



**Conseil économique
et social**

Distr.
GENERALE

E/CN.4/Sub.2/2004/NGO/10
12 juillet 2004

FRANÇAIS, ANGLAIS ET
ESPAGNOL

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme
Cinquante-sixième session
Point 4 de l'ordre du jour provisoire

DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

**Communication écrite présentée conjointement par le Centre Europe-Tiers Monde,
organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif général et l'Association
Américaine de Juristes, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif
spécial**

Le Secrétaire général a reçu l'exposé écrit suivant, qui est distribué conformément à la
résolution 1996/31 du Conseil économique et social.

[1^{er} Juillet 2004]

* Exposé écrit publié tel quel, dans la/les langue(s) reçu(s), sans avoir été revu par les
services d'édition.

[30 juin 2004]

Les traités bilatéraux de libre commerce et de promotion et protection des investissements : « armes de destruction massive » du droit public national et international et des droits humains

I. Introduction

Une sorte de maillage étroit composé de conventions et de traités économiques et financiers internationaux, régionaux et bilatéraux entoure le monde. Ces traités ont subordonné ou supplanté les instruments de base du droit international et régional des droits humains (y compris le droit à un environnement sain), les constitutions nationales, la législation économique sur le développement national et les lois du travail et sociales qui tendent à atténuer les inégalités et l'exclusion.

Ce maillage fonctionne comme un système de vases communicants grâce à l'application des clauses du « traitement le plus favorable », du « traitement national » et de la « nation la plus favorisée », lesquelles figurent dans presque tous les traités. Ces clauses permettent aux politiques néolibérales de se diffuser sans contrainte à l'échelle planétaire et de pénétrer les Etats, où elles détruisent les économies nationales et génèrent de graves dommages sociaux.

Cela signifie que les droits du capital priment sur les droits démocratiques et humains des peuples. Les politiques de libéralisation et de privatisation -en tant que régime juridique à caractère obligatoire- se consolident. En concluant une série d'accords internationaux, il s'agit aussi d'empêcher **que l'on revienne en arrière sur ces politiques.**

Il s'agit d'un retour à une sorte de droit féodal ou corporatif, opposé au droit public national et international et qui fonctionne suivant l'intérêt exclusif du grand capital transnational et des Etats riches au détriment des droits fondamentaux des Etats dits périphériques et de leurs peuples. De plus, ce « droit corporatif » est accompagné d'un puissant dispositif coercitif pour assurer son application : amendes, sanctions économiques, pressions économiques et diplomatiques, etc. Le règlement des différends entre les parties s'effectue par des « tribunaux arbitraux », créés en marge du système judiciaire de droit public étatique et international. Ceux constitués au sein de la CIRDI* peuvent être pris en exemple.

Les traités internationaux et régionaux[†] font aussi partie de ce système de « droit corporatif ».

* Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) est membre du groupe de la Banque mondiale dont le président est, *ex officio*, le Président de la même Banque mondiale. Au sein de la CIRDI se constituent des tribunaux arbitraux qui régissent les controverses entre les sociétés transnationales et les Etats (136 d'entre eux font partie de la CIRDI), qui acceptent de se soumettre à leur arbitrage. Les Etats, en acceptant cette juridiction pour gérer les conflits d'égal à égal avec les entreprises privées, renoncent à une prérogative fondamentale de la souveraineté telle que la juridiction territoriale de leurs tribunaux. La convention du 18 mars 1965 (Convention de Washington), qui a créé la CIRDI, fut élaborée par la Banque mondiale. Pendant les négociations, les Etats latino américains, fidèles à cette époque à la doctrine Calvo (voir III.3), s'opposèrent à l'unanimité à la création de tribunaux arbitraux internationaux pour gérer ces conflits entre les Etats et les investisseurs étrangers. Cependant aujourd'hui, une quinzaine d'Etats latino américains font partie de la CIRDI. La majorité d'entre eux ont adhéré pendant les années 1990. L'Organe de règlement des différends (ORD), intervient à l'OMC.

† Parmi les traités principaux négociés dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), on peut trouver celui relatif aux aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (de biens) (TRIMs en anglais) et l'Accord général sur le commerce

Les traités bilatéraux (environ 2000 dans toute la planète) sont peu connus de l'opinion publique, beaucoup d'entre eux ont été conclus en cachette *et sont encore plus néfastes pour les droits des peuples que les traités internationaux ou régionaux en vigueur ou en cours de négociation.*

Les traités bilatéraux comprennent les traités de promotion et de protection des investissements étrangers (TPPI), de libre commerce, de droits de propriété intellectuelle, de coopération et de science et technologie.

Ces traités sont aussi le résultat d'une tactique provenant des centres du pouvoir économique-politique mondial, particulièrement celui des Etats-Unis, qui consiste à négocier à l'échelle bilatérale avec des gouvernements faibles et/ou corrompus, disposés à céder aux pressions.

Sur le plan régional, la situation est la même. Les Etats-Unis ont fait accepter à marche forcée le CAFTA (Central American Free Trade Agreement) en Amérique centrale, afin d'être en meilleure position pour négocier la ZLEA (Zone de libre échange des Amériques).

Concernant la négociation de cette dernière, la proposition d'une ZLEA « light » représente l'application de cette même tactique : laisser les questions les plus sujettes à des controverses aux négociations bilatérales.

Dans ce texte, nous nous centrerons en particulier sur les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers, qui constituent l'axe de ce «droit corporatif».

II. Les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers (TPPI)

Ces traités sont contractés entre Etats mais les droits garantis concernent les particuliers. Les dispositions relatives au mécanisme de règlement des différends, qui peuvent se présenter au sujet d'un investissement entre l'investisseur étranger et l'Etat récepteur de l'investissement, sont aussi comprises dans ces traités. Le non-respect de n'importe laquelle de ces obligations prévues dans un TPPI engage la responsabilité internationale de l'Etat récepteur pour des dommages occasionnés. La nouveauté est que le processus pour faire cesser telle ou telle conduite ou pour obtenir un dédommagement s'écarte du droit international classique.

Dans le système classique, le particulier ne jouit pas d'un accès direct au tribunal. L'Etat dont relève l'individu entreprend la démarche à travers la protection diplomatique. Cependant, en vertu de la doctrine Calvo (voir III.3), cela ne peut arriver qu'une fois l'épuisement, par l'individu en question, de tous les recours administratifs et juridiques établis dans la législation nationale de l'Etat dans lequel il prétend être lésé.

Tout cela est modifié dans le système du TPPI, puisque l'accès direct des particuliers à l'instance arbitrale internationale est permis, suivant les conditions établies dans le traité.

Les contenus principaux des TPPI en vigueur sont :

des services (AGCS). Parmi les accords régionaux, il faut mentionner l'Accord sur le libre échange nord américain (ALENA), le CAFTA (Central American Free Trade agreement), qui est l'accord de libre commerce entre les pays de l'Amérique centrale et les Etats-Unis, déjà signé par quatre pays d'Amérique centrale en décembre 2003, et la Zone de libre échange des Amériques (ZLEA). Signalons aussi le traité européen de Maastricht et d'autres structures régionales comme l'ASEAN (Association des nations d'Asie du sud-est), L'AFTA (ASEAN Free Trade Area) et l'APEC (Asia Pacific Economic Cooperation). Si le Traité constitutionnel européen est approuvé, concerté entre les gouvernements sans la participation populaire, il sera une pièce maîtresse en Europe de ce droit antidémocratique et néolibéral au service du pouvoir économique transnational.

1. Le traitement le plus favorable

Les investissements étrangers bénéficient toujours du traitement le plus favorable, bien que cela ne soit pas prévu dans le même TPPI, mais dans d'autres traités ou normes. Le non-respect du traitement le plus favorable implique la responsabilité de l'Etat récepteur, exigible par les procédures (en général devant un tribunal arbitral) que le même traité prévoit.

Ceci signifie que dans tous les cas on accordera le traitement le plus favorable à l'investissement, indépendamment de la norme (nationale ou internationale) qui offre de meilleures conditions aux investissements. De cette façon, même lorsque ces conditions plus avantageuses ne figurent pas dans le TPPI, elles s'intègrent à ce dernier et son non respect génère une responsabilité internationale de l'Etat qui peut être invoquée par les voies que le TPPI lui-même prévoit.

2. Le traitement national

Tout avantage concédé aux investisseurs nationaux doit être accordé aux investisseurs étrangers. Les investisseurs nationaux ne peuvent pas bénéficier d'une aide quelconque de l'Etat, car cela impliquerait la violation de l'égalité de traitement entre les investisseurs nationaux et étrangers.

3. La clause de la « nation la plus favorisée »

Les avantages accordés mutuellement par deux Etats dans un traité bilatéral s'étendent automatiquement aux traités que ces derniers concluent avec d'autres Etats où lorsque la clause de « la nation la plus favorisée » est comprise. Il faut noter que cette clause existe dans presque tous, si ce n'est dans tous les traités bilatéraux.

4. Absence, voire interdiction des prescriptions de résultats

Pour autoriser l'investissement, l'investisseur doit respecter des prescriptions de résultats. Ces dernières regroupent des conduites destinées à protéger l'économie nationale, comme utiliser, dans la mesure du possible, les matières premières nationales, exporter une partie de la production pour augmenter la rentrée de devises, etc. **Ces conditions ne figurent pas dans les TPPI et dans certains cas, elles sont même expressément interdites**, comme pour le traité argentino-étasunien et le traité souscrit entre le Canada et l'Uruguay. Dans certains cas, la situation de l'Etat récepteur est pire que dans le TRIMs, conclu dans le cadre de l'OMC, qui interdit les prescriptions de résultats seulement dans le commerce de biens. Par exemple, le traité entre l'Uruguay et le Canada étend l'interdiction des prescriptions de résultats aux services et aux transferts de technologie. De cette façon, dans ce contexte, l'Etat récepteur ne peut pas exiger de l'investisseur qu'il transmette le *know how* à ses partenaires ou aux travailleurs locaux. Cela signifie donc que, dans ce cas, le transfert de la technologie à l'Etat récepteur n'a pas eu lieu.

5. Indemnisation en cas d'expropriation

Les TPPI comprennent des clauses prévoyant l'indemnisation en cas d'expropriation ou « autres mesures d'effet équivalent ». Cette dernière phrase, ambiguë, permet d'exiger l'indemnisation en cas de mesures adoptées par l'Etat récepteur qui « privent l'investisseur des bénéfices qu'il pourrait raisonnablement espérer », comme le dit le tribunal arbitral dans le cas de « Metalclad contre Mexique », dans le cadre de l'ALENA[‡].

[‡] En 1996 l'entreprise étasunienne *Metalclad* a poursuivi le gouvernement mexicain pour violation du chapitre 11 de l'ALENA, lorsque le gouvernement de San Luis Potosí a empêché ladite entreprise d'ouvrir un entrepôt de déchets toxiques. Selon les normes de l'ALENA, la négation du permis pour ouvrir un entrepôt a été considérée comme un acte d'« expropriation » et le gouvernement mexicain a dû verser à *Metalclad* une indemnisation de 16.7 millions de dollars.

6. Compensations prévues

Les TPPI prévoient la compensation pour pertes qui se produisent pour une série de causes, dont la perte de gains futurs ou espérés, comme cela est signalé dans le point précédent.

7. Les transferts autorisés

Les TPPI prévoient le transfert à l'étranger du capital, des bénéfices, des rémunérations, des royalties, des honoraires perçus pour des consultations, etc., de manière non restrictive et dans des devises librement convertibles.

III. Il est possible, avec une certaine volonté politique, de sortir du piège des traités bilatéraux de libre commerce et de promotion et de protection des investissements et de rétablir le droit public national et international et de défendre et promouvoir les droits humains.

Pour cela, voici diverses manières d'y parvenir :

1) Dénoncer les traités lorsqu'ils arrivent à échéance pour éviter leur reconduction automatique.

2) Invoquer la prééminence d'une norme hiérarchiquement supérieure

L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités précise :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. ».

3) Rétablir la compétence territoriale des tribunaux nationaux

Une clause de renoncement à la juridiction nationale en faveur des tribunaux arbitraux, pour gérer les conflits entre un investisseur particulier et l'Etat récepteur, est comprise dans de nombreux traités bilatéraux de commerce et d'investissements. C'est le cas pour les traités de l'ALENA et de la future ZLEA.

Cette renonciation implique l'abandon de la « doctrine Calvo », qui se base sur les principes de la souveraineté nationale, de l'égalité entre les citoyens nationaux et étrangers et la juridiction territoriale. D'après la doctrine Calvo, les Etats souverains jouissent du droit de n'être soumis à aucune forme d'ingérence de la part d'autres Etats et les étrangers ont les mêmes droits que les nationaux. En cas de plaintes ou de réclamations, ils ont l'obligation d'épuiser tous les recours légaux devant les tribunaux locaux sans demander la protection et l'intervention diplomatique de leur pays d'origine.

La doctrine Calvo est incorporée dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains (article 15), le Pacte de Bogota (article 7), la résolution 3171 du 17 décembre de 1973 de l'Assemblée générale des Nations Unies (*Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*), paragraphe 3, et dans plusieurs constitutions nationales[§].

4) Effectuer le contrôle de constitutionnalité des traités

[§] Voir la constitution de l'Argentine (article 116), de la Bolivie (article 24), du Guatemala (article 29), du Salvador (articles 98 et 99), de l'Equateur (article 14), du Pérou (article 63.2), du Venezuela (article 151), etc.

Les traités internationaux doivent être soumis au contrôle de constitutionnalité pour que les tribunaux nationaux déterminent s'ils sont conformes à la partie de la constitution qui se réfère aux droits et garanties inscrits et plus particulièrement aux normes internationales des droits humains qui sont considérées *jus cogens* (normes impératives du droit international).

5) Vérifier l'existence de vices de procédure et de fond lors de la conclusion et la ratification d'un traité, ce qui entraînerait sa nullité

Des vices de procédure lors de la ratification d'un traité peuvent entraîner sa nullité. C'est par exemple le cas lorsque la législation nationale prévoit le contrôle constitutionnel et que ce contrôle ne s'effectue pas.

Une autre cause de nullité d'un traité réside dans les vices de fond.

Pour cela, il faut se référer à la section 2 (articles 46 à 53) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, s'intitulant *Nullité des traités*.

Nous nous sommes déjà référés, dans le point 2, à l'article 53 de la Convention de Vienne. D'après l'article 46 de cette même Convention, un traité peut être considéré comme nul s'il a été conclu en violation manifeste d'une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'une des parties à ce traité.

Les articles 46 et 53 combinés pourraient entraîner la nullité du traité qui viole les droits et garanties fondamentaux consacrés dans la constitution de l'Etat concerné et les principales normes du droit international des droits humains, comme le droit à la santé, à l'alimentation, à un logement adéquat, à l'éducation, etc.

6) Invoquer la nullité d'un traité conclu par les autorités d'un Etat qui, par cet acte, a violé son mandat

Lorsque des autorités de l'Etat signent et ratifient un traité alors que des clauses de ce traité vulnérabilisent la souveraineté dudit Etat et les droits fondamentaux de son peuple, en plus de commettre de graves délits pouvant comprendre celui de la trahison, ces autorités violent leur propre mandat. Ce dernier consiste à être rempli d'après le cadre fixé par la constitution, les lois et les normes internationales fondamentales obligatoires pour tous les Etats.

Le traité pourra être considéré comme nul, car une de ses parties a violé son mandat et l'autre ne peut pas alléguer l'ignorance de ce fait pour soutenir la validité du traité, alors que la violation du mandat était, elle, manifeste.
