquer que le recours à un tribunal *ad hoc* est très rare (signe d'une juridiction spécifique)
- **le Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.)**, créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte à la signature à Washington, le 18 mars 1965.
- **au Tribunal d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International, à Paris (CCI);**
- **à l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.**

Ce sont uniquement ces organismes qui pourront rendre un jugement qui sera définitif, le choix du recours à l'arbitrage international impliquant le renoncement à tout recours administratif ou judiciaire interne.

Les nombreux accords sur les investissements permettent donc aux investisseurs d'attaquer les États devant des « tribunaux » d'arbitrage pour violation du traité ou pour réparation d'un préjudice prétendument subi au titre des nombreux articles qui

permettent les interprétations les plus favorables aux intérêts privés. Ils court-circuitent ainsi les législations nationales et par voie de conséquence, toutes les protections du bien public existantes.

Les pays qui ne respectent pas leurs obligations et les termes des nombreux ABI sont normalement soumis à une demande de compensation, en argent comptant et pour des montants de l'ordre de dizaine ou de centaine de millions de dollars, que le pays hôte doit payer directement à l'investisseur lésé.

Un arbitrage discret

La possibilité qu'offrent les ABI aux investisseurs de se lancer indépendamment dans des procès sans passer par l'intermédiaire du pays où ils ont leurs sièges (obligatoire d'après les règles de l'OMC) permet en outre de ne pas attirer l'attention des media et du public.²⁶

Toutes les dispositions relative à la composition des « tribunaux » d'arbitrage, les formes d'introduction des plaintes par les groupes industriels et financiers devant le « tribunal », l'expertise, les sentences et les autres questions de procédure, sont acceptés par les Etats sans aucune remarque ou discussion sur leur légitimité. Le fait que les ABI soient restés dans l'ombre si longtemps cadre bien avec la volonté de discrétion, voire de secret, des investisseurs qui est corroborée par les structures traditionnelles de l'arbitrage commercial international : *« les règles du CIRDI de la Banque Mondiale permettent aux arbitrages d'avoir lieu à huis clos, avec une indication minimale des noms et des parties concernées et du sujet de l'arbitrage. Bien pire, l'autre canal utilisé pour l'arbitrage Etats/Investisseurs, à savoir celui de la Commission des Nations Unies pour les lois internationales du Commerce (CNUDCI) ne requiert aucune communication au public ! ».*²⁷

La composition des tribunaux d'arbitrage est analogue à celle des tribunaux de commerce. Les arbitres sont choisis sur des listes établies par la Chambre internationale de commerce (CCI). Ce sont des « experts commerciaux », qui ont fait toute leur carrière dans les affaires et sont acquis à la libéralisation et la

²⁶ La prolifération des actions menées par des investisseurs étrangers contre l'Argentine, alors écrasée par les dettes, n'a pratiquement fait l'objet d'aucune couverture médiatique ou d'information publique.

²⁷ PETERSON Luke Erik, (International Institute for Sustainable Development basé à Winnipeg), Extrait de Grain de sable, Courriel d'information ATTAC, n°329, <http://www.attac.be>, mai 2002.

déréglementation débridée, qui sont chargés de juger les différends. Des multinationales comme ENRON ou VIVENDI se sont inspirées de litiges au plus haut niveau entamés dans le cadre de l'ALENA et dans lesquels des règles concernant l'environnement et la santé ont été défiées par des investisseurs étrangers : cela démontre les dangers pour le développement durable que constituent les traités en matière d'investissement. Il est fort à parier que l'exemple de l'Organisation mondiale du Commerce qui a constamment statué en fonction de la seule liberté des échanges commerciaux servira de modèle pour juger exclusivement en fonction du principe de la liberté de l'investissement (exemple du Traité de Marrakech et de la loi sur le maïs transgénique)²⁸.

²⁸ Dans tous les litiges jugés comportant un aspect environnemental ou de santé publique, les décisions ont privilégié le commerce sur l'environnement ou la santé.

De l'AMI aux accords bilatéraux

L'accord multilatéral sur l'investissement

En 1998, la tentative de finalisation d'un accord multilatéral sur l'investissement négocié très discrètement au château de la Muette, siège de l'OCDE aboutit à un retrait provisoire de ce texte lorsque son contenu fut dévoilé et diffusé publiquement. Ce projet dont l'objectif était la libéralisation définitive et irrévocable des investissements pris au sens le plus large, y compris par exemple ceux liés à la propriété intellectuelle, fut largement critiqué tant par les ONG que par les syndicats²⁹. Avec un certain retard, le relais fut pris par les assemblées parlementaires d'un certain nombre de pays de l'Union européenne par ailleurs membres de l'OCDE, et par le parlement européen qui vota une résolution³⁰.

Ces critiques portaient sur la subordination du respect du droit international et national du travail, des politiques économiques nationales ou régionales de régulation, des préoccupations environnementales et culturelles tant nationales qu'internationales à la liberté de circulation des investissements. Enfin, le texte proposait aussi un système d'arbitrage des différends entre États et investisseurs tel que l'intérêt général que représente l'État pouvait se trouver contré par l'intérêt particulier d'un quelconque investisseur.

En quelque sorte, en érigeant la liberté de circulation des investissements comme règle absolue, c'est la souveraineté des États contractants qui tombait en quenouille.

*Le Roi conclut les traités*³¹ spécifie en son article 167 la Constitution. Il déclare la guerre et conclut la paix. Au dix-neuvième siècle, date de la rédaction initiale de la

²⁹ L'accord multilatéral sur l'investissement, les principaux problèmes, rencontrés par les syndicats, note de synthèse du TUAC à l'attention de ses membres affiliés, septembre 1997. Troisième note du TUAC concernant l'AMI. Dans cette note, quoique les différents problèmes généraux posés par l'AMI comme l'irrévocabilité de la libéralisation, le danger pour les services publics et sociaux soient soulignés, il n'est pas fait mention d'une opposition ferme à ce type d'accord à la condition qu'il reprenne au moins dans son préambule une déclaration de respect des accords de l'OIT et les Principes directeurs pour les multinationales proposés par l'OCDE.

³⁰ Résolution du Parlement européen votée à Strasbourg le 11 mars 1998 (doc. A4-0073/98).

³¹ « Le Roi conclut les traités, à l'exception de ceux qui portent sur les matières visées au § 3. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres. »

Constitution, les traités négociés et conclus par le Roi, et soumis à l'assentiment ultérieur des Chambres ne consacrent pas d'abandon de souveraineté. Il en est autrement avec des traités comme l'AMI qui instituent une limitation à la capacité de légiférer de manière interne sur un nombre de matières extrêmement large et autorise un investisseur étranger à en appeler à un arbitrage international contre une législation quelconque d'un État dont il considère qu'elle met en péril son investissement. Il s'agit d'une consécration radicale de l'exercice absolu du droit de propriété définitivement supérieur à tous les autres droits. L'analyse que font Belén Balanyá et ses coauteurs de l'accord multilatéral sur l'investissement est claire à ce sujet :

« 5. Des systèmes de règlement des litiges puissants et rigoureux, statuant sur les contentieux entre les États et les investisseurs. Contrairement aux autres traités multilatéraux, l'AMI comportait un mécanisme de résolution des litiges permettant aux investisseurs de porter plainte contre les gouvernements nationaux et locaux non seulement pour manquements à l'application nationale du traité mais également pour « expropriation » ou toutes autres « mesures ayant un effet équivalent ». Cela aurait donné aux multinationales le pouvoir de remettre en question les législations locales ou nationales votées démocratiquement. Les implications d'un tel mécanisme sur les réglementations relatives à l'écologie, la santé ou la sécurité sont énormes, comme le prouve un nombre croissant de cas dans le cadre de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA ou NAFTA). Dans l'un de ces cas particulièrement sujets à controverse, la compagnie Ethyl, basée aux USA, a porté plainte contre le gouvernement canadien pour 250 millions de dollars Us de dommages et intérêts, prétextant une perte de bénéfice et de réputation suite à l'interdiction d'un additif pétrolier toxique. Un arrangement à l'amiable, à l'automne 1998, a forcé le gouvernement à verser à Ethyl 20 millions de dollars canadiens !

6. Le caractère irrémédiable des mesures de libéralisation de l'investissement. Par ce principe d'«immobilité», l'AMI interdisait aux États signataires de voter des lois ou de mettre en œuvre des politiques revenant sur le niveau de libéralisation de l'investissement déjà établi. Les pays auraient alors été forcés d'ouvrir progressivement des secteurs temporairement exclus des réglementations générales de l'AMI. Lors des négociations de l'AMI, les pays de l'OCDE ont enregistré plus de mille pages d'exemptions de cet ordre, allant de la législation sur la diffusion publique aux Pays-Bas à l'ensemble des lois non-fédérales américaines. Comme à l'OMC, des négociations régulières auraient été organisées afin de garantir l'élimination de toutes les législations et politiques des États signataires ne se conformant pas à l'AMI. »³²

³² Europe inc. Liaisons dangereuses entre institutions et milieux d'affaires européens, Observatoire de l'Europe industrielle, Agone éditeur, coll. Contre-feux, 2000 (édition originale en anglais 1999, Pluto press).

Or cet abandon de souveraineté au profit du marché des capitaux a été négocié dans le secret d'une organisation internationale et signée par les gouvernements. Ce n'est qu'au moment où cet accord aurait dû obtenir l'approbation des parlements (ratification) que les opposants auraient enfin pu faire entendre leur voix, trop tard. La mobilisation contre l'accord a attiré l'attention des parlements et a permis que se tiennent des débats parlementaires.

Les accord bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements

Lors des débats concernant l'AMI au Sénat belge, suite à une demande d'explication et au dépôt d'une résolution, un ministre défendant l'accord a souligné l'intérêt d'un tel accord pour éviter l'obligation d'en signer un certain nombre comportant grosso modo les mêmes clauses au niveau bilatéral.

Il est remarquable que, depuis, différents accords³³ d'encouragement et de protection réciproques des investissements ont été signés et ratifiés par l'Union économique belgo-luxembourgeoise, qui reprennent les mécanismes d'arbitrage prévus dans l'AMI, le type de protection accordé, y compris la clause de la nation la plus favorisée, ainsi que la définition extrêmement large de la notion d'investissement. En outre ces accords prévoient qu'en cas de signature d'un accord international ou multilatéral accordant le même type de protection des investissements, celui-ci prévaudra. De fait, il n'est pas exclu qu'à travers les accords qui se négocient à l'OMC, un AMI bis ne puisse être préparé.

Le pouvoir législatif belge offre une image politique au moins confuse : il refuse l'AMI mais accepte les accords bilatéraux qui en sont l'ersatz. Depuis 1992 pourtant, une chambre du Parlement est spécialisée dans l'examen des traités et accords internationaux. On aurait pu imaginer que pour des textes d'accords bilatéraux coulés dans un moule assez uniforme comme le sont les accords d'encouragement et de protection réciproques des investissements, cette chambre, le Sénat, aurait eu à débattre de la formulation avant que le gouvernement ne mette en branle les négociations avec le pays co-contractant. Ce ne fut manifestement pas le cas, et il est remarquable que ces accords qui pourraient être redevables des mêmes critiques que l'AMI soient néanmoins adoptés par des majorités larges si pas même à l'unanimité.

³³ une cinquantaine.

Cependant depuis la discussion sur l'AMI, certains sénateurs demandent systématiquement que des clauses sociales et environnementales soient insérées dans ce type d'accord. Sans succès. Les réponses du gouvernement sont invariablement qu'il mettra ce point à l'ordre du jour d'une prochaine réunion de l'Union économique belgo-luxembourgeoise. En attendant, s'accumulent de nombreux accords qui ne font aucune référence au droit international créé dans le système ONU, que ce soient les accords sur l'exploitation des mers, la réduction du CO2 ou le corpus de conventions de l'OIT.

Et chacun de ces accords bilatéraux est quasiment adopté à l'unanimité.

D'autres accords bilatéraux ou liant un pays tiers à l'union européenne en matière d'encouragement à l'économie de marché sont de même adoptés sans trop de discussion par le Parlement qui se dessaisit ainsi de la possibilité de légiférer en matière de régulation des marchés au profit de la sacralisation de la propriété des investissements.

Souveraineté et légitimité

La légitimité des lois internes des États trouve sa source dans la souveraineté que les États se sont vu reconnaître par les autres États lors de leurs constitutions à la suite du démembrement de l'Empire ou en conséquence des processus de « décolonisation ». La légitimité démocratique des législations et des institutions trouve son fondement dans l'attribution au peuple de la souveraineté, même si l'exercice de cette souveraineté est en réalité déléguée à des représentants.

La constitution du système des Nations Unies visait à donner au droit international une légitimité similaire à celle que la reconnaissance mutuelle et la démocratie représentative d'autre part conféraient au droit interne des nations démocratiques. L'Assemblée générale des Nations Unies est ainsi composée d'États dont les droits sont égaux. Les conventions des NU visent en général à l'universel et ne sont pas fondées sur un modèle contractuel. Par ailleurs, au sein de ce système existe aussi un embryon de démocratie fonctionnelle puisque au sein de l'OIT, les représentants des travailleurs organisés, les représentants patronaux et les gouvernements œuvrent à une législation du travail universelle. Cependant, au sein de l'ONU, la représentation

égalitaire en droit des États s'arrête à l'entrée du Conseil de sécurité, où certains membres sont à la fois permanents et disposent d'un droit de veto.³⁴

Malgré ces énormes défauts, ce système paraît encore trop contraignant quand il s'agit de régler l'activité économique et spécialement l'exercice du droit de propriété sur les biens productifs de richesse. L'AMI, tout comme l'OMC et les conventions qui s'y négocie, se trouve en dehors du système ONU. Les références aux acquis onusiens comme la reconnaissance des droits de l'homme, les conventions sur le travail des enfants, le droit des puissances publiques à réglementer l'activité économique en fonction d'un projet général politique de bien-être collectif, etc. sont systématiquement ou inexistantes ou cantonnées dans les préambules sans portée immédiate sinon symbolique. Le recours à l'arbitrage en lieu et place du recours à un système judiciaire montre aussi que loin de constituer un système légal, ce qui se met en place à travers ces instruments est un système purement contractuel, dans lequel évidemment sous l'égalité des parties se cache le rapport de force.

Le recours³⁵ à un faisceau de conventions bilatérales de protection de l'investissement remplace donc assez efficacement l'AMI au sens où il ne comporte pas non plus ni référence aux conventions onusiennes, ni recours à un système judiciaire international qui se met péniblement en place.

Conclusion

Il est aujourd'hui évident que l'État national tel qu'il subsiste n'est pas le cadre optimal de la démocratie d'autant plus qu'il laisse s'échapper les outils de construction de la démocratie soit vers des ensembles politiques régionaux (UE,

³⁴ L'ensemble de cette problématique du droit international et des ses rapports avec la démocratie mondiale est présentée par Monique Chemillier-Gendreau dans *Droit international et démocratie mondiale*, Les éditions Textuel, coll. La discorde, 2002, Paris.

³⁵ Nous nous sommes limités à montrer ici comment le refus public d'un instrument de libéralisation forcée amène des manœuvres de contournement visant au même objectif. L'ensemble de cette problématique mériterait d'être replacée aussi dans un cadre stratégique élargi. On verrait alors que les accords bilatéraux dont nous parlons s'inscrivent dans la droite ligne des disciplines que s'imposent les États de l'UE et les États-Unis dans un accord signé à Birmingham en mai 1998. Cf. Xavier Declercq, « L'AMI, l'accord de Birmingham, la loi Helms-Burton : la croisade des USA pour

ALENA, etc.) soit directement en dehors de la sphère de la responsabilité politique (OMC, AMI, Organes d'arbitrage). La construction de l'ONU visait aussi à offrir une vitrine de la démocratie à l'occidentale face au système soviétique lorsqu'il représentait une voie possible d'organisation sociale. La chute du mur de Berlin a contribué à souligner l'inutilité de ce système pour l'expansion du libéralisme économique. La réflexion et l'action pour le dépassement des démocraties nationales vers une démocratie mondiale, que l'ONU avait cependant contribué à faire naître, sont délaissés au profit du partage de la richesse entre puissances économiques (c'est-à-dire les réseaux de finances et les multinationales) et au détriment de toute régulation politique.

Malgré leurs déficiences, les parlements nationaux, le parlement européen, l'assemblée générale des Nations-unies mais aussi les conseils nationaux du travail, les assemblées de l'OIT sont les organes desquels doit surgir une résistance à l'érosion du pouvoir de contrôle démocratique. Cependant une telle résistance ne peut surgir que s'ils sont à nouveau conçus comme des lieux de débats où s'exprime le conflit social et non comme des lieux de co-décisions consensualistes.

« La démocratie pacifiée que nous connaissons, avide de consensus, tente de liquider le rapport litigieux des parties. La démocratie réactivée réintroduit le litige et surtout fait en sorte que tous, sans exception, soient réintroduits dans le litige. Ce faisant, elle permet de distinguer le politique de la pure survie biologique. Mais surtout elle ramène la dignité de chacun conditionnée par la dignité de tous. L'enjeu de la démocratie réactivée est bien au centre de toute réflexion sur la pauvreté internationale. Et cette dernière ouvre la problématique du politique dans la société internationale. »³⁶

imposer l'intérêt des multinationales contre le droit des états partout dans le monde », in L'année sociale 1998, éd. de L'Université libre de Bruxelles, 1999.

³⁶ Monique Chemillier-Gendreau, op. cit., page 104.

Incompatibilité entre les droits de l'homme, les normes sociales et environnementales et les investissements ?

Irréversibilité de la libéralisation et démantèlement des réserves dans le projet de l'AMI

Le troisième volet du projet de texte de l'AMI instaurerait un dispositif détaillé visant à rendre les mesures de déréglementation irréversible et à faire évoluer le texte vers une libéralisation toujours plus complète.

Les mesures dites de « statu quo » et de « démantèlement » imposent à chaque Etat, le jour de la signature, d'énumérer de manière précise et limitative ses règles non conformes à la liberté totale d'investissement et cela de façon définitive puisque aucune dérogation ne sera plus acceptée ultérieurement.

Les auteurs ont dans la foulée établi un corollaire très ingénieux, le *démantèlement*, c'est-à-dire le processus de libéralisation par lequel les mesures non conformes à l'AMI seraient réduites et finalement éliminées. Associé au *statu quo* duquel il découle, cet élément dynamique produirait à terme un effet de loquet permettant de verrouiller toute nouvelle mesure de libéralisation puisqu'elle ne pourrait plus être abrogée.

Le raisonnement est sans faille : toute renonciation par un Etat à une réserve fera juridiquement corps avec le traité.

Les réserves ne sont donc en réalité que provisoires et seront soumises à un travail de sape continu jusqu'à leur disparition.

Il est postulé que le renforcement du processus de libéralisation du commerce améliorera et rehaussera naturellement la position du « travail », ce qui justifie qu'il ne serait pas nécessaire d'institutionnaliser le lien entre les deux ni d'universaliser un certain nombre de valeurs incompatibles avec ce renforcement. Dans la continuité, des **normes sociales et environnementales** ou de respect des droits de l'homme sont considérées comme des **entraves** à la libéralisation : l'introduction d'éléments de protectionnisme dans le système de régulation du commerce international est vue comme érodant l'avantage salarial comparatif des PVD par rapport aux marchés locaux du Nord.

Les principes de protection, d'acceptation, d'incitation réciproque des investissements et de libéralisation des capitaux, d'ouverture des marchés ne s'appliquent malheureusement pas aux travailleurs, souvent contraints de s'expatrier pour différentes raisons et qui viennent proposer leur force de travail, leur savoir-faire dans nos pays entraînant un phénomène de délocalisation interne. La Belgique prétend pourtant vouloir conditionner son adhésion au processus d'adoption de l'AMI par l'inclusion de normes sociales et environnementales.

La Belgique dans la lignée de l'Union européenne a introduit une liste de réserves spécifiques à savoir d'une part des réserves horizontales et d'autre part des réserves sectorielles.³⁷

Le Conseil des ministres affirmait ainsi le 27 mars 1998 que cinq conditions devaient être remplies pour que notre pays adhère à l'AMI. Par exemple, l'accord devait être corrigé à fond sur le plan social et écologique.³⁸

Cette préoccupation serait également à l'étude pour les ABI puisque le gouvernement a affirmé à différentes reprises sa volonté « *d'œuvrer pour que les Etats signataires de ce genre d'accords prennent l'engagement juridiquement contraignant de respecter les sept conventions de base de l'OIT, définissant les cinq droits fondamentaux, à savoir l'interdiction du travail forcé, la liberté syndicale, le droit d'organisation et de négociation collective, la non-discrimination ethnique, politique, sexuelle et de religion ainsi que l'interdiction du travail des enfants. Il en va de même pour le respect des normes environnementales reprises dans la déclaration de Rio, l'Agenda 21 et les accords de Kyoto.* »³⁹

³⁷ Les réserves horizontales concernent les aides à l'investissement pour lesquelles la Belgique veut pouvoir déroger au traitement de la nation la plus favorisée et à l'interdiction de principe d'imposer à l'investisseur des obligations de résultat, ainsi qu'en matière d'accès à certaines professions, de services professionnels et d'accès au territoire.

Les réserves sectorielles concernent les transports par voies d'eau intérieures, aériens et maritimes ; les services financiers (banques, assurances, opérations financières et marchés financiers), l'établissement d'agences de voyage, les marchés publics, la prospection et l'exploitation dans le domaine des hydrocarbures et l'exploitation du plateau continental. Réponse du ministre des Finances et du Commerce extérieur à la demande d'explication de M. Jonckheer, op. cit.

³⁸ Concernant les aspects liés à l'environnement Groupe Interdépartemental pour la Coopération au Développement, op. cit. p. 5.

³⁹ Réponse du ministre Daerden, op. cit. pp. 6338-6339.

Les accords bilatéraux ne contiennent aucune clause spécifique en matière de normes sociales et environnementales, ni de référence aux droits humains

Le gouvernement l'admet et le justifie : « *ce type d'accord a principalement pour ambition de protéger les investissements belges à l'étranger et de créer un cadre juridique au bénéfice des investisseurs belges* »⁴⁰. L'article 2.1 de l'accord-type UEBL stipule toutefois que la législation locale, en ce compris la législation sociale et les lois relatives à la protection de l'environnement, doit être respectée.

Des parlementaires se sont pourtant inquiétés de voir la Belgique conclure des accords en matière d'investissement avec des régimes qui ne respectent pas les droits de l'homme, le droit des minorités sans parler des droits économiques et sociaux, du droit des femmes ou des normes sociales et environnementales.⁴¹ « *En effet, ce type d'accord a principalement pour ambition de protéger les investissements belges et de créer un cadre juridique au bénéfice des investisseurs belges* »⁴². (Ministre Daerden).

Le ministre constate qu'en Belgique, seuls les volets « Affaires étrangères » et « Coopération au développement » ont été, jusqu'à présent, liés au respect des droits de l'homme, à la demande d'ailleurs des Chambres fédérales. L'indépendance accordée au commerce extérieur permettrait donc à l'OMC, à un éventuel AMI ou bien à un réseau d'accords bilatéraux formant un système suffisamment dense pour régir le domaine de l'investissement de se considérer comme dégagés du corps de doctrine de l'ONU, au motif que leur vocation est purement commerciale et n'a donc pas à relever du droit international.⁴³ Ce qui signifie concrètement que ces organisations, ou ce système d'ABI en réseau contraignant, bien qu'institués par des pays membres de l'ONU, ne sont liés ni par la Charte, ni par la Déclaration

⁴⁰ Réponse du ministre aux demandes d'explication de MM. Mahoux et Jonckheer, op. Cit.

⁴¹ Dans la discussion générale sur les accords avec l'Algérie, la Tunisie, ou le Koweït notamment.

⁴² L'article 2.1 de l'accord-type UELB précise toutefois que la législation locale, en ce compris la législation sociale et les lois relatives à la protection de l'environnement, doit être respectée.

⁴³ ALBALA Nuri et SINAI Agnès, « Le règlement des différends à l'OMC », note pour l'Observatoire de la mondialisation », 15 novembre 1999.

universelle des Droits de l'homme, ni par le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels, ni par la Charte des droits et devoirs économiques des Etats.⁴⁴

Pourtant, le débat devrait être élargi : *« dans d'assez nombreux pays, comme le Viêt-nam, la Géorgie et l'Algérie, avec lesquels des accords sont conclus, les conditions sociales de la population et les conditions de travail sont très différentes de celles de l'Union européenne et de la Belgique, et vont jusqu'à fausser la concurrence dans une certaine mesure. Des clauses sociales devraient également pouvoir être discutées dans le contexte des relations commerciales. Il serait utile de savoir où en sont les choses dans le débat relatif à la clause sociale. »*⁴⁵ M. Nothomb affirme avec assurance que la faiblesse des investissements directs à l'étranger dans la plupart des pays concernés élude le problème (majorité des IDE en Europe ou entre pays de l'OCDE). C'est faire fi, à dessein ou non, des enjeux et des intérêts de nos entreprises les plus importantes, surtout quand elles constituent des filiales de multinationales, qui ont investi dans certaines régions-clefs et qui recherchent par les différentes possibilités offertes par l'IDE les conditions les plus favorables pour faire fructifier cet investissement. *« Pour la délégation de l'UEBL, il s'agissait surtout de protéger également les investissements indirects (e.a. le dossier Tractebel-Jindal), ce qui a été retenu en définitive. »*⁴⁶

Des législations nationales plus enclines à la libéralisation et à la privatisation, accordant une protection importante aux investisseurs et à leurs investissements complétées par des ABI et d'autres accords régionaux et internationaux favorisent des conditions « optimales » de production avec des coûts salariaux inférieurs à nos pays, une main-d'œuvre docile, adaptable, employable, flexible, compétitive, spécialisée et rentable. Ce « paradis » entrepreneurial est rendu possible par la sous-traitance qui facilite la délocalisation (cf, LEVIS). *« Depuis la promulgation de la loi sur les investissements en Moldavie, les investissements étrangers sont devenus, à partir de 92-93, les bienvenus dans ce pays aux bas salaires. Les possibilités d'investissements intéressantes sont à trouver dans le secteur agro-alimentaire. »*⁴⁷

⁴⁴ La sous-commission des Droits de l'homme des Nations unies a officiellement réagi auprès du directeur de l'OMC pour lui rappeler la primauté des droits de l'homme sur les politiques et les programmes économiques, sans effet jusqu'à maintenant.

⁴⁵ Rapport de Mme Lizin sur l'Algérie fait au nom de la Commission des Affaires Étrangères du Sénat.

⁴⁶ Exposé des motifs concernant l'accord avec l'Inde.

⁴⁷ Exposé des motifs concernant l'accord avec la Moldavie.

Le manque de contrôle parlementaire

L'actuel ministre des Affaires étrangères, M. Louis Michel, a réitéré la promesse de clauses sociales et environnementales. Mais « *cette révision du texte de base doit se faire en tenant compte des modèles d'accord utilisés par nos partenaires européens, de manière à disposer nous-mêmes d'accords qui ne pénalisent pas nos investisseurs par rapport à ceux des autres pays européens* »⁴⁸. L'inclusion de ces clauses risquent donc d'être reportées aux calendes grecques ou de servir de monnaie d'échange et de couverture légitime à la reprise des négociations sur l'AMI, le multilatéralisme permettant plus efficacement de répondre aux préoccupations actuelles et ouvrant de nouvelles perspectives de libéralisation totale de l'économie en travaillant en amont du règlement du commerce international.

Il convient enfin de noter que la négociation et la conclusion des accords internationaux relèvent de la compétence de l'Exécutif, les négociations étant menées par de hauts fonctionnaire du ministère des Affaires étrangères dans le cadre discret du protocole. Cela laisse peu de place à l'intervention et au contrôle parlementaires dans l'élaboration des textes de base et dans le suivi du contenu et du fond des négociations.

⁴⁸ Réponse du vice-premier ministre et ministre des Affaires étrangères M. Louis Michel à la question orale de M. Philippe Mahoux sur « l'absence de clauses sociales ou environnementales dans les accords concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements », *Annales parlementaires du Sénat de Belgique*, n° 2-232, Séance du jeudi 4 mai 2000.

Extrait du jugement d'un litige par le CIRDI

*Application de l'accord bilatéral de protection des investissements
conclu entre l'UEBL et la République du Burundi ou Comment un
pays se défait de sa souveraineté au nom de sa souveraineté*

« 62. Le litige soumis au Tribunal présente deux traits caractéristiques qu'il n'est pas inutile de souligner.

A. Le litige est dominé par l'existence d'une convention bilatérale d'encouragement et de protection des investissements

63. L'affaire fournit, tout d'abord, une illustration de l'incidence exercée sur les mécanismes du CIRDI par la pratique croissante des conventions bilatérales tendant à l'encouragement et à la protection des investissements.

Depuis 1985 le nombre de ces conventions est passé de 220 à environ 1100, ainsi que le signale une récente étude, qui parle à ce sujet de *dramatic cases growth*. A l'heure actuelle, 160 Etats sont parties à de tels traités. Or, comme l'indique la même étude, un grand nombre de ces traités prévoient que les différends entre l'un des Etats parties et un investisseur national de l'autre partie seront soumis pour règlement à la conciliation et/ou à l'arbitrage du CIRDI¹¹. L'importance de ce phénomène ne saurait être sous-estimée.

64. Sur un plan général, l'existence d'une convention bilatérale d'encouragement et de protection des investissements atteste de la volonté des Etats parties de placer les investissements réalisés par les ressortissants de l'un d'eux sur le territoire de l'autre sous la garantie des relations inter étatiques et la protection du droit international, et ce n'est pas un hasard si l'on parle souvent à cet égard d'un accord-parapluie, d'un *umbrella agreement*. C'est l'un des mérites du CIRDI, créé par la Convention du CIRDI de 1965, et également l'une des raisons de son éclatant succès, que d'avoir placé le règlement des différends relatifs aux investissements sous la protection d'un mécanisme international fondé sur le consentement des parties intéressées.

65. Dans la présente affaire, par conséquent, l'obligation pour la République du Burundi de respecter non seulement son droit national, mais aussi les dispositions de la Convention qu'elle a conclue avec l'Union belgo-luxembourgeoise, n'est pas autre chose que l'expression de sa souveraineté étatique au plein sens du terme. Il

convient de rappeler à cet égard le célèbre *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* : « La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quel-conque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté... La faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat »

67. En ce qui concerne la compétence du CIRDI – et, par voie de conséquence, celle du Tribunal arbitral –, elle trouve sa source non pas dans un accord conclu entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger mais directement dans le traité international conclu entre l'Etat d'accueil et l'Etat national de l'investisseur. L'exigence fondamentale du consentement des parties, formulée à l'article 25 de la Convention du CIRDI, se trouve ainsi revêtir une expression originale, à laquelle on ne pensait guère au moment de l'élaboration de la Convention du CIRDI, à une époque où la pratique des traités bilatéraux d'investissement était encore embryonnaire. »

Table des matières

<u>L'EXPLOSION DES ACCORDS BILATÉRAUX D'ENCOURAGEMENT DES INVESTISSEMENTS</u>	2
LA PROGRESSION DU NOMBRE D'ABI SIGNÉS PAR L'UEBL	5
ANNEXE	6
<u>QU'EST-CE QU'UN ACCORD BILATÉRAL DE PROTECTION ET D'ENCOURAGEMENT RÉCIPROQUE DES INVESTISSEMENTS ? POURQUOI SIGNER DES ABI ?</u>	7
LISTE DES ACCORDS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENTS DE L'UEBL	13
<u>LA DÉFINITION TRÈS LARGE DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT</u>	15
<u>LE RÔLE DES ABI STRUCTURÉS EN RÉSEAU</u>	20
LES INVESTISSEMENTS DIRECTS À L'ÉTRANGER	20
<u>LE DROIT DE MENER UNE POLITIQUE ÉCONOMIQUE</u>	22
<u>TYPE DE PROTECTION ACCORDÉE À L'INVESTISSEMENT</u>	23
TRAITEMENT NATIONAL ET BÉNÉFICIE DE LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE	23
TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE	24
EXPROPRIATION ET « MESURES D'EFFET ÉQUIVALENT »	25
<u>RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS</u>	26
PRÉSÉANCE SUR LA LOI NATIONALE	26
LES ÉTATS TRAÎNÉS DEVANT DES « TRIBUNAUX » DE COMMERCE INTERNATIONAUX ?	26
UN ARBITRAGE DISCRET	28
<u>DE L'AMI AUX ACCORDS BILATÉRAUX</u>	30
L'ACCORD MULTILATÉRAL SUR L'INVESTISSEMENT	30
LES ACCORD BILATÉRAUX D'ENCOURAGEMENT ET DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	32
SOUVERAINETÉ ET LÉGITIMITÉ	33
CONCLUSION	34

<u>INCOMPATIBILITÉ ENTRE LES DROITS DE L'HOMME, LES NORMES SOCIALES ET ENVIRONNEMENTALES ET LES INVESTISSEMENTS ?</u>	36
IRRÉVERSIBILITÉ DE LA LIBÉRALISATION ET DÉMANTÈLEMENT DES RÉSERVES DANS LE PROJET DE L'AMI	36
LES ACCORDS BILATÉRAUX NE CONTIENNENT AUCUNE CLAUSE SPÉCIFIQUE EN MATIÈRE DE NORMES SOCIALES ET ENVIRONNEMENTALES, NI DE RÉFÉRENCE AUX DROITS HUMAINS	38
LE MANQUE DE CONTRÔLE PARLEMENTAIRE	40
<u>EXTRAIT DU JUGEMENT D'UN LITIGE PAR LE CIRDI</u>	41
APPLICATION DE L'ACCORD BILATÉRAL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS CONCLU ENTRE L'UEBL ET LA RÉPUBLIQUE DU BURUNDI OU COMMENT UN PAYS SE DÉFAUSSE DE SA SOUVERAINÉTÉ AU NOM DE SA SOUVERAINÉTÉ	41