

Les accords commerciaux et d'investissement : des obstacles aux mesures nationales de santé publique et de lutte contre le tabagisme

Par Carlos Correa, Nirmalya Syam et Germán Velásquez
Centre Sud

Un tribunal arbitral doit bientôt statuer sur des questions juridictionnelles dans le cadre d'une action en justice intentée par Philip Morris contre l'État d'Uruguay. La plainte, fondée sur un accord bilatéral d'investissement signé entre ce pays et la Suisse, vise la réglementation relative au conditionnement et à l'étiquetage des cigarettes adoptée par l'Uruguay dans le but de réduire la consommation de tabac. En février 2010, Philip Morris avait déjà engagé une procédure arbitrale similaire à l'encontre de l'État australien, affirmant que la proposition de loi australienne prévoyant la banalisation des emballages de cigarettes (projet de loi de 2011 appelé *Tobacco Plain Packaging Bill*) violait l'accord bilatéral d'investissement signé en 1993 avec Hong Kong. D'autres fabricants de tabac avaient, sans succès, déjà contesté les réglementations australiennes relatives à la banalisation des emballages devant la Haute Cour australienne. Celle-ci a rejeté les plaintes, considérant que les lois étaient constitutionnelles et qu'elles ne violaient pas les droits découlant des marques de fabrique ou de commerce, étant donné que la législation en question qui réglementait et contrôlait le conditionnement et la présentation des produits du tabac « ne conférait aucun avantage ou intérêt exclusif à l'État ou à toute autre personne ». Le Honduras, la République dominicaine et l'Ukraine ont également déposé plainte contre l'État australien dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mon-

diale du commerce (OMC) pour contester la réglementation en matière d'utilisation des marques de fabrique ou de commerce sur les paquets de cigarettes.

Les litiges dont l'Australie et l'Uruguay ont fait l'objet ont soulevé d'importantes préoccupations dans les pays développés et en développement concernant l'application de mesures pour des raisons de santé publique. Il s'agit d'un sujet particulièrement important dans le domaine de la réglementation en matière de tabac, car, en vertu de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) pour la lutte antitabac, les Parties ont des obligations spécifiques en matière de conditionnement et d'étiquetage des produits du tabac. Au titre du point a) de l'alinéa 1) de l'article 11 de la Convention, chaque partie doit adopter et appliquer conformément à sa législation nationale des mesures efficaces pour faire en sorte que le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac ne contribuent pas à la promotion d'un produit du tabac par des moyens fallacieux, tendancieux ou trompeurs, ou susceptibles de donner une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit, y compris des termes, descriptifs, marques commerciales, signes figuratifs ou autres qui donnent directement ou indirectement l'impression erronée qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que d'autres.

Les plaintes qui ont été déposées récemment montrent qu'il est nécessaire de faire preuve de prudence au moment de négocier de nouveaux accords bilatéraux d'investissement afin de garantir qu'aucune dispositions de fond ne va à l'encontre de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. Dans ce contexte, il faut également se demander si les tribunaux chargés de régler les litiges en matière d'investissement et relevant des accords bilatéraux d'investissement ou si l'Organe de règlement des différends de l'OMC sont les juridictions adéquates pour statuer sur les différends relatifs aux mesures de lutte contre le tabagisme qui sont conformes aux dispositions de ladite Convention.

Comme l'Uruguay, de nombreux pays en développement ont signé des accords bilatéraux d'investissement ou d'autres accords visant à protéger les investissements directs étrangers (IDE). Ces accords restreignent considérablement la souveraineté des pays hôtes. Fin 2011, quelque 2833 accords bilatéraux d'investissement avaient été signés dans le monde. L'octroi d'une protection juridique aux investisseurs étrangers au titre d'accords bilatéraux d'investissement ou d'autres accords (comme des chapitres figurant dans des accords de libre-échange (ALE) négociés avec des pays développés) a souvent été jugé nécessaire pour attirer les IDE. Or, il n'est pas certain que les traités aient favorisé la création de flux d'investissement, ni qu'ils aient contribué au développement.²

Qui plus est, « les accords bilatéraux d'investissement se sont révélés bien plus « dangereux » qu'ils n'en avaient l'air. En effet, beaucoup de pays en développement ont été condamnés par des tribunaux arbitraux internationaux à payer des millions de dollars après avoir été accusés de violer ces accords ».³ La plupart de ces condamnations étaient basées sur des interprétations trop extensives de ces normes et concepts juridiques, qui résultent de plusieurs caractéristiques types des traités bilatéraux d'investissement.⁴

Premièrement, les accords bilatéraux d'investissement donnent une très vaste définition du terme « investissement », de sorte que le terme englobe presque tout type d'actif commercial, tels que les biens mobiliers et immobiliers, les prises de participation au capital d'entreprises, les créances, les droits contractuels, les droits de propriété intellectuelle, les concessions, les permis et les droits similaires. Cette définition est plus vaste que celle des IDE, car elle inclut également les investissements de portefeuille.

Deuxièmement, la protection est conférée sur la base de normes juridiques ambiguës comme le « traitement juste et équitable » et « l'expropriation indirecte ». Par conséquent, les tribunaux arbitraux internationaux ont toute latitude pour juger le comportement des États. Les accords bilatéraux d'investissement habilent les tribunaux (composés d'arbitres désignés spécialement pour l'affaire en question et qui ne relèvent d'aucune autorité juridictionnelle) à condamner les politiques d'intérêts publics, sur la base d'une vague définition des « droits des investisseurs ».

Troisièmement, les accords bilatéraux d'investissement comprennent une clause de la nation la plus favorisée (NPF) qui garantit aux investissements effectués par les ressortissants d'une partie contractante de recevoir un traitement tout aussi équitable que celui accordé par le pays hôte, au titre d'autres accords bilatéraux d'investissement, aux investisseurs de tout autre pays. Autrement dit, le plus haut degré de protection accordé par le pays hôte dans un accord bilatéral d'investissement peut être invoqué par des investisseurs qui bénéficient d'une protection plus restreinte au titre d'autres accords bilatéraux d'investissement signés par leur pays.

Quatrièmement, et par-dessus tout, les accords bilatéraux d'investissement donnent le droit aux investisseurs de directement attaquer en justice le gouvernement d'un pays dans lequel les investissements ont été effectués ; il s'agit d'un système radicalement

différent du mécanisme de règlement des différends entre États établi sous l'égide de l'OMC. Le règlement des différends prévu par les accords bilatéraux d'investissement relève, en règle générale, de la compétence de tribunaux arbitraux qui ne reposent pas sur le système judiciaire des parties contractantes, conformément aux règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou, plus communément, sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).⁵ Fin 2011, quelque 450 plaintes fondées sur des accords avaient été déposées. En 2012, il y a eu au moins 46 autres règlements des différends entre investisseurs et États⁶, susceptibles de mener au versement de milliards de dollars de dommages-intérêts aux investisseurs qui prétendaient avoir subi des dommages⁷. Le nombre croissant d'affaires soumises à arbitrage et les condamnations des pays à verser plusieurs millions de dollars, sans avoir la possibilité d'interjeter appel, a attisé le mécontentement et a entraîné des initiatives visant à exclure les dispositions relatives à l'arbitrage international des accords bilatéraux d'investissement et menant au retrait des États de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements⁹.

Les investisseurs peuvent contester des politiques publiques capitales et demander une compensation pour les effets, selon eux, négatifs de ces politiques sur leurs perspectives commerciales, comme l'a montré la plainte visant les mesures de santé publique adoptées par l'Uruguay.¹⁰

Lutte antitabac en Uruguay

L'Uruguay est l'un des 173 pays signataires de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac dont l'objectif est de « protéger les générations actuelles et futures contre les conséquences sanitaires, sociales, environnementales et économiques dévastatrices de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac [...] » (article 3). Conformément à l'article 5 de la

Convention « [C]haque Partie élabore, met en œuvre, actualise et examine périodiquement des stratégies et des plans et programmes nationaux multisectoriels globaux de lutte antitabac conformément aux dispositions de la Convention et des protocoles auxquels elle est Partie. » L'article 11 prévoit l'adoption de mesures spécifiques relatives au « conditionnement et [à] l'emballage des produits du tabac », un article qui est détaillé dans les « Directives pour l'application de l'article 11 (*Conditionnement et étiquetage des produits du tabac*) de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac ».

Conformément aux dispositions de la Convention, l'Uruguay a renforcé ses politiques de lutte antitabac en 2008 et 2009. Philip Morris a jugé que trois des mesures adoptées par l'État uruguayen violaient l'accord bilatéral d'investissement signé entre l'Uruguay et la Suisse. Les mesures en question sont les suivantes :

- L'article premier de l'Ordonnance n° 514 du Ministère uruguayen de la santé publique (août 2008) imposait que l'une des nouvelles séries de pictogrammes conçus par le Ministère de la santé publique, montrant des images dérangeantes des effets du tabac sur la santé, figure sur les paquets de cigarettes. D'après Philip Morris, parmi les pictogrammes imposés il y a « des images répulsives et choquantes, telles qu'un bébé grotesquement défiguré. » Et d'ajouter « Nous ne sommes pas opposés à l'usage de mises en garde sanitaires graphiques, mais nous pensons que ces images devraient rigoureusement illustrer les effets du tabac sur la santé ». ¹² Nombreux sont les pays développés et en développement qui ont adopté des mesures similaires. Par exemple, en Amérique latine, depuis l'adoption de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, en 2005, neuf pays ont adopté une loi imposant l'utilisation de représentations graphiques et six ont voté une loi qui n'est pas encore appliquée. ¹³

- L'article 3 de l'Ordonnance n° 514 du Ministère uruguayen de la santé publique instaurait l'oblige-

tion d'« une présentation unique » qui interdisait aux fabricants de cigarettes de commercialiser plus d'un produit sous le même nom de marque. L'objectif de cette mesure est d'empêcher l'idée erronée (qui s'est avérée fréquente en Uruguay) que les cigarettes « légères » ou « douces » sont moins nocives que les autres de se répandre. Cette réglementation a empêché Philip Morris de vendre plusieurs types de cigarettes (« rouge », « dorée », « bleue » et « verte »). Le fabricant a dit que « le fait de retirer arbitrairement les marques ne fait que pousser les consommateurs à se diriger vers des marques nationales ou des cigarettes de contrebande ou contrefaites, quand ils ne peuvent plus se procurer légalement leurs produits préférés sur le marché uruguayen ». ¹⁵ Des restrictions relatives aux marques ont été mises en place dans de nombreux pays. En Amérique latine, par exemple, dix-sept pays ont interdit les descriptions de marque. ¹⁶

- Le décret 287/009 (juin 2009) instaurait l'augmentation de la surface du paquet de cigarettes (sur les deux faces) devant être recouvert par des mises en garde sanitaires, passant de 50 à 80 pour cent. La société Philip Morris a déclaré que bien qu'elle encourageait les réglementations prévoyant l'utilisation de mises en garde sanitaires proéminentes, l'obligation qu'ils recouvrent 80 pour cent du paquet ne laissait presque aucun espace pour afficher les marques de fabrique ou de commerce juridiquement protégées. ¹⁷ Or, la mesure adoptée par l'Uruguay est conforme aux règles de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. L'article 12 des Directives pour l'application de l'article 11 de la Convention énonce en effet qu'« Étant donné que l'on sait que l'efficacité des mises en garde sanitaires et autres messages augmente avec leur taille, les Parties devraient étudier la possibilité d'utiliser des mises en garde sanitaires et des messages couvrant plus de 50 pour cent des faces principales et essayer d'obtenir qu'elles occupent la plus grande partie possible de ces faces principales. »

La défense de l'Uruguay contre la plainte déposée par Philip Morris est fondée sur le fait que cette

affaire n'est pas du ressort du CIRDI, plutôt que sur la substance de l'affaire. Les arguments de l'Uruguay sont solides.

L'accord bilatéral d'investissement entre l'Uruguay et la Suisse comprend une disposition inhabituelle dans ce type d'accord. En effet, l'alinéa 1 de l'article 2 prévoit que « Les Parties Contractantes se reconnaissent mutuellement le droit de ne pas autoriser des activités économiques pour des raisons de sécurité, d'ordre, de santé ou de moralité publics, ainsi que les activités réservées par la loi à leurs propres investisseurs. »

Cette disposition définit les domaines dans lesquels les droits des investisseurs ne peuvent pas être revendiqués. Le libellé est très différent de celui des dispositions types prévoyant l'adoption de « mesures non limitatives », qui, en règle générale, prévoient une exception dans des cas où des mesures sont « nécessaires » pour préserver l'« ordre public ». L'accord signé entre l'Uruguay et la Suisse cite la « santé publique » (les mesures de lutte antitabac entrent naturellement dans cette catégorie), reconnaît le droit des parties contractantes « de ne pas autoriser » certaines activités (c'est-à-dire qu'il ne définit pas une exception), ne prévoit pas d'examen « de nécessité » et décrit la portée des mesures comme allant au-delà de l'accord conformément à leur objectif visé (sécurité, ordre, santé ou moralité publics). Par conséquent, les mesures adoptées dans le cadre de l'alinéa 1 de l'article 2 ne relèvent pas du champ d'application de l'accord bilatéral d'investissement. Elles ne peuvent donc pas être remises en question par la plainte d'un investisseur contre un État selon le principe de « traitement juste et équitable » ou d'autres disciplines contenues dans l'accord.

Par ailleurs, l'accord bilatéral d'investissement au titre duquel Philip Morris a choisi de contester les mesures antitabac exige des investisseurs qu'ils soumettent un litige aux « tribunaux compétents » de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué. Ce n'est que

si aucun jugement n'a été rendu dans les 18 mois suivant l'engagement d'une procédure que l'investisseur en cause peut en appeler à un tribunal arbitral (alinéa 2 de l'article 10). Le fabricant Philip Morris ne feint pas d'ignorer cette règle et ne prétend pas non plus l'avoir suivie. Il fait appel à une clause NPF contenue dans l'accord afin d'invoquer d'autres accords bilatéraux d'investissement qui prévoient un traitement « plus favorable ». Toutefois, vu l'alinéa 2 de l'article 3 du accord entre l'Uruguay et la Suisse, la clause NPF ne vise que des questions de fond relatives au « traitement juste et équitable » et non pas des questions de pouvoirs juridictionnels.

D'autres arguments (le fait que les investissements de Philip Morris ne peuvent être protégés puisque les coûts supportés par le pays hôte dépassent largement les avantages qu'il en retire, la prévalence de la Convention-cadre de l'OMS sur l'accord bilatéral d'investissement, etc.) pourraient amener le tribunal à conclure que ce différend n'entre pas dans son champ de compétence. Dans tous les cas, le droit, expressément reconnu, de préserver la santé publique et le non-respect de la réglementation concernant la procédure à suivre suffiraient sans doute à arriver à la même conclusion.

Cependant, dans cette affaire, la décision ne portera probablement pas sur la question de fond essentielle que cette plainte et d'autres plaintes ont soulevée, à savoir : les droits des investisseurs peuvent-ils prévaloir sur le droit des États à adopter des mesures visant à préserver la santé publique, notamment lorsque ces mesures sont adoptées conformément à une convention internationale ?¹⁸ Cela étant, bien que dépourvue de valeur jurisprudentielle, la décision en dira long sur la mesure dans laquelle les accords bilatéraux d'investissement peuvent véritablement peser sur l'élaboration des politiques nationales du domaine de la santé publique et d'autres domaines.

Même si l'Uruguay l'emporte, le simple fait

qu'une plainte ait été déposée montre que les accords bilatéraux d'investissement interfèrent fortement avec l'élaboration des politiques nationales.¹⁹ Cela souligne également que les dispositions à caractère substantif de tout nouvel accord bilatéral d'investissement ne doivent pas aller à l'encontre de la Convention de l'OMS. Les pays en développement qui ont signé un accord bilatéral d'investissement devraient commencer un processus de révision, puis de renégociation ou de renoncement. Dans le cas d'éventuels conflits, la suprématie de la Convention de l'OMC sur l'accord bilatéral d'investissement peut être invoquée sur la base d'un principe de droit international coutumier selon lequel le traité le plus récent s'applique dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec le traité le moins récent.²⁰ Bien que de nombreux problèmes juridiques risquent de se poser, comme la gestion des effets qui suivent la fin de l'application des dispositions prévues aux traités bilatéraux d'investissement, il semble important d'agir avant que des problèmes inattendus surviennent. La coopération Sud-Sud peut jouer un rôle capital dans ce processus, non seulement pour mettre en commun les expertises et les expériences, mais aussi pour renforcer le pouvoir de négociation des pays et réduire le risque qu'un pays soit cité comme un pays où les investissements ne sont pas protégés.

Notes

¹ [High Court of Australia, Summary of Pronouncement of Orders: JT International SA v Commonwealth of Australia; British American Tobacco Australasia Limited & Ors v Commonwealth of Australia](#) [2012] HCA 30 (15 août 2012).

² Voir CNUCED, *World Investment Report 2011*, p. 102.

³ Federico M. Lavopa, Lucas E. Barreiros & Victoria Bruno, *How to kill a BIT and not die trying: legal and political challenges of denouncing or renegotiating bilateral investment treaties*, Document de travail N° 2012/49, Troisième Conférence mondiale bisannuelle de l'Université nationale de Singapour, Faculté de droit de l'Université nationale de Singapour, Centre de droit international, 12-14 juillet 2012, p. 2.

⁴ Id.

⁵ Le CIRDI a été institué en 1965 par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, un traité multilatéral élaboré par les administrateurs de la Banque mondiale. Voir : <https://icsid.worldbank.org/>

ICSID/FrontServlet?

re-questType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home.

⁶ Voir CNUCED, *World Investment Report 2012*, p. 86.

⁷ Voir, par exemple, TWN, *India: Investment treaties stifle public policy objectives*, (25/4/12), disponible à l'adresse : <http://twon.my/title2/FTAs/info.service/2012/fta.info.223.htm>. Lavopa, Barreiros & Bruno ont indiqué qu'entre 1997 et 2012, 48 actions en justice ont été intentées contre l'Argentine, au titre des règles prévues à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, sous prétexte qu'elle violait les accords bilatéraux d'investissement, et que « des études évaluèrent que l'Argentine aurait dû payer environ 50 milliards de dollars des États-Unis de dommages-intérêts si, dans toutes ces affaires, les tribunaux avaient reconnu que l'Argentine n'avait pas respecté ces obligations », op. cit.

⁸ Par exemple, en avril 2011, le gouvernement australien a publié une déclaration de politique commerciale pour annoncer qu'il cesserait d'inclure des dispositions en matière de règlement des différends entre investisseurs et États dans les futurs accords d'investissement qu'il signerait.

⁹ Par exemple, dans les affaires concernant la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela.

¹⁰ La plainte déposée par une société suédoise du secteur de l'énergie contre l'État allemand suite à la décision de l'Allemagne d'éliminer progressivement les installations nucléaires est un autre exemple parlant. Voir CNUCED, *World Investment Report 2012*, p.86

¹¹ Disponible à l'adresse :

http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11_fr.pdf

¹² Voir :

http://www.pmi.com/eng/media_center/company_statements/pages/uruguay_bit_claim.aspx.

¹³ EM Sebríé, 'Políticas de etiquetado en los paquetes de cigarrillos : situación actual en América Latina y el Caribe', *Salud Publica Mex* 2012; 54:293-302, disponible à l'adresse : <http://www.scielosp.org/pdf/spm/v54n3/v54n3a12.pdf>.

¹⁴ Voir *Uruguay's Memorial on Jurisdiction*, 24.9.11, disponible à l'adresse: http://italaw.com/documents/PhilipMorris_v_Uruguay_UruguayMemorialJurisdiction_24Sep2011.pdf.

¹⁵ Voir :

<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/investment/page/2/>.

¹⁶ Sebríé, op. cit.

¹⁷ Voir :

http://www.pmi.com/eng/media_center/company_statements/pages/uruguay_bit_claim.aspx.

¹⁸ Bien que la Suisse n'ait pas encore ratifié la Convention, elle fait partie des pays signataires. Voir :

http://www.who.int/fctc/signatories_parties/fr/index.html

¹⁹ Voir Simon Lester, *The Philip Morris Investment Claim*, disponible à l'adresse

<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/investment/page/2/>.

²⁰ Todd Weiler, *Philip Morris vs. Uruguay: An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, Report #1 for Physicians for a Smoke Free Canada, 28 juillet 2010.



Chemins du Champ d'Anier 17
PO Box 228, 1211 Genève 19

Tél : (4122) 791 8050

Fax : (4122) 798 8531

E-mail : south@southcentre.org

<http://www.southcentre.org>