



DÉCEMBRE
2015

LE PARADIS DES POLLUEURS

Comment les droits conférés aux entreprises par les accords de libre-échange de l'UE sabotent la transition énergétique

Eviter la catastrophe climatique constitue l'enjeu majeur des temps présents. Si nous voulons conserver une chance d'empêcher que le réchauffement climatique atteigne des niveaux extrêmement dangereux, la plupart des énergies fossiles – pétrole, gaz et charbon – devront rester dans le sol, non-exploitées. Les sociétés ont besoin d'évoluer vers des systèmes énergétiques fondés sur les énergies renouvelables telles que le soleil, le vent ou l'eau.

Ce changement colossal exigera une action forte des pouvoirs publics. Mais leur capacité à introduire les lois et les réglementations nécessaires est sévèrement contrainte par des mécanismes juridiques peu connus mais très puissants. En effet le régime international de l'investissement enserrme nombre de pays dans ses filets depuis des décennies.

Des milliers d'accords de commerce et d'investissement signés entre pays permettent aux entreprises multinationales de poursuivre des gouvernements si des changements politiques – y compris dans les règles qui protègent l'environnement et visent à lutter contre le changement climatique – risquent de nuire à leurs profits. A la fin 2014, 608 conflits liés à l'investissement étaient ouverts devant des tribunaux internationaux. Les coûts de ces procès pèsent lourdement sur les gouvernements, sous la forme de factures (d'avocats ou de sanctions financières) énormes et de réglementations sociales ou environnementales affaiblies.

Un nombre croissant de poursuites Investisseur-État vise des initiatives de gouvernements dans le secteur de l'énergie, initiatives qui concernent aussi bien la sortie du nucléaire que des moratoires sur le développement – risqué pour l'environnement – des gaz de schistes, notamment à travers la fracturation hydraulique. Le fait que les cabinets d'avocats s'enrichissent chaque fois qu'un investisseur attaque un État encourage la multiplication des poursuites par les multinationales, par exemple contre des législations sur les énergies renouvelables.

En dépit du risque évident pour la transition énergétique, les gouvernements négocient un nombre croissant d'accords de commerce et d'investissement qui donnent des pouvoirs grandissants aux entreprises, qui peuvent ainsi remettre en cause l'action gouvernementale sur le climat. Parmi eux le Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement (TTIP, ou TAFTA en France), actuellement en discussion entre l'UE et les États-Unis, et l'Accord économique et commercial complet (AECC, ou CETA) conclu entre l'UE et le Canada, dont la ratification devrait débiter en 2016.

Pourtant, alors que les grands pollueurs exercent un lobbying effréné en faveur de ces accords, un mouvement grandissant s'élève pour contester ce qui constitue une confiscation massive du pouvoir par les grandes entreprises. Le contrôle et le débat publics sur les accords de commerce et d'investissement sont de ce fait plus importants qu'il y a quelques années.

Encadré 1 : LES POLITIQUES ÉNERGÉTIQUES SOUS LE FEU DES CONFLITS INVESTISSEUR-ÉTAT

Des entreprises contre les restrictions environnementales sur le charbon – Vattenfall c/ Allemagne I : en 2009, l'entreprise énergétique suédoise Vattenfall a attaqué le gouvernement allemand, réclamant 4,1 milliards d'euros en compensation des contraintes environnementales imposées à l'une de ses centrales à charbon. Le cas, fondé sur le Traité sur la Charte européenne de l'énergie - un accord multilatéral concernant les investissements dans le secteur énergétique-, a fait l'objet d'un accord après que l'Allemagne ait accepté de revoir ses exigences écologiques à la baisse.¹

Des entreprises contre la sortie du nucléaire – Vattenfall c/ Allemagne II : en 2012, Vattenfall a lancé une seconde plainte via le Traité sur la Charte européenne de l'énergie, et demandé 4,7 milliards d'euros en contrepartie des profits jugés perdus pour deux de ses centrales nucléaires. L'action légale est intervenue après la décision allemande de sortir du nucléaire, à la suite du désastre de Fukushima. Le gouvernement allemand a déjà dépensé plus de 3,2 millions pour se défendre dans ce cas, et redoute que le coût total de ses frais de justice s'élève finalement à 9 millions d'euros.²

Des entreprises contre les moratoires sur la fracturation hydraulique – Lone Pine c/ Canada : en 2011, le gouvernement de la province canadienne du Québec a répondu aux inquiétudes relatives à la pollution de l'eau en décidant d'un moratoire sur l'utilisation de la fracturation hydraulique ("fracking") dans le cadre de la prospection de pétrole et de gaz. En 2012, l'entreprise énergétique Lone Pine Resources, basée à Calgary, a déposé une plainte "Investisseur-État" fondée sur l'Accord de libre-échange nord-américain (dit NAFTA en anglais, ALENA en français), visant ce moratoire. Lone Pine a déposé la plainte via une filiale domiciliée dans l'État américain du Delaware, un paradis fiscal notoire, et exige 109,8 millions de dollars, hors intérêts, en compensation.³

Des entreprises contre les règles "Acheter local" – Mesa Power c/ Canada : en 2011, l'entreprise énergétique basée au Texas Mesa Power a initié une plainte contre le Canada en vertu de l'ALENA pour un montant de 775 millions de dollars canadiens. Le cas concerne la Loi sur l'énergie et l'économie vertes de la province de l'Ontario. Entre autres griefs, Mesa Power remet en cause les obligations dites "d'achat local" qui exigent des compagnies du secteur éolien et solaire qu'elles s'approvisionnent en composants locaux en contrepartie de leur éligibilité à certains dispositifs de soutien⁴. Ces règles ont permis d'accroître les retombées économiques et sociales des investissements "verts" dans la région, et avaient été largement soutenues politiquement.

Des entreprises contre les exigences de recherche – Mobil Investments et Murphy Oil c/ Canada : en 2007, Mobil Investments (une filiale de la compagnie pétrolière la plus riche du monde, ExxonMobil) et Murphy Oil ont décidé de poursuivre le Canada en vertu de l'ALENA, pour remettre en question l'exigence, datant de 2004 et adoptée par la Province de Terre-Neuve et Labrador, que les entreprises pétrolières off-shore investissent une partie de leurs bénéfices dans des activités locales de recherche-développement. L'ALENA (entré en vigueur en 1994) prévoyait une clause de réserve pour protéger de cet engagement. Mais le tribunal arbitral a statué contre le Canada, arguant que les règles relatives aux activités de recherche était illégales d'après l'ALENA, et que cette clause de réserve n'était valide que pour les règles déjà en place en 1994. Le Canada a été condamné à payer 17,3 millions de dollars canadiens, en plus des intérêts, en guise de compensation.⁵

Des entreprises contre les impôts sur les activités pétrolières – Perenco c/ Equateur : En 2008, la compagnie franco-anglaise Perenco a ouvert une plainte contre l'Equateur fondée sur l'accord bilatéral d'investissement existant entre Paris et Quito. Ce cas figure parmi d'autres qui concernent tous l'impôt exceptionnel sur les bénéfices décidé par l'Equateur à l'intention du secteur pétrolier. Alors que le tribunal a déjà statué contre l'Equateur (la somme qui devra être versée en compensation reste à définir), il a également indiqué tenir Perenco pour responsable de violations du droit équatorien de l'environnement. L'Equateur avait en effet argué du fait que les champs pétroliers de Perenco étaient responsables d'une catastrophe écologique en Amazonie.⁶

Le nombre de différends liés à l'investissement va croissant (voir Encadré 2 en page 4) et beaucoup d'entre eux sont initiés par des entreprises du secteur énergétique, en particulier des énergies fossiles. Comme le notait récemment Lexpert, un portail d'informations en ligne sur le droit des affaires, "si un seul secteur industriel devait être désigné comme le berceau de l'arbitrage international, ce serait le secteur de l'énergie. Particulièrement du pétrole et du gaz."⁷ En résumé, le secteur de l'énergie mène l'essor de l'arbitrage international.

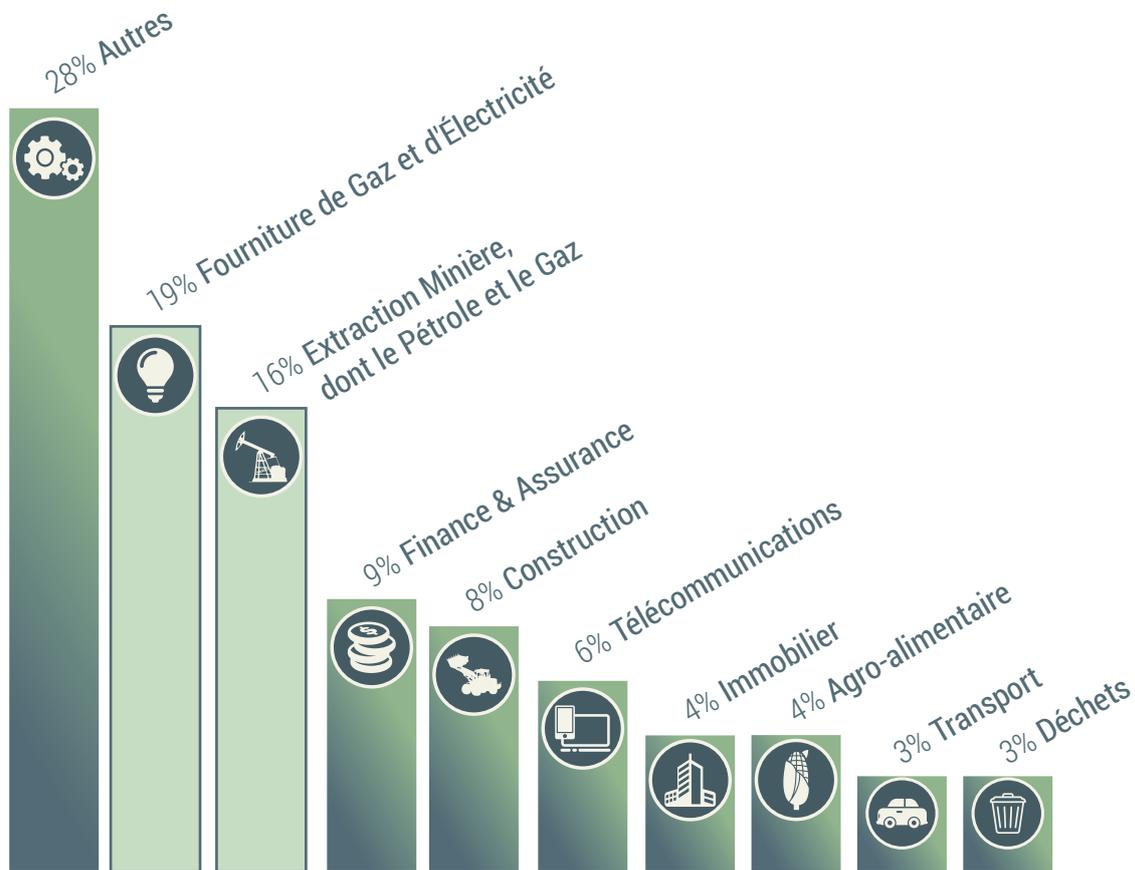
“Les entreprises du secteur de l'énergie sont particulièrement enclines à se tourner vers l'arbitrage.”

Tom Sikora, Conseiller d'ExxonMobil⁸

En novembre 2015, presque la moitié de tous les cas en cours de traitement au Centre international sur le règlement des différends liés à l'investissement (CIRDI), dépendant de la Banque mondiale et où la plupart des différends Investisseur-État sont jugés, étaient en rapport avec le pétrole, l'extraction minière, le gaz, l'électricité ou une autre forme d'énergie⁹. Les poursuites liées à la production et la fourniture d'énergie se sont multipliées ces dernières années : environ 30% des nouveaux cas enregistrés au CIRDI ces deux dernières années sont liés à l'énergie – contre entre 5 et 13% les années précédentes¹⁰. L'analyse de l'histoire de toutes les poursuites Investisseur-État montre que le Traité sur la Charte européenne de l'énergie – un traité multilatéral signé après la Guerre Froide pour intégrer les secteurs soviétiques et est-européens de l'énergie dans les marchés occidentaux – est devenu l'instrument légal le plus couramment invoqué pour fonder les plaintes engagées par les entreprises.¹¹

35 % DE TOUS LES DIFFÉRENDS LIÉS À L'INVESTISSEMENT SONT LIÉS AU PÉTROLE, À L'EXTRACTION MINIÈRE, AU GAZ ET À L'ÉLECTRICITÉ.

Source: Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED)¹²



“En réponse à la résistance croissante des acteurs qui rejettent les énergies fossiles, les industries extractives répliquent en utilisant un outil familier : les dispositions de protection de l’investissement présentes dans les accords de libre-échange.”

Naomi Klein, journaliste et écrivain ¹³

Les entreprises du secteur de l'énergie, dont les énergies fossiles, utilisent ces poursuites pour faire obstacle à des restrictions environnementales faites aux centrales à charbon, des décisions publiques de rompre avec le nucléaire, ou des moratoires sur la fracturation hydraulique (voir Encadré 1). Les pollueurs utilisent aussi la menace de ces poursuites très coûteuses pour tenter de faire pression sur les gouvernements et les forcer à accepter des projets énergétiques controversés tel que le projet d'oléoduc Keystone XL, depuis l'Alberta, au Canada, jusque dans l'État américain du Nebraska¹⁴. Aujourd'hui ces mêmes entreprises s'enthousiasment à la perspective de se voir conférer des droits encore plus importants à travers les accords de commerce en négociation, tels que le TAFTA discuté entre l'UE et les États-Unis et le CETA conclu entre l'UE et le Canada.

Encadré 2 : TOUT SAVOIR SUR LE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT (DIT ISDS POUR INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT)¹⁵

- › Les États sont engagés dans plus de **3200 traités internationaux** relatifs à l'investissement.
- › Ces traités confèrent une gamme très large de droits aux investisseurs étrangers, dont la possibilité de déposer plainte directement contre les États devant des tribunaux internationaux en cas de violation alléguée des dispositions d'un traité. Ces plaintes contournent généralement les tribunaux nationaux et locaux.
- › Les plaintes Investisseur-État se sont multipliées au cours des 20 dernières années, et sont passées d'un total de 3 cas connus en 1997 au chiffre record de **50 nouvelles poursuites** engagées par an en 2012 et 2013.
- › Globalement, **608 poursuites Investisseur-État** sont enregistrées fin 2014, mais en raison de l'opacité du système le chiffre réel est sans doute beaucoup plus élevé.
- › Les plaintes sont généralement tranchées par un panel de trois juristes privés, les arbitres, qui ont intérêt financier au système et se trouvent pris dans nombres de conflits d'intérêts¹⁶.
- › Les investisseurs l'ont emporté dans **60%** des cas Investisseur-État dans lesquels la décision est intervenue sur le fond, alors que les États ont remporté seulement 40% des poursuites.
- › Les chiffres des pénalités comportent jusqu'à 10 chiffres. Les dommages les plus élevés connus à ce jour, 50 milliards de dollars américains, ont été prononcés contre la Russie, à l'avantage des anciens actionnaires majoritaires de la compagnie pétrolière et gazière Yukos.
- › À ce jour, les principaux bénéficiaires financiers du système sont les grandes entreprises et les riches personnalités, avec 64% des compensations connues d'un montant supérieur à 10 millions qui ont été octroyées à des compagnies présentant des revenus annuels de plus de 10 milliards de dollars. 29% supplémentaires de ces compensations sont allés à des compagnies présentant des revenus compris entre 1 et 10 milliards de revenus annuels (US\$), ou à des individus possédant plus de 100 millions de revenu net (US\$)¹⁷.

LE LOBBYING DES POLLUEURS POUR DES DROITS ENCORE PLUS GRANDS

La multinationale du pétrole et du gaz Chevron, par exemple, fait du lobbying pour "un chapitre d'ampleur mondiale sur l'investissement" dans le TAFTA. L'entreprise a déjà eu plusieurs réunions à huis-clos avec les négociateurs européens du TAFTA¹⁸. Chevron a concentré la totalité de sa réponse à la consultation du gouvernement américain sur le TAFTA à la question de la protection des investissements, qu'elle estime "l'un de nos plus grands défis mondiaux"¹⁹. Chevron poursuit actuellement l'Équateur pour éviter d'avoir à payer 9,5 milliards de US\$ afin de nettoyer la pollution liée au forage pétrolier dans la forêt amazonienne, comme l'ont pourtant exigé les tribunaux équatoriens. Ce cas a été descendu en flammes et considéré comme un "mésusage flagrant" de l'arbitrage d'investissement, et une façon de contourner la justice²⁰.

"L'existence d'un régime de protection forte des investissements dans le TAFTA nous permettrait à nous et aux autres entreprises américaines de mieux juguler les risques associés à des projets internationaux de grande ampleur, exigeants en capitaux et de long terme."

*Chevron aux négociateurs américains*²¹

"Des règles relatives à l'accès aux investissements et à leur protection doivent être incluses dans le TAFTA, particulièrement un mécanisme de règlement des différends Investisseur-État (ISDS)"

*L'Institut américain du pétrole aux négociateurs de l'UE*²⁵

Dans sa réponse à la consultation de la Commission européenne sur les droits des investisseurs dans le TAFTA, Chevron attaque les propositions de réforme du système visant à protéger le droit des États à réguler²², et propose même d'étendre les privilèges octroyés aux multinationales par le futur accord transatlantique²³. Plusieurs autres groupes de lobbying dans lesquels les majors du pétrole et de l'énergie jouent un rôle important avancent des positions similaires, parmi elles l'Association internationale des producteurs de pétrole et de gaz ("qui travaille au nom des compagnies internationales de l'exploration et de la production de pétrole et de gaz"), la fédération des employeurs européens BusinessEurope (qui fournit des services à des entreprises telles qu'Areva, EDF, Enel, ExxonMobil, General Electric, Lukoil, Repsol, Shell, Statoil et Total), le Conseil transatlantique des entreprises (représentant plus de 70 multinationales basées en Europe et aux États-Unis, dont BP, Chevron, ExxonMobil et Statoil), et la Table-ronde européenne des industriels (rassemblant 50 patrons de sièges de multinationales comme Shell, Repsol, Eni, Engie, Total et E.On)²⁴.

METTRE HORS LA LOI L'ACTION CONTRE LE CHANGEMENT CLIMATIQUE

Si le monde des affaires l'emporte, il va devenir presque impossible pour les gouvernements de prendre les mesures indispensables pour prévenir un changement climatique catastrophique. De telles mesures rogneraient beaucoup dans les bénéfices des entreprises liées aux énergies fossiles, et pourraient violer les privilèges qu'octroieraient aux entreprises des traités tels que le TAFTA et le CETA voulus par l'UE – menaçant ainsi les gouvernements de milliards de pénalités.

Prenons l'exemple des réserves existantes de pétrole, de gaz et de charbon. Les scientifiques du climat s'accordent pour dire qu'une part importante de ces ressources doit rester dans le sol si nous ne voulons pas dévaster la planète. Ils estiment que si nous voulons limiter l'augmentation de la température mondiale à moins de deux degrés, l'humanité ne peut émettre que 565 gigatonnes supplémentaires de CO₂ dans l'atmosphère. Mais la quantité de CO₂ présente dans les réserves des plus grandes compagnies pétrolières, gazières et du charbon est bien plus importante, et atteint environ 2 795 gigatonnes. Cela signifie que l'industrie des énergies fossiles a cinq fois plus de pétrole, de gaz et de charbon dans ses registres que ce que les scientifiques pensent qu'il est sage de brûler²⁶. Empêcher l'exploitation de ces actifs – par exemple par de lourdes taxes, en contraignant les centrales à fermer, ou en adoptant d'autres règles sur l'extraction, la vente ou le commerce d'énergies sales – empièterait considérablement sur les profits de ces entreprises. Et cela pourrait rendre les gouvernements juridiquement responsables de manquements à différentes dispositions des accords de commerce et d'investissement existants (voir Encadré 3 en page 6).

“Les règles actuelles du commerce et de l'investissement fournissent la base légale aux entreprises étrangères qui veulent combattre toute tentative d'un gouvernement de restreindre l'exploitation des énergies fossiles.”

*Naomi Klein, journaliste et écrivain*²⁷

Ou prenons l'exemple des énergies renouvelables. Nous sortir des énergies fossiles pour nous engager sur la voie des énergies vertes exigera toute une série de mesures volontaristes – depuis la garantie des prix jusqu'à des subventions importantes – de façon à donner à l'énergie verte les conditions d'une compétition équitable. Mais ces mesures réglementaires pourraient être pénalisées puisqu'elles violent les dispositions habituelles des traités d'investissement internationaux (voir Encadré 3). Comme l'écrit l'un des cabinets juridiques les plus actifs au monde dans l'arbitrage d'investissement, K&L Gates, “concernant les changements dans le secteur des énergies renouvelables, les traités internationaux d'investissement pourraient s'avérer très utiles de l'une ou l'autre des façons suivantes : ils pourraient être utilisés soit comme un outil de pression contre une action publique favorable aux énergies renouvelables, ou, alternativement, pourraient être considérés comme une stratégie de sortie, permettant à un investisseur de recouvrer tout ou partie des pertes liées à l'échec du projet.”²⁸

LES REQUINS DU DROIT ENCERCLENT LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

Plusieurs cabinets d'avocats internationaux alertent déjà les entreprises multinationales du fait que le régime international de l'arbitrage pourrait constituer une voie avantageuse pour faire valoir leurs intérêts dans le secteur énergétique. Pour ces juristes, c'est une magnifique opportunité à saisir pour les entreprises. En raison de l'explosion du nombre de différends liés à l'investissement contre des États au cours des 20 dernières années, l'arbitrage d'investissement est devenue une “machine à cash” en tant que tel. Les coûts de procédures de ces différends s'élèvent en moyenne à 8 millions par dossier, et peuvent dépasser les 30 millions dans certains cas. Les honoraires pratiqués par l'élite de ces cabinets peuvent voisiner 1000 US\$ l'heure, par avocat, et les dossiers sont gérés par des équipes entières. Les arbitres, les juristes qui siègent dans les panels qui finalement décideront du verdict, gagnent également de coquettes sommes : au CIRDI, l'instance la plus souvent mobilisée pour abriter ces différends, les arbitres gagent 3000 US\$ la journée²⁹.

“Devrions-nous laisser un groupe de juristes imprudents interférer avec les politiques visant à sauver la planète ?”

*L'économiste vainqueur
du Prix Nobel Joseph Stiglitz*³⁰

DISSUADER LES GOUVERNEMENTS D'AGIR POUR LE CLIMAT

Dans le contexte des crises et des transitions énergétiques, les juristes de l'arbitrage encouragent aussi leurs clients à user de la menace d'une poursuite coûteuse pour effrayer les gouvernements et les soumettre. Le cabinet Steptoe & Johnson, par exemple, a loué la protection de l'investissement “comme un outil très important” pour les producteurs d'énergie et leurs lobbyistes “afin de se défendre contre les changements législatifs dans les réglementations relatives aux énergies renouvelables”³¹, ces changements pouvant tout aussi bien concerner des objectifs contraignants d'énergies renouvelables ou des subventions.

La firme mondiale de conseil juridique Denton donne des conseils aux investisseurs affectés par les coupes dans les subventions aux énergies fossiles, tels que : “lorsqu'ils s'interrogent sur le bien-fondé d'une poursuite, les investisseurs doivent garder en mémoire qu'environ 30 à 40% des différends liés à l'investissement se concluent par un accord avant le jugement. Entamer une poursuite peut offrir la pression nécessaire à l'investisseur qui veut obtenir un résultat satisfaisant”.³²

“Chevron soutient que l'existence même de l'ISDS est importante car il agit comme une arme de dissuasion.”

*Un représentant de la Commission européenne
commentant une réunion avec Chevron sur l'ISDS
dans le TAFTA, 29 avril 2014*³³

On peut facilement imaginer comment les entreprises qui verraient leurs rêves extractifs menacés par une opposition démocratique ou des réglementations anti-pollution sévères, pourraient initier des poursuites, ou menacer de le faire, afin de dissuader les gouvernements d'une action ambitieuse pour combattre le changement climatique. La multinationale française Total et l'entreprise pétrolière et gazière basée aux USA Schuepbach, par exemple, ont déjà attaqué l'interdiction de la fracturation hydraulique devant les tribunaux français³⁴. L'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends dans beaucoup d'accords de commerce tels que le TAFTA donnerait à ces entreprises un nouvel outil – et parfois une seconde chance – pour attaquer des politiques publiques d'intérêt général.

“Il pourrait bien être possible d'utiliser les protections présentes dans les traités d'investissement comme un outil auxiliaire aux efforts de lobbying visant à empêcher les évolutions réglementaires fâcheuses”

Law firm Steptoe & Johnson on “Foreign Investors’ Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector”³⁵

Encadré 3 : LA LISTE DES MESURES VEDETTES DES SPÉCIALISTES DE L'ARBITRAGE DANS LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE

Les énergies renouvelables : dans un briefing sur les options offertes aux “investisseurs étrangers” pour répondre aux changements réglementaires intervenant dans le secteur de l'énergie, le cabinet d'avocats américain basé aux États-Unis Steptoe & Johnson explique aux producteurs d'énergies sales qu'ils pourraient bien “avoir des arguments solides” pour faire valoir que l'introduction d'objectifs contraignants de production d'énergies renouvelables viole leurs “attentes légitimes que la proportion d'énergies issues de sources non-renouvelables ne sera pas revue à la baisse”. D'après Steptoe, l'introduction de cibles contraignantes en matière d'énergies renouvelables pourrait constituer une violation de la norme du “traitement juste et équitable” prévu par les traités, et ouvrir potentiellement la voie à des milliards d'euros de compensations.³⁶

Les coupes dans les subventions : des dizaines de cabinets juridiques ont alerté les multinationales figurant parmi leurs clients du fait que “les traités internationaux d'investissement peuvent être un bouclier potentiel contre les coupes effectuées par les gouvernements dans les subventions accordées aux énergies vertes”³⁷, en mentionnant tout particulièrement la fin des dispositifs incitatifs en faveur des renouvelables en Espagne, République Tchèque, Italie, Roumanie, Grèce et Bulgarie (voir Encadré 4)³⁸. Les arguments utilisés par les juristes – que les changements politiques violent la norme de “traitement juste et équitable” et s'apparentent à une expropriation indirecte puisqu'ils ont pour effet de priver l'investissement de son fondement économique – pourraient facilement s'appliquer aux coupes opérées dans les dispositifs étatiques de soutien aux énergies fossiles telles que le charbon.

La non-autorisation de projets polluants : quand les premiers signes ont laissé entendre, en 2015, que le président américain Obama refuserait d'autoriser le projet d'oléoduc Keystone XL entre le Canada et les États-Unis, en raison de ses impacts sur l'environnement, l'industrie de l'arbitrage a immédiatement fait résonner les tambours de la guerre. “Face au veto, le moment est venu de l'option ALENA”, écrivait ainsi le juriste d'investissement Todd Weiler. Il encourageait le porteur du projet, TransCanada, à poursuivre les États-Unis pour discrimination (au motif que les États-Unis avaient déjà approuvé des projets d'oléoducs similaires à Keystone) et pour violation de la norme de traitement juste et équitable de l'ALENA (“qui comprend l'interdiction d'intervention des autorités de régulation à des fins impropres” telles que “plaire aux plus généreux mécènes des campagnes du Parti démocrate”). Weiler suggèrait aux juristes de TransCanada de rapidement “poser les questions embarrassantes” et de demander les documents pertinents aux États-Unis, puisque “le refus de se soumettre entièrement à de telles demandes peut être enregistré comme une reconnaissance des faits incriminés dans le dossier du plaignant”³⁹.

Les taxes sur les énergies fossiles : les juristes de l'environnement signalent régulièrement aux entreprises que l'arbitrage international peut être un forum pour attaquer les taxes appliquées aux énergies fossiles. Comme l'explique un juriste de la firme juridique américaine King & Spalding, “l'économie d'un projet énergétique indépendant ou d'un projet pétrolier ou gazier peut être sévèrement affectée si l'État d'accueil change le régime fiscal applicable au projet après que l'investisseur ait engagé son capital”. Alors que certains accords excluent explicitement les matières fiscales de leur champ, d'après le juriste, les contrats qui comportent “des clauses spécifiques de stabilisation” peuvent compenser ce manque et fournir aux investisseurs la protection nécessaire face aux “changements défavorables” intervenant dans les régimes fiscaux⁴⁰. On peut facilement imaginer comment de tels arguments peuvent être utilisés pour se débarrasser de taxes justement prévues pour limiter l'exploitation des énergies fossiles.

Les décisions de sortir des énergies sales : Quand l'entreprise suédoise Vattenfall a poursuivi l'Allemagne pour sa décision de sortir du nucléaire (voir Encadré 1 en page 2), la firme juridique Baker & McKenzie a mis en évidence “les voies possibles qui pourraient être empruntées devant les tribunaux britanniques si le gouvernement du Royaume-Uni décidait de suivre un chemin similaire”⁴¹.

Encadré 4 : COMBATTRE LE CHANGEMENT CLIMATIQUE VIA L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ?

Plusieurs États de l'UE sont actuellement poursuivis pour avoir remis en question leurs soutiens à la production d'énergies renouvelables car ceux-ci s'avéraient trop coûteux en temps de crise économique. L'Espagne est défenderesse dans plus de 20 cas recensés, la République Tchèque dans 7, l'Italie dans 3 et la Bulgarie dans 2. Les juristes de l'investissement se réfèrent à ces plaintes pour revendiquer que l'arbitrage d'investissement pourrait être un outil efficace pour forcer les États à engager les initiatives nécessaires pour combattre le changement climatique⁴².

Les coopératives de production d'énergies renouvelables et les organisations de défense de l'environnement ont en effet critiqué le gouvernement espagnol, et d'autres, pour leurs décisions de supprimer les subventions à une industries constituant pourtant une véritable alternative aux énergies sales et à la crise climatique. Or les citoyens ordinaires qui avaient investi dans le secteur ont aussi été très affectés par la disparition de ces mécanismes de soutien. Mais la population n'a pas accès à l'arbitrage d'investissement, alors que les investisseurs internationaux ont les ressources et les voies légales pour attaquer.

Il faut également noter que plusieurs des plaintes initiées dans le secteur des énergies renouvelables sont le fait de fonds spéculatifs qui tentent de profiter de l'aubaine. Quand bien même ils ont investi quand les gouvernements se trouvaient déjà plongés dans la crise et qu'ils avaient commencé à couper dans les programmes de soutien, ces fonds prétendent maintenant que leurs espoirs de profits ont été ruinés par le changement de politique du gouvernement⁴³. L'usage spéculatif des clauses de protection des investissements est favorisé par des compagnies spécialisées telles que European Solar Holdings, qui s'auto-proclame un "véhicule à destination des investisseurs qui cherchent le rendement dans le secteur des énergies renouvelables de l'UE", tout en bénéficiant de "la protection de ces investissements la plus solide existant aujourd'hui"⁴⁴. Or les soutiens publics devraient aller aux initiatives locales et nationales du secteur, et non aux fonds internationaux d'investissement qui cherchent à la fois les profits et le risque-zéro grâce aux protections octroyées par les accords d'investissement.

En outre, les investisseurs spécialisés dans le capital-investissement et les gestionnaires de fonds d'investissement sont intéressés par des affaires qui génèrent des revenus élevés, et non par une forme d'investissement plus éthique. Il s'est juste avéré que la meilleure opportunité pour eux se trouvait dans les énergies renouvelables en Espagne. Ian Simm, Directeur général de Impax Asset Management, l'un des fonds qui attaque l'État espagnol, le dit clairement : "nous n'avons pas un mandat éthique à proprement parler. Nous essayons de générer des revenus pour nos investisseurs dans ce secteur [énergie, eau, alimentation et déchets]. Nous sommes souvent attractifs pour les investisseurs éthiques, car ce que nous faisons correspond à leurs objectifs, mais nous gérons aussi des fonds pour des investisseurs qui diraient sûrement qu'ils sont agnostiques à l'égard de l'investissement éthique, au mieux ! Ils sont attirés par le contact avec un secteur de croissance élevée, et devraient être en mesure de générer de bons (si ce n'est mieux) retours sur investissement à long terme dans ce secteur plus que dans tout autre"⁴⁵.

Dans ce contexte d'autres analystes ont mis en lumière les risques que l'arbitrage d'investissement implique pour la capacité des États à combattre le changement climatique. Gus Van Harten, un expert du droit de l'investissement enseignant à la Faculté de droit Osgoode Hall de Toronto, pense ainsi que "face aux risques de responsabilité financière illimitée que créent les plaintes ISDS, les États pourraient être empêchés de mettre en oeuvre des mesures à même de leur permettre d'assumer leur rôle vis à vis du changement climatique". Il a développé une proposition de clause d'exemption qui vise à protéger un futur accord mondial sur le climat des possibles effets pervers de l'arbitrage d'investissement⁴⁶. En octobre 2015, le Parlement européen a adopté une résolution qui reprend cette exemption.⁴⁷

"Face aux risques de responsabilité financière illimitée que créent les plaintes ISDS, les États pourraient être empêchés de mettre en oeuvre des mesures à même de leur permettre d'assumer leur rôle vis à vis du changement climatique."

Gus van Harten, Professeur à la Faculté de droit Osgoode Hall

LA CONTESTATION PUBLIQUE CROISSANTE

Alors que les juristes d'affaires et les producteurs d'énergies sales se purlèchent en anticipant les droits accrus que les investisseurs pourraient se voir conférer grâce aux nouveaux accords tels que le TAFTA ou le CETA, un mouvement croissant, présent sur tous les continents, s'inquiète de plus en plus de la menace démocratique que représentent ces traités. Et l'attention et le débat publics sont plus importants à l'égard des politiques de commerce et d'investissement qu'ils ne l'étaient par le passé.

Plus de 3,2 millions de personnes dans toute l'UE ont signé une pétition contre le TAFTA et le CETA car "ils touchent à nombres de questions graves telles que le règlement des différends Investisseur-État [...] qui menace directement la démocratie et la règle de droit"⁴⁸. Quand la Commission européenne a organisé une consultation publique sur le sujet en 2014, la grande majorité des 150 000 contributions ont protesté contre les droits excessifs que proposait le texte initial concernant la protection des investissements dans le TAFTA. Ce ne fut pas seulement le cas des syndicats, des consommateurs, des groupes travaillant sur les questions de santé publique, des associations de défense de l'environnement et des militants des droits sur internet. La critique fut aussi portée par des gouvernements et des entreprises⁴⁹.

Aux États-Unis, la Conférence nationale des Congrès des États, qui représente les instances législatives des 50 États de l'Union, a également annoncé qu'elle "ne soutiendrait aucun [accord commercial] qui comprend un mécanisme de résolution des conflits Investisseur-État" car il interférerait avec leur "capacité et leur responsabilité, en tant que pouvoir législatif sub-fédéral, à voter et mettre en oeuvre des règles justes, non-discriminatoires, afin de protéger la santé publique, la sécurité et la protection sociale, d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs, et de protéger l'environnement"⁵⁰.

"Pourquoi créer ces pseudo-tribunaux bricolés ? Qu'y a-t-il de si mauvais dans le système juridique américain ? Rien en réalité."

*Elizabeth Warren, Sénateur démocrate des États-Unis*⁵¹

Des gouvernements, en outre, ont réalisé l'injustice de l'arbitrage d'investissement et tentent de se débarrasser de ce système. L'Afrique du Sud, l'Indonésie, la Bolivie, l'Equateur et le Venezuela ont mis fin à plusieurs traités bilatéraux d'investissement. L'Afrique du Sud a développé une loi sur l'investissement qui en termine avec certaines des clauses les plus fondamentales, et les plus dangereuses, du droit international de l'investissement. Le nouveau modèle de traité d'investissement de l'Inde fait de même⁵². En Europe, l'Italie s'est retirée du Traité sur la Charte européenne de l'énergie après avoir essuyé plusieurs plaintes fondées sur celui-ci, concernant le secteur des énergies renouvelables⁵³.

UN TRAITÉ MONDIAL POUR LES DROITS DES ENTREPRISES

Pour autant, beaucoup de nos gouvernements sont déterminés à confier des armes légales encore plus dangereuses aux entreprises sous la forme de nouveaux traités commerciaux aux champs encore plus larges. L'accord CETA entre l'UE et le Canada, dont la ratification pourrait démarrer en 2016, donne pouvoir aux investisseurs étrangers d'outrepasser les tribunaux locaux et de poursuivre les États directement devant des tribunaux internationaux quand des décisions démocratiques affectent leurs profits espérés⁵⁴. L'Accord transpacifique (TPP), récemment conclu entre les États-Unis et 11 autres pays de la rive Pacifique, fait de même⁵⁵. Le gouvernement américain et la Commission européenne semblent déterminés à entériner la dévolution des mêmes droits excessifs aux investisseurs dans leur proposition d'accord transatlantique.

MALGRÉ LE DISCOURS SUR LA RÉFORME, L'ISDS EST AUSSI VIVANT ET DANGEREUX QU'AUPARAVANT

Confrontés à une opposition farouche aux dispositions de protection des investisseurs prévues par des accords comme le CETA et le TAFTA, la Commission européenne et certains des États membres de l'UE ont fait part de différentes propositions pour "réformer" ce système. Mais ces propositions ne réduisent aucunement le risque que les droits excessifs dont jouissent les entreprises posent à la démocratie, aux dépenses publiques et aux politiques d'intérêt général, y compris dans le secteur de l'énergie. Pour quatre raisons :

- 1. Les propositions de l'UE reposent sur la même substance légale que les dispositions qui ont été invoquées par des entreprises pour fonder des poursuites contre des mesures d'intérêt public.** Rien des propositions de l'UE n'arrêtera les investisseurs qui souhaitent attaquer des politiques telles que les moratoires sur la fracturation hydraulique, la rupture avec les énergies sales ou la décision d'en finir avec les énergies fossiles.

Encadré 5 : QUELLE DIFFÉRENCE TAFTA ET CETA VONT-ILS INTRODUIRE ?

Alors que les traités de commerce et d'investissement qui existent déjà limitent drastiquement l'espace politique des gouvernements pour lutter contre le changement climatique, l'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends Investisseur-État (ISDS) dans le CETA et le TAFTA étendrait massivement le système international d'arbitrage d'investissement, et accroîtrait à la fois la responsabilité juridique et les risques financiers pris par les gouvernements des deux rives de l'Atlantique.

- ▶ Jusqu'à présent, seulement **9** États membres, tous d'Europe de l'Est, disposent d'un traité bilatéral d'investissement avec les États-Unis⁵⁶; seuls **8** en ont un avec le Canada⁵⁷. Ces traités couvrent à peine 1% des flux d'investissement globaux entre l'UE d'une part et les États-Unis et le Canada d'autre part. Les droits des investisseurs prévus par le CETA et les TAFTA feraient monter cette proportion à 100%.
- ▶ Sur les **51 495** filiales détenues par des entreprises américaines et qui opèrent aujourd'hui dans l'UE, plus de **47 000** se verraient ainsi octroyées des droits nouveaux de lancer des poursuites ISDS contre des politiques européennes ou des initiatives gouvernementales dans les États membres⁵⁸.
- ▶ Avec le CETA, **4** entreprises américaines **sur 5** opérant dans l'UE – qui sont au total **41 811** – pourraient être éligibles à un cas ISDS contre l'UE et ses membres si leurs investissements sont structurés de manière adéquate⁵⁹.
- ▶ Les entreprises européennes, canadiennes ou américaines sont déjà les utilisateurs les plus fréquents de l'arbitrage d'investissement. Elles sont responsables à elles seules de **plus de 80%** de tous les conflits d'investissement dans le monde⁶⁰.
- ▶ On estime que les méga-traités actuellement en négociation, dont le TAFTA, étendront de **80%** la couverture des règles d'arbitrage sur les flux d'investissement mondiaux – contre seulement **15-20%** aujourd'hui en dépit de milliers de traités existants⁶¹.

2. Rien dans le CETA ni dans la proposition européenne pour le TAFTA n'empêcherait les gouvernements de reculer sur des mesures ou des politiques lorsqu'une poursuite aura été intentée, ou même simplement brandie comme menace, par des entreprises aux poches bien remplies. Des exemples de cet effet "de gel réglementaire" existent : la régression des restrictions environnementales pour une centrale à charbon lorsque l'Allemagne a préféré négocier suite à la première poursuite de Vattenfall (voir Encadré 1 en page 2), de même que la décision de la Nouvelle Zélande de différer sa décision de légiférer sur les paquets de cigarettes jusqu'à ce que la poursuite engagée par le géant du tabac Philip Morris contre l'Australie et ses mesures anti-tabac ait été tranchée⁶².

3. Ceux qui trancheront les poursuites engagées dans le cadre des futurs CETA et TAFTA seront fortement incités à interpréter la loi en faveur de l'investisseur, puisque les arbitres (re-nommés "juges" dans la dernière proposition de la Commission pour le TAFTA) sont payés au cas par cas, pour un montant moyen de 3000 euros/jour. Dans un système unilatéral où seul l'investisseur peut poursuivre, c'est une incitation forte à décider en faveur de l'investisseur, et la voie ouverte à de futures procédures – synonymes de nouveaux rendez-vous, d'argent et de pouvoir pour les arbitres.

4. Ni le CETA ni la proposition de la Commission concernant le TAFTA ne contiennent de mesures significatives pour limiter les risques qu'impliquent les poursuites ISDS pour les ressources publiques. Les montants futurs des indemnités qui seront décidées pourraient produire des dommages majeurs à l'encontre des budgets des États (voir Encadré 2 en page 4). Les entreprises pourraient sans doute demander des compensations à leurs profits espérés.

En somme, les réformes que propose l'UE au régime d'arbitrage d'investissement ne réduisent pas les risques pour les lois, pour les contribuables, et pour la démocratie. Ils constituent simplement une tentative, via des réformes marginales supposées le rendre un peu plus acceptable, de sauver un régime juridique de plus en plus contesté, conçu pour enrichir une élite ultra-restreinte.⁶³

Si les règles commerciales ne permettent aucune sorte de mesure importante pour s'attaquer au changement climatique – et c'est le cas – alors les règles commerciales doivent manifestement être réécrites. Car il n'existe aucune façon, dans le monde d'aujourd'hui, d'organiser une économie durable et de conserver les règles du commerce international telles qu'elles sont. C'est totalement impossible."

Steven Shrybman, juriste ⁶⁴

COMMENT LE COMMERCE SUPPLANTE LA PLANÈTE

Les droits délirants conférés aux investisseurs ne sont pas les seuls aspects des accords de commerce internationaux ayant le potentiel de saboter la transition énergétique. La protection très agressive des brevets dans les sections "Propriété intellectuelle" de ces accords empêche le libre-transfert de technologies vertes. Les dispositions relatives aux marchés publics entravent les programmes de subvention aux énergies renouvelables via des obligations d'achat local, qui sont souvent nécessaires pour convaincre les responsables politiques locaux de s'engager dans les énergies renouvelables. Les chapitres "Energie" tels que celui négocié dans le cadre du TAFTA peuvent empêcher la limitation des exportations de pétrole, de charbon et de gaz, et verrouiller la dépendance actuelle aux énergies fossiles. Et le chapitre sur la coopération réglementaire proposé dans le TAFTA pourrait donner encore plus de droits aux entreprises, leur permettant ainsi de tuer toute perspective de mesures engageant la transition énergétique dès leur naissance – qu'il s'agisse de normes strictes d'efficacité énergétique ou de réglementations sur le financement des énergies sales⁶⁵.

Les programmes de soutien aux énergies vertes requis pour diminuer les émissions de CO2 sont de plus en plus souvent attaqués par l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les États-Unis ont ainsi attaqué le programme chinois de subvention aux énergies éoliennes, de même que le programme Solar Mission de l'Inde. L'Inde, en retour, a saisi l'Organe de règlement des différends de l'OMC des programmes énergétiques des États-Unis, et la Chine a attaqué plusieurs programmes liés aux énergies renouvelables dans l'Union européenne. Enfin le Japon et l'Union européenne ont poursuivi le Canada en raison de la Loi Energie et économie vertes de la Province d'Ontario, qui avait du reste été attaquée via une plainte ISDS (voir Encadré 1 en page 2).

"Cela ne change rien car les fondements sur lesquels les jugements sont rendus sont exactement les mêmes."

Nigel Blackaby, avocat pour Freshfields, sur la proposition de l'UE d'une "Cour de l'investissement" dans le TAFTA ⁶⁶

CESSONS D'ACCORDER DES DROITS EXCEPTIONNELS AUX POLLUEURS

Il est grand temps que les gouvernements, les parlements et le public se saisissent des risques politiques et financiers qu'implique le régime actuel de commerce et d'investissement. Dans un moment où toute l'attention devrait être concentrée sur l'évitement d'une catastrophe climatique, il n'y a tout simplement pas d'espace pour des accords qui feraient exploser le niveau des émissions et qui rendraient beaucoup des solutions à la crise climatique illégales. Les traités existants qui permettent aux entreprises privées de poursuivre les gouvernements pour des lois qui empiètent sur leurs bénéfices – qu'il s'agisse de réglementations anti-pollution strictes ou des démarches ambitieuses nécessaires pour s'engager dans les énergies vertes – devraient être abolis, et il est urgent de renoncer à octroyer des droits supplémentaires aux entreprises, comme dans les traités TAFTA ou CETA.

NOTES

1. PowerShift/TNI/SOMO, "The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)", 2013, p. 3, <http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2012/06/TNI-PowerShift-Somo-Paper-Vattenfall-ICSID-case-updated-2013.pdf>
2. IISD, "The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark", 2014, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>
3. Corporate Europe Observatory/Council of Canadians/Transnational Institute, "The right to say no: EU-Canada trade agreement threatens fracking bans", 2013, <http://corporateeurope.org/climate-and-energy/2013/05/right-say-no-eu-canada-trade-agreement-threatens-fracking-bans>; IA Reporter, "In new pleading, Lone Pine questions 'environmental' bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses", 2015, <http://www.iareporter.com/articles/in-new-pleading-lone-pine-questions-environmental-bona-fides-of-decision-to-cancel-fracking-exploration-permit-and-offers-a-dcf-valuation-of-its-losses/>
4. Canadian Centre for Policy Alternatives, "NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes to January 1, 2015", 2015, p. 11, https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2015/01/NAFTA_Chapter11_Investor_State_Disputes_2015.pdf
5. Council of Canadians, "Exxon Mobil's disastrous NAFTA win against Canada: Resource management and sustainable development take a hit in three different investor-state disputes", 4 Juin 2012, <http://canadians.org/node/4459>; IA Reporter, "Canada ordered to pay 17+ million to Exxon Mobil & Murphy Oil – and faces a new claim – for imposing R&D requirements on Newfoundland oil project", 2015, <http://www.iareporter.com/articles/canada-ordered-to-pay-17-million-to-exxon-mobil-murphy-oil-and-faces-a-new-claim-for-imposing-rd-requirements-on-newfoundland-oil-project/>
6. Investment Arbitration Reporter, "Tribunal favours Ecuador in environmental counterclaim over Amazonian oilfields", 2015, <http://www.iareporter.com/articles/tribunal-favours-ecuador-in-environmental-counterclaim-over-amazonian-oilfields/>
7. Lexpert, "Energy sector driving major growth in international arbitration", 2014, <http://www.lexpert.ca/magazine/article/energy-sector-driving-major-growth-in-international-arbitration-2626/>
8. Ibid.
9. D'après le site du CIRDI, (<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>), 213 cas étaient en cours au 2 novembre 2015. 57 d'entre eux sont liés au pétrole, au gaz et à l'extraction minière, et 48 à l'électricité ou d'autres sources d'énergies.
10. Voir "ICSID Caseload – Statistics", <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>
11. UNCTAD, "World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance", 2015, chapitre III, p. 114, http://unctad.org/en/publicationchapters/wir2015ch3_en.pdf
12. Ibid., p. 146
13. Naomi Klein, "This Changes Everything: Capitalism vs. the Climate", 2014, p. 358
14. Quand l'oléoduc Keystone XL a été retardé en 2014, des juristes d'investissement et des représentants du porteur du projet, l'entreprise TransCanada, ont commencé à laisser planer la menace de poursuites via l'ALENA. Voir Elana Schor, "NAFTA's specter may haunt Keystone verdict", Politico, 26 Février 2015, <http://www.politico.com/story/2015/02/keystone-pipeline-nafta-115511>
15. CNUCED, 2015, voir la note 11, chapitre III
16. Corporate Europe Observatory/Transnational Institute, "Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom", 2012, chapitre 4, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>
17. Gus Van Harten, "Who was awarded compensation in past ISDS awards?", 2015, <https://gusvanharten.wordpress.com/category/costs-to-the-public/>
18. D'après les informations publiées par la Commission européenne via les procédures d'accès aux documents de l'UE, Chevron a rencontré les négociateurs de l'UE pour discuter du TAFTA au moins quatre fois. Le 29 avril 2014, le 1er octobre 2014, le 28 novembre 2014 et le 4 mars 2015. Information obtenue par CEO.
19. "Chevron Corporation: Comments on Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership", 7 mai 2013, <http://www.motherjones.com/documents/1237936-ttip-lobbybrief-chevron>
20. Public Citizen, "Ecuador's Highest Court vs. a Foreign Tribunal: Who Will Have the Final Say on Whether Chevron Must Pay a \$9.5 Billion Judgment for Amazon Devastation?", 2013, <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2013/12/ecuadors-highest-court-vs-a-foreign-tribunal-who-will-have-the-final-say-on-whether-chevron-will-pay.html>
21. Chevron Corporation, 2013, voir note 19
22. Par exemple Chevron s'est opposé à l'inclusion d'une exception générale concernant les mesures visant à atteindre des objectifs de politique publique dans le chapitre "Investissement" du TAFTA. Les contributions publiques à la consultation sont accessibles sur le site web de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?userstate=DisplayPublishedResults&form=ISDS>
23. Chevron a ainsi proposé d'étendre les droits des investisseurs prévus dans le TAFTA à la phase dite de "pré-établissement" d'un investisseur. Cela limiterait la marge de manoeuvre politique des gouvernements qui souhaitent réglementer l'entrée des investisseurs étrangers sur leurs marchés nationaux, et ça ne figure généralement pas dans les accords d'investissement des États membres de l'UE. Chevron a également proposé une clause dite "parapluie" pour le TAFTA, qui élèverait toutes les obligations assumées par un État vis à vis d'un investissement sous le "parapluie" du TAFTA (par exemple dans un simple contrat avec une entreprise), multipliant ainsi les risques de poursuites coûteuses.
24. Les contributions publiques à la consultation sont accessibles sur le site web de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?userstate=DisplayPublishedResults&form=ISDS>
25. La contribution de l'Institut américain du pétrole à la consultation publique de la Commission européenne sur la protection des investissements dans le TAFTA est accessible via le site web de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?userstate=DisplayPublishedResults&form=ISDS>
26. Bill McKibben, "Global Warming's Terrifying New Math", Rolling Stone, 19 juillet 2012, <http://www.rollingstone.com/politics/news/global-warmings-terrifying-new-math-20120719>
27. Naomi Klein, "This Changes Everything: Capitalism vs. the Climate", 2014, p. 359
28. K&L Gates, "International Investment Treaties as a Possible Shield Against Government Cutbacks in Subsidies for the Green Energy Sector", janvier 2013, <http://www.klgates.com/en-US/international-investment-treaties-as-a-possible-shield-against-government-cutbacks-in-subsidies-for-the-green-energy-sector-01-10-2013/>
29. Corporate Europe Observatory/Transnational Institute, "Profiting from Injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom", 2012, p. 15, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>
30. Citation dans Naomi Klein, 2014, voir note 13, p. 72
31. Steptoe & Johnson, "Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector", septembre 2014, <http://www.steptoe.com/publications-9867.html>
32. Dentons, "The Latest Renewables Claim: Abengoa's Subsidiary Launches Investment Treaty Proceedings Against Spain", Décembre 2013, <http://www.dentons.com/en/insights/alerts/2013/december/5/abengoa-subsidiary-launches-investment-treaty-proceedings-against-spain>
33. Steptoe & Johnson, 2014, voir note 31

34. Emile Picy/Michel Rose, "France Fracking Ban Upheld After Challenge From Energy Giant", Huffington Post, 10 novembre 2013, http://www.huffingtonpost.com/2013/10/11/france-fracking-ban_n_4083418.html
35. Compte-rendu interne de la Commission européenne d'une réunion avec Chevron sur l'ISDS dans le TAFTA, en date du 29 avril 2014. Obtenu via une demande dans le cadre de la procédure d'accès aux documents de l'UE en vertu de la réglementation sur la publication des informations. Obtenue par CEO.
36. Steptoe & Johnson, "Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector", septembre 2014, <http://www.steptoe.com/publications-9867.html>
37. K&L Gates, 2013, see endnote 28
38. Voir par exemple : *ibid.*; Steptoe & Johnson, 2014, voir note 31; Jones Day, "International Remedies for Foreign Investors in Europe's Renewable Energy Sector", Février 2015, <http://www.jonesday.com/International-Remedies-for-Foreign-Investors-in-Europes-Renewable-Energy-Sector-02-19-2015/>; Lalive, "Recent developments in solar energy sector across Europe", février 2015, http://www.lalive.ch/data/publications/Recent_developments_in_solar_energy_sector_across_Europe.pdf
39. Todd Weiler, "With veto, it's time for the NAFTA option", Global and Mail, 2 mars 2015, <http://www.theglobeandmail.com/globe-debate/time-for-keystones-nafta-option/article23232598/>
40. Thomas Childs, "Challenging a Host State's Tax Measures Through International Arbitration", 2011, <http://www.kslaw.com/library/newsletters/EnergyNewsletter/2011/August/article6.html>
41. Ed Poulton and Richard Davies, "Vattenfall v Germany: the nuclear option and investment arbitration", Commercial Dispute Resolution, 10 Novembre 2011
42. Voir par exemple : David W. Rivkin, Sophie J. Lamb and Nicola K. Leslie, "The future of investor-state dispute settlement in the energy sector: engaging with climate change, human rights and the rule of law", *Journal of World Energy Law and Business* 8:2, 2015, pp. 130-153; "How the investment protection regime can contribute to a better environment", Speech by Annette Magnusson, SCC Secretary General, Warsaw, 29 mai 2015, <http://isdssblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2015/08/Magnusson-Warsaw-29-May-2015.pdf>
43. Corporate Europe Observatory/Transnational Institute, "Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries", chapitre 3, 2014, http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-from-crisis_0.pdf
44. <http://www.europeansolarholdings.com/>
45. Anna Simpson, "Great Investment Opportunities are Being Missed in the Resource Market", Green Futures, 26 mai 2013, <http://oilprice.com/Energy/Energy-General/Great-Investment-Opportunities-are-Being-Missed-in-the-Resource-Market.html>
46. Gus Van Harten, "An ISDS Carve-out to Support Action on Climate Change", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 38, 11:8, 2015
47. Council of Canadians, "EU Parliament adopts robust mechanism needed for Paris climate talks", 2015, <http://canadians.org/media/eu-parliament-adopts-robust-mechanism-needed-paris-climate-talks-are-european-national-leaders>
48. European Citizens' Initiative against TTIP and CETA, <https://stop-ttip.org/>
49. Corporate Europe Observatory, "TTIP investor rights: the many voices ignored by the Commission", 2015, <http://corporateeurope.org/international-trade/2015/02/ttip-investor-rights-many-voices-ignored-commission>
50. "An open letter from U.S. state legislators to negotiators of the Trans-Pacific Partnership urging the rejection of investor-state dispute settlement", 5 juillet 2012, <https://www.citizen.org/documents/State-Legislators-Letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>
51. Elizabeth Warren, "The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose", The Washington Post, 25 février 2015, https://www.washingtonpost.com/opinions/kill-the-dispute-settlement-language-in-the-trans-pacific-partnership/2015/02/25/ec7705a2-bd1e-11e4-b274-e5209a3bc9a9_story.html
52. La loi sud-africaine et le nouveau schéma de l'Inde excluent le "traitement juste et équitable" et le principe de la Nation la plus favorisée. Avant de se tourner vers l'arbitrage Investisseur-Etat conçu par le modèle indien, les investisseurs devront avoir épuisé tous les recours locaux. L'Afrique du Sud exclut complètement le recours à l'arbitrage international. De plus la protection des investisseurs a été mise en cohérence avec la Constitution – et ne donne plus aucun droit supplémentaire à ces derniers par rapport à ceux dont jouissent les nationaux. Voir Maxim Bönnemann, "Towards Post-Western Investment Law? Alternative Visions in the Making", *Völkerrechtsblog*, 2015, <http://voelkerrechtsblog.com/2015/09/14/towards-post-western-investment-law/>
53. Gaetano Iorio Fiorelli, "Italy withdraws from Energy Charter Treaty", *Global Arbitration Review*, 2015, <http://globalarbitrationnews.com/italy-withdraws-from-energy-charter-treaty-20150507/>
54. Corporate Europe Observatory and others, "Trading away democracy: How CETA's investor protection rules threaten the public good in Canada and the EU", novembre 2014, <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/11/ceta-trading-away-democracy>
55. Public Citizen, "The Trans-Pacific Partnership: Empowering Corporations to Attack Nations", 2015, <https://www.citizen.org/Page.aspx?pid=5411>
56. Ces Etats membres de l'UE ont un traité bilatéral d'investissement avec les Etats-Unis : la Bulgarie, la Croatie, la République Tchèque, l'Estonie, la Lituanie, la Lettonie, la Pologne, la Roumanie et la Slovaquie.
57. Ces Etats membres de l'UE ont un traité bilatéral d'investissement avec le Canada : la Croatie, la République Tchèque, la Hongrie, la Lettonie, Malte, la Pologne, la Roumanie et la Slovaquie.
58. Public Citizen, "Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP", 2014, <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>
59. *Ibid.*
60. UNCTAD, "Recent developments in investor-state dispute settlement (ISDS)", avril 2014, p. 3, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf
61. Gus van Harten, "Why arbitrators not judges? Comments on the European Commission's approach to investor-state arbitration in TTIP and CETA", 3 juillet 2014, p. 28, http://eu-secretdeals.info/upload/2014/07/Van-Harten_Comments-id2466688.pdf
62. Tariana Turia, "Government moves forward with plain packaging of tobacco products", 19 février 2013, <http://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>
63. Pour une analyse critique des dernières propositions de réforme de la Commission européenne, voir : Seattle to Brussels Network, "ISDS: Courting foreign investors. Why the Commission's approach for an 'Investment Court System' still fails to address the key problems of foreign investors' privileges", 2015, <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>
64. Cité dans Naomi Klein, 2014, voir note 13, p. 72
65. Corporate Europe Observatory/AITEC, "TTIP: a box of tricks for corporate climate criminals", 2015, http://corporateeurope.org/sites/default/files/dirtydeals_small.pdf
66. Cité dans Eric Frei, "Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern", *Der Standard*, 2 novembre 2015, <http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern>. Translation: Pia Eberhardt.



Publié par l'Association internationale de techniciens, experts et chercheurs (AITEC), Corporate Europe Observatory (CEO), Powershift et le Transnational Institute

Amsterdam/ Berlin/ Bruxelles/ Paris
Décembre 2015

Cette publication a été réalisée dans le cadre du projet financé par l'Union européenne "Pour une politique de l'investissement européenne au service du développement durable". L'UE ne peut être tenue responsable du contenu de cette brochure.



L'Association internationale de Techniciens, experts et chercheurs (AITEC) est un collectif de recherche et de campagne basé en France, qui se bat, via de multiples activités (campagnes, événements, mobilisations et actions, partenariats, formations...) pour la justice économique, sociale et écologique. Entre autres questions, l'AITEC travaille depuis 2006 avec ses alliés français et internationaux to transformer radicalement la politique européenne de commerce et d'investissement afin qu'elle prenne un tournant réellement démocratique, juste et durable.

<http://aitec.reseau-ipam.org/>



PowerShift est une ONG basée à Berlin qui travaille dans le champ des politiques de commerce et d'investissement, des matières premières, du climat et de l'énergie. Elle lutte pour une plus grande justice sociale et écologique. Son travail d'éducation et d'information, de recherche et de plaidoyer politique vise à contribuer à une transition énergétique au plan mondial et l'instauration de structures égalitaires dans le commerce mondial. PowerShift coordonne notamment l'alliance allemande TTIP PunfairHandelbar et participe au réseau européen Seattle to Brussels.

www.power-shift.de



Corporate Europe Observatory (CEO) est un groupe de recherche et de campagnes qui travaille pour mettre en lumière et faire disparaître l'accès privilégié et l'influence dont jouissent les entreprises et leurs lobbies sur le processus d'élaboration des politiques de l'UE. CEO travaille en alliance étroite avec des groupes d'intérêt général et des mouvements sociaux en Europe et au delà afin de proposer des alternatives à la domination de ce pouvoir des multinationales.

www.corporateeurope.org



Le Transnational Institute (TNI) est un institut de recherche et de plaidoyer international engagé pour la construction d'une planète juste, démocratique et durable. Depuis plus de 40 ans, TNI est un espace de connexion entre mouvements sociaux, universitaires engagés et décideurs politiques.

www.tni.org