

MONDIALISER LES NORMES SOCIALES ET ENVIRONNEMENTALES

Arnaud Zacharie

Revue Projet, 7 juillet 2016

En droit international, la protection de l'environnement et des droits de l'homme devrait prévaloir sur le droit commercial. Il n'en est rien. Le recours à l'arbitrage permet même aux multinationales d'attaquer les lois réduisant leurs profits. Plusieurs scénarios leur imposeraient au contraire de respecter les normes sociales et environnementales.

La mondialisation exacerbe le *dumping* social et environnemental, créant une asymétrie entre la hiérarchie des normes de droit international : le droit de commercer et d'investir a *de facto* la primauté sur les droits économiques, sociaux et environnementaux.

Si jusqu'au milieu des années 1980, le commerce mondial s'expliquait essentiellement par les échanges entre pays, près de 80 % des échanges sont désormais des échanges qui ont lieu entre firmes de biens intermédiaires et entre les maillons d'une même chaîne de production[1]. Dès lors, les décisions de localisation des différents sites de production à travers le monde déterminent la géographie des échanges.

La stratégie des firmes transnationales consiste à décomposer les étapes de la production, localisant chaque maillon de la chaîne de valeur dans les pays où les coûts unitaires sont les plus bas. Ces firmes bénéficient de l'asymétrie entre leurs stratégies mondiales et les capacités de régulation des États. Ce changement d'échelle leur permet de mettre les gouvernements en concurrence pour les inciter à réduire leurs normes sociales et environnementales : « Ou vous acceptez nos conditions, ou nous nous implantons ailleurs. » Comme le résume la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (Cnuced) : « Les pays d'origine essayeront de freiner la tendance à la délocalisation à l'étranger de la production en déréglementant le marché du travail, tandis que les pays d'accueil penseront peut-être qu'une plus grande flexibilité du marché du travail leur permettra d'attirer davantage d'investissements directs étrangers[2]. »



Normes de fait vs normes de droit

En principe, la hiérarchie des normes de droit international donne la primauté à celles issues de la Charte internationale des droits de l'homme des Nations unies. L'article 103 en atteste : « En cas de conflit entre les obligations des membres des Nations unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. » Pourtant, dans les faits, le droit international marchand a *de facto* la primauté sur le droit non marchand (la Charte des droits de l'homme et les conventions de protection de l'environnement). L'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) rend contraignante la liberté de commercer, tout comme les clauses d'arbitrage incluses dans les accords d'investissement. Mais les droits sociaux de l'Organisation internationale du travail (OIT), les engagements climatiques de la Cop21 ou

le droit à la santé de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ne disposent pas de tels organes garantissant leur caractère contraignant. D'où une incohérence entre la hiérarchie des normes *de jure* (de droit) et *de facto*.

Les brevets garantissent les profits des firmes pharmaceutiques, mais peuvent entrer en contradiction avec le droit à la santé lorsqu'ils rendent le prix des médicaments inaccessibles pour les populations pauvres des pays en développement.

C'est par exemple le cas des droits de propriété intellectuelle inscrits dans les traités commerciaux : les brevets garantissent les profits des firmes pharmaceutiques, mais peuvent entrer en contradiction avec le droit à la santé lorsqu'ils rendent le prix des médicaments inaccessibles pour les populations pauvres des pays en développement. Le chapitre de l'OMC sur la propriété intellectuelle[3] déboucha rapidement sur des conflits entre les firmes pharmaceutiques et les pays en développement, comme l'Inde et l'Afrique du Sud, qui souhaitaient commercialiser des médicaments génériques pour les rendre accessibles aux populations pauvres. Des dérogations, obtenues en août 2003 et décembre 2005, permirent aux pays en développement d'imposer aux firmes des licences à bas prix ou d'avoir le droit de fabriquer ou d'importer des versions génériques de médicaments sous brevet, mais seulement en situation de crise sanitaire avérée. Cette avancée fut toutefois contredite par les nouveaux accords bilatéraux signés par les États-Unis avec les pays en développement (Maroc, Chili, Jordanie, Amérique centrale, etc.), qui contiennent un volet plus contraignant que les accords négociés à l'OMC : prolongement de la durée des brevets (déjà fixée à vingt ans par l'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle) en compensation des délais d'autorisation de mise sur le marché, conservation par le producteur des droits sur les données pendant plusieurs années afin de compliquer la fabrication de génériques, fabrication d'un générique soumise à l'accord du détenteur du brevet[4]. Comme l'a conclu un rapport du Congrès des États-Unis : « Les dispositions des accords de libre-échange privilégient les intérêts financiers des grandes multinationales de l'industrie pharmaceutique aux dépens de la capacité des pays en développement à affronter les problèmes de santé publique[5]. » Les méga-accords de commerce et d'investissement récemment négociés intègrent tous de telles dispositions.

Le droit commercial entre aussi en tension avec le respect de l'environnement. Certes, les règles de l'OMC permettent aux États d'appliquer des mesures commerciales pour préserver l'environnement. Le cas « crevette-tortue »[6] est à la base d'une jurisprudence permettant « la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et la préservation des végétaux » ainsi que « la conservation des ressources naturelles ». Mais ces exceptions sont soumises à certaines conditions. Ainsi, après avoir lancé en 2010 un vaste plan de développement de l'énergie solaire, l'Inde a été condamnée à la suite d'une plainte des États-Unis : les entreprises développant le secteur solaire dans le pays devaient acheter en priorité des panneaux et cellules photovoltaïques indiens. Alors que l'atteinte des objectifs de l'accord de Paris sur le climat nécessite une transition énergétique des pays émergents, les règles du commerce mondial peuvent contrecarrer leur désir de développer des filières complètes d'énergie solaire. De leur côté, les pays industrialisés peuvent, grâce à la délocalisation des usines polluantes dans les pays émergents, se targuer de réduire leurs émissions de gaz à effet de serre sans modifier leur mode de production et de consommation...

Cette tension est exacerbée par le nouveau champ de négociation du commerce international. Après plusieurs décennies d'accords de libéralisation au sein du Gatt (General agreement on tariffs and trade) puis de l'OMC, les tarifs douaniers sont devenus marginaux[7]. Les négociations portent aujourd'hui d'abord sur les barrières non tarifaires, les normes et les réglementations[8]. Les grands accords actuellement en négociation ou en cours de ratification – traité transpacifique entre les États-Unis et 11 pays d'Asie, d'Amérique et d'Océanie, traité transatlantique entre les États-Unis et l'Union européenne (UE), traité CETA entre le Canada et l'UE – visent la « convergence réglementaire ». Or les négociateurs sont désormais appelés à trancher dans des domaines qui dépassent de loin leurs compétences spécifiques, tels que les normes sociales, sanitaires ou environnementales, avec le risque de les aborder selon des considérations essentiellement marchandes.



Des clauses d'arbitrage pro-investisseur

Ces accords de commerce et d'investissement intègrent une clause d'arbitrage, sur le modèle des cours privées (déjà prévues dans quelque 3 000 accords bilatéraux et régionaux)[9]. Connue sous son acronyme anglais ISDS (*investor-to-state dispute settlement*), cette clause permet à un investisseur privé de contester devant une cour d'arbitrage un choix démocratique d'un État au motif qu'il affecte ses profits. En principe, le litige est confié à un panel de trois juristes dont les décisions sont sans appel. Les deux principales cours d'arbitrage sont le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale et la Commission des Nations unies pour le droit commercial international. Mais les litiges peuvent aussi être soumis à des cours privées *ad hoc*.

Les règles incorporées dans des accords bilatéraux en matière de protection des investissements le sont en des termes vagues et sujets à interprétation, ce qui donne un pouvoir démesuré à l'arbitrage.

Les règles incorporées dans des accords bilatéraux en matière de protection des investissements le sont en des termes vagues et sujets à interprétation, ce qui donne un pouvoir démesuré à l'arbitrage. Au lieu d'appliquer des règles préexistantes, les cours ont créé elles-mêmes les règles par leur jurisprudence. Or, de plus en plus, ces décisions ont considéré des politiques publiques visant à protéger l'environnement, les droits sociaux ou la santé comme des atteintes à la protection des investissements.

On a vu récemment des firmes contester une augmentation du salaire minimum en Égypte (Veolia), la sortie du nucléaire en Allemagne (Vattenfall), la mention de l'effet néfaste du tabac sur les paquets de cigarettes en Australie et en Uruguay (Philip Morris). [TransCanada a même attaqué les États-Unis pour avoir refusé, au nom du climat, la construction de l'oléoduc Keystone XL](#). « Je ne comprends toujours pas comment les États souverains ont pu accepter le principe même d'un arbitrage en matière d'investissement. (...) Trois personnes privées sont investies du pouvoir d'examiner, sans la moindre restriction ni procédure d'appel, toutes les actions du gouvernement, toutes les décisions des tribunaux, et

toutes les lois et règlements qui émanent du Parlement[10]. » Pour des pays en développement dont les gouvernements cherchent à instaurer des politiques alternatives aux politiques néolibérales de leurs prédécesseurs, la facture peut se révéler salée : 14 milliards de dollars sont revendiqués dans les vingt-quatre cas d'arbitrage à l'encontre de l'Équateur (par exemple, une amende de plus d'1 milliard a été infligée en 2012 à la suite d'une plainte d'Occidental Petroleum), représentant 41 % du budget de l'État[11] !

Alors que les litiges entre États et investisseurs concernent souvent des enjeux de politiques et de droit publics, la clause *investor-to-state dispute settlement* fonctionne selon un modèle imaginé pour résoudre des différends entre acteurs privés : c'est l'interprétation par les juges des termes du contrat qui prime, sans considération pour l'intérêt général. Et la carrière et les revenus des arbitres sont corrélés au nombre de plaintes déposées par les firmes ! Conçu pour protéger les investisseurs, le mécanisme comporte un biais. Seules les firmes peuvent porter plainte contre les États et choisir le lieu de l'arbitrage.

La réforme proposée par la Commission européenne – *via* l'ICS ou *international court system* – répond à certains problèmes mais ne supprime pas ce biais[12]. Les principales avancées concernent l'indépendance des juges et la possibilité de faire appel. Afin d'éviter les conflits d'intérêts, les arbitres seraient sélectionnés au hasard parmi un *pool* de membres permanents et ne pourraient plus agir en tant que conseils, experts ou témoins dans d'autres cas d'arbitrage. Ils continueraient néanmoins d'être payés en fonction du nombre de litiges (initiés par les firmes) et d'arbitrer dans d'autres mécanismes ISDS[13]. Quant à l'incorporation d'un tribunal d'appel au mécanisme d'arbitrage, aucune précision n'est donnée sur l'échéance de son entrée en vigueur. La Commission affirme que son objectif est la création à terme d'une cour internationale permanente avec des juges indépendants et impartiaux, une option jusqu'ici rejetée par les États-Unis et trop imprécise pour qu'on puisse en mesurer la faisabilité et la portée.

La Commission propose en outre une clause empêchant une firme d'utiliser conjointement l'*international court system* et la voie légale nationale, mais n'obligeant pas à épuiser la voie nationale avant de faire appel à l'ICS. L'incorporation d'un tel système parallèle menace l'application effective et uniforme du droit européen, sans démontrer en quoi un tel mécanisme est nécessaire dans des pays disposant de systèmes judiciaires performants.

L'ICS continue de définir vaguement le principe de « traitement juste et équitable » auquel ont droit les investisseurs, le tribunal devant juger si leurs « attentes légitimes » au moment de la ratification du traité ont été ou non frustrées. Les « expropriations indirectes » restent interdites, une formule qui a permis à nombre de juges de considérer comme telles des régulations publiques instaurées au nom de l'intérêt général et du droit international non marchand. S'il est précisé que ces politiques ne peuvent être considérées comme des expropriations indirectes que dans des « circonstances rares », l'appréciation en est laissée au juge.

Par ailleurs, l'ICS n'est accessible qu'aux firmes transnationales (et non aux petites et moyennes entreprises). Leurs droits sont définis largement, mais pas leurs devoirs. Or si le « droit de réguler » est reconnu, ce n'est qu'une vague orientation pour l'interprétation des juges. L'alternative la plus efficace aurait été de limiter les droits des investisseurs à l'interdiction des mesures discriminatoires par les États parties – selon les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée inscrits dans le Gatt.

Rien ne justifie l'intégration de tels mécanismes dans des traités entre États disposant des systèmes juridiques nationaux les plus développés, alors même que les dérives qu'ils ont engendrées dans les pays en développement nécessiteraient de remettre en cause leur existence dans les accords Nord-Sud. La CnuCED conseille d'ailleurs à ces pays de ne plus adopter de tels traités : « Le droit privé s'applique à des individus privés considérés comme égaux devant la loi, tandis qu'en droit public, ce qui prime est l'intérêt général défendu par des personnes publiques[14]. » S'il est légitime de protéger les investisseurs contre les décisions discriminatoires des gouvernements, rien ne justifie l'adoption de traités favorisant les intérêts privés des investisseurs au détriment des choix démocratiques des États.



Imposer des normes sociales et environnementales aux firmes

Comment créer un « plancher social et environnemental » universel, afin que la recherche de règles du jeu équitables par les firmes transnationales ne se fasse pas au détriment des droits sociaux et environnementaux ? Le défi suppose d'éviter des mesures que les pays en développement pourraient considérer comme protectionnistes, du fait de leur niveau de normes moins développé – ce qui pourrait déboucher sur des conflits commerciaux, notamment avec la Chine. Il faut prendre en compte les asymétries de développement et cibler les firmes plutôt que les États, dans une approche mutuellement bénéfique pour les pays développés et les pays en développement.

La réponse la plus appropriée serait de rendre contraignantes pour toutes les firmes transnationales les normes sociales et environnementales produites par l'OIT et les conventions environnementales internationales. De doter en particulier l'OIT d'un organe de règlement des différends. Sur le modèle de l'OMC, le droit international du travail serait garanti par la possibilité pour un État de porter plainte contre un autre État pour non-respect d'une ou plusieurs de ces normes, avec sanction financière à la clé. La création d'une « organisation mondiale de l'environnement » dotée des mêmes compétences permettrait de jouer un rôle similaire en matière environnementale. Conformément à la hiérarchie des normes *de jure*, un État condamné devant l'organe de règlement des différends ou une cour d'arbitrage pour des mesures sociales ou environnementales pourrait faire appel à l'OIT ou à l'organisation mondiale de l'environnement, dont le jugement fondé sur les conventions en vigueur s'imposerait au droit de commercer ou d'investir. Les pays en développement bénéficieraient d'un traitement spécial et différencié, afin de prendre en compte les asymétries. Certes, la faisabilité d'une telle option est hypothétique, à court terme, en raison du nombre de gouvernements à mettre d'accord et du dispositif institutionnel et juridique à mettre sur pied, mais ne peut-on pas en viser l'application à terme ?

L'UE pourrait utiliser le marché européen comme levier pour promouvoir le respect des normes sociales et environnementales, en imposant leur respect à tous les produits commercialisés en Europe.

Mais l'UE pourrait prendre l'initiative en adoptant une solution intermédiaire : utiliser le marché européen comme levier pour promouvoir le respect des normes sociales et environnementales, en imposant leur respect à tous les produits commercialisés en Europe. Cette solution d'« accès qualifié » a le triple avantage de ne pas pouvoir être contournée par des délocalisations (l'accès au marché européen est conditionné au respect des normes), de s'imposer *de facto* à toutes les firmes transnationales (aucune firme ne peut se passer du premier marché de consommation au monde) et d'être en conformité avec les règles de l'OMC. Proposée initialement par des acteurs académiques et de la société civile[15], cette mesure est reprise par un nombre croissant de partis politiques en Europe[16].

D'un point de vue juridique, plusieurs options permettent de rendre compatible l'« accès qualifié » avec les règles de l'OMC. L'article 20 du Gatt admet des clauses d'exceptions générales pour les restrictions spécifiques interdites par l'article XI, ce qui permet, sous certaines conditions, de justifier des exigences réglementaires unilatérales concernant les « procédés ou méthodes de production » en matière de droit du travail, lorsqu'elles sont nécessaires à « la protection de la moralité publique » (ce qui comprend le besoin de protéger les droits fondamentaux du travail de l'OIT). Les règles sont encore plus explicites en ce qui concerne le respect de l'environnement.

Il est également possible, selon les règles de l'OMC, d'instaurer un système de « norme de produit » imposant aux produits commercialisés sur le marché européen une « traçabilité sociale et environnementale » avec un étiquetage obligatoire, assurant aux consommateurs que ce qu'ils achètent est issu de modes de production respectueux de l'environnement et des conditions de travail. Ce système s'appliquerait sans discrimination à tous les produits similaires, où qu'ils aient été produits. La jurisprudence récente met en évidence qu'un tel règlement technique est acceptable s'il est proportionné, non discriminatoire, s'il poursuit un objectif légitime et se base sur des normes internationales reconnues (comme les normes de l'OIT et les conventions environnementales).

Une telle option serait une manière de substituer une « course au mieux-disant » social et environnemental à l'actuelle « course au moins-disant ». La démarche ne sera acceptée par les pays en développement que si elle leur garantit qu'elle ne représente pas un frein à leur trajectoire de développement. Ainsi pourrait-on instaurer un fonds mondial destiné aux pays en développement désireux de renforcer leurs normes sociales et environnementales, financé avec le produit des sanctions financières adressées aux produits ne respectant pas les normes.

Dans le même esprit, Dani Rodrik, professeur d'économie politique internationale à Harvard, propose d'instaurer à l'OMC un « accord sur les sauvegardes sociales et environnementales » en élargissant les flexibilités des « clauses de sauvegarde », permettant aux pays en développement d'imposer aux firmes transnationales des normes issues de leurs propres législations. « Ainsi, les pays riches et les pays pauvres seraient en mesure d'échanger de l'espace politique et non de l'accès au marché[17]. » Il s'agirait de démontrer que les flux commerciaux ou les investissements incriminés sont en contradiction avec des normes sociales ou environnementales que le pays a démocratiquement adoptées et de soumettre la décision à examen périodique pour éviter que le mécanisme ne serve d'alibi à un protectionnisme permanent. Cette garantie de marges de manœuvre offertes aux pays en développement créerait les relations de confiance indispensables à une coopération

multilatérale pour une mondialisation des normes sociales et environnementales.

[1] Unctad (Cnuced), [World investment report 2013. Global value chains : investment and trade for development](#), Onu, 2013.

[2] Unctad, [Trade and development report, 2012. Policies for inclusive and balanced growth](#), Onu, 2012, p. 90.

[3] Le projet d'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle avait été écrit par une douzaine de dirigeants de firmes transnationales américaines désirant protéger leurs brevets durant vingt ans.

[4] Carlos María Correa, [« Implication of bilateral free trade agreements on access to medicines »](#), *Bulletin of the World Health Organization*, n°84, mai 2006.

[5] Chambre des représentants américaine, [« Trade agreements and access to medications under the Bush administration »](#), juin 2005.

[6] Un différend opposant quatre pays asiatiques (l'Inde, le Pakistan, la Thaïlande et la Malaisie) aux États-Unis à la suite de la décision américaine de restreindre les importations de crevettes provenant de pays dont les techniques de pêche n'assurent pas la protection des tortues. Dans son jugement, l'organe de règlement des différends de l'Onu autorise les gouvernements à appliquer des mesures commerciales pour protéger l'environnement, selon les exceptions générales de l'article 20 du GATT de 1994.

[7] Ils ne représentent en moyenne que 3,4 % aux États-Unis, 5,5 % dans l'UE, 4,6 % au Japon et seulement 0,2 % à Singapour. Ils ne sont guère beaucoup plus élevés dans les pays émergents : 9,6 % en Chine, 10 % en Russie, 7,6 % en Afrique du Sud, 13,7 % en Inde et 13,5 % au Brésil (cf. « L'état de l'économie 2014 », *Alternatives économiques*, hors série n° 100, 2^e trimestre 2014, p. 69).

[8] Fin 2013, on comptait 17283 obstacles techniques au commerce et 12212 normes sanitaires et phytosanitaires dans le monde (source : cf. note précédente).

[9] La Cnuced décompte, fin 2014, 3271 accords internationaux sur l'investissement, dont 2926 accords bilatéraux. Unctad, [World investment report 2015. Reforming international investment governance](#), Onu, 2015, p. 106.

[10] Juan Fernández-Armesto, un juge espagnol spécialisé dans ce type d'arbitrage, cité dans Friends of the Earth Europe, [« The TTIP of the anti-democracy iceberg »](#), www.foeeurope.org, octobre 2013.

[11] Bernard Duterme, François Polet (dir.), *Obsolète, le clivage Nord-Sud ?*, Syllepse, 2016, p. 174.

[12] Gus Van Harten, « A parade of reforms : the European Commission's latest proposal for ISDS », *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 21*, mai 2015.

[13] La constitution d'un tel *pool* d'arbitres, déjà prévue par l'Accord de libre-échange nord-américain, n'a jamais vu le jour à la suite des désaccords entre les parties (États-Unis, Canada, Mexique).

[14] Cnuced, *Rapport sur le commerce et le développement, 2014. Gouvernance mondiale et marge d'action pour le développement*, Onu, 2014, pp. 162-163.

[15] Olivier De Schutter, *Trade in the service of sustainable development. Linking trade to labour rights and environmental standards*, Bloomsbury, 2015.

[16] C'est le cas, en Belgique francophone, du Parti socialiste, du Centre démocrate humaniste et du parti écologiste. Cette proposition a aussi été émise en France par Pascal Canfin lorsqu'il était ministre du Développement.

[17] D. Rodrik, *Nations et mondialisation. Les stratégies nationales de développement dans un monde globalisé*, La Découverte, 2008 [trad. de l'anglais par Christophe Jaquet], p. 32.