



L'arbitrage international : un outil efficace au service des sociétés transnationales de l'eau ou le droit de l'avidité

Par [Naoual Bennacar](#)

Mondialisation.ca, 30 septembre 2010

30 septembre 2010

Région : [Afrique subsaharienne](#), [Amérique latine & Caraïbe](#)

Thème: [Environnement](#), [Transnationales](#)

La gouvernance globale de l'eau vante le mérite du partenariat public privé et la décentralisation. La combinaison de ces principes peut entraîner les désaccords entre une localité et une société transnationale de l'eau à être jugée par un arbitre international.

Or, l'arbitrage international des ressources en eau n'évolue pas dans le sens du développement durable. En effet, la finalité même de cet outil est de priver la société civile du choix de la politique à mener quant à une ressource qui dans bien des constitutions est considérée comme un patrimoine commun. Par le biais de partenariats public-privés, c'est l'arbitre qui juge et décide des choix politiques de gestion des ressources en eau.

L'eau ; bien commun[1] que bon nombre de nations ont gravée dans leurs constitutions comme étant un patrimoine commun échappe aux compétences nationales et même locales. En effet, la gouvernance globale de l'eau prêche avec conviction de la quintessence du partenariat public privé dans le domaine de gestion de l'eau. Mais au vue de la pratique arbitrale, l'eau se retrouve de plus en plus au centre de règlements des différents internationaux et est donc dépouillée de toutes ses fonctions sociales, culturelles et environnementales pour se retrouver piégée dans le filet de la protection juridique des transactions qui ignorent les intérêts écologiques et humains. En effet déjà 12 différents[2] concernant l'eau ont été portés devant la CIRDI[3]. Ces recours sont dans tous les cas la conséquence de partenariat public-privé[4] dans le domaine de la distribution d'eau. Les partenariats publics sont présentés comme des contrats « *win-win*[5] », hors la pratique judiciaire internationale révèle que la collectivité locale qui se lie avec un partenaire privé à travers ce genre de contrat pour la gestion de l'eau ou de l'assainissement se retrouve très vite non seulement dépouillée de son rôle de gardienne de cette ressource mais pire doit devenir la gardienne des investissements étrangers. Dans le cadre de ces litiges l'État doit enfiler son costume de marchand et doit agir en tant que puissance publique pour protéger les intérêts des investisseurs. L'une des conséquences perverse est que la ressource eau qui est fondamentalement locale se retrouve aux mains de parties intéressées qui sont à l'autre bout de la planète et qui décident de l'affectation de celle-ci et renient jusqu'aux droits fondamentaux de base des êtres humain, celui du choix quant à la gestion d'une ressource vitale qui est par destination spécifiquement locale car les conséquences d'une défaillance du système de distribution de l'eau ou la pollution de celle-ci est uniquement ressentie par les communautés locales. Par le biais de la délocalisation du contentieux sur l'application du contrat de la sphère nationale à la sphère internationale, c'est le pouvoir du juge national de dire le droit qui est neutralisé et a pour conséquence de déresponsabiliser

l'investisseur étranger qui n'a plus de compte à rendre au public ou à la société civile.



C'est sur la base de la règle interdisant toute forme d'expropriation ou de nationalisation directe ou indirecte que les partenaires privés dessaisissent le juge national de son rôle de dire le droit dans les questions de distribution, d'assainissement ou de protection de la ressource eau. Hors, la notion d'expropriation est interprétée de manière très large et peut comprendre toutes législations remettant en cause les profits ou les attentes du partenaire privé. Dans l'affaire Biwatter, l'arbitre déclara que les actions du gouvernement de Tanzanie à travers la société publique DAWASA équivalaient à une expropriation. Sa méthode de raisonnement démontre une grande confusion sur la nature des partenariats public-privés. L'arbitre a qualifié les actions du gouvernement d'expropriation car DAWASA avait agi avec Biwater à travers sa fonction de « puissance publique».

« En effet, la relation entre la République et DAWASA (une entreprise publique exerçant des fonctions clés) était telle que l'intervention de la République dépassée de loin celle d'un actionnaire privé. Cependant, le type d'intervention qui aurait pu être une exception doit être distingué par rapport à d'autres situations dans lesquelles les actes de la République pourraient proprement être caractérisés comme étant l'utilisation de la puissance publique pour accomplir des actes qui dépassent le cadre normal du comportement d'un État en tant qu'actionnaire d'une entreprise publique. Ce sont des critères importants en fonction par auxquels chaque acte incriminé doit être confronté »[6].

L'argument remettant en cause les actes de DAWASA en les qualifiant d'actes de puissance publique a été avancé par Biwater afin de prouver que l'égalité des parties au contrat qui est de principe dans le droit privé était rompue par l'exercice de la puissance publique. Le tribunal arbitral a conclu que les actes de la Tanzanie dépassaient les actes d'une partie privée.

Par contre, le tribunal ne s'est pratiquement pas penché sur les conclusions de la Tanzanie concernant son devoir d'agir dans l'intérêt public afin d'assurer la sécurité et la continuité du service de distribution de l'eau à Dar es Salaam. Toujours, selon le tribunal, le seul problème de sécurité qui aurait pu justifier son action en tant que puissance publique est le sabotage. Donc, l'intervention de l'État en temps de crise ou d'événements justifiant des mesures exceptionnelles ou des mesures de nécessité est très minimaliste[7].

D'après les conclusions du tribunal arbitral et sous la règle de l'expropriation (qui peut être interprétée de manière extensive[8]) DAWASA et Biwater doivent être traitées comme des parties privées, le tribunal analysa toutes les actions du gouvernement pour déterminer si le partenaire public a agi en dehors des règles du droit contractuel privé et du droit commercial. La tradition arbitrale de règlements des différends emprisonne donc le contrat de partenariat public-privé à l'intérieur des normes et des attentes privées et ne veut en aucun cas sortir de ce raisonnement en prenant en compte les obligations particulières d'un contrat liant une municipalité ou une collectivité locale dans les services de l'eau. Ceci inclut les différentes obligations auxquelles sont tenues non seulement l'investisseur mais également DAWASA en ce qui concerne la continuité et la sécurité du service de distribution d'eau.

Mais cela va plus loin, car selon la règle du traitement juste et équitable, le rôle de DAWASA va au-delà du rôle d'une entreprise privée ordinaire car le tribunal amplifie les devoirs qu'un

État a à l'égard des investisseurs étrangers en imposant la transparence, la consistance et la non-discrimination. Hors, ces exigences n'existent pas pour les entreprises privées nationales alors que dans l'arbitrage international, le partenaire public est tenu de répondre à ces obligations avant de répondre de sa responsabilité vis-à-vis du public dans son rôle de *gardien* de la ressource eau. Mais l'ironie est que ces règles ne se retrouvent ni dans le droit public ou privé interne. L'exemple le plus classique est la transformation de la règle des attentes légitimes comme étant un droit fondamental des investisseurs étrangers. En fait le tribunal, d'un côté renie les privilèges étatiques lorsqu'il est question d'honorer sa responsabilité en tant que *gardien* de la ressource en eau ou de l'intérêt général alors que de l'autre réaffirme les privilèges étatiques lorsqu'il s'agit de protéger l'intérêt d'un investisseur étranger[9].

Dans l'affaire *Aguas Argentina, Suez et al. Vs. Argentine*[10], le tribunal a condamné l'État pour traitement injuste et inéquitable en rejetant l'argument de l'état de nécessité, alors que l'Argentine a connu une crise financière sans précédent. Le tribunal maintient que la fréquence des crises et urgences auxquelles les nations font face ne doivent pas leur permettre d'échapper aux engagements que ces dernières ont pris en matière de droit international, car ceci mettrait en péril le fondement même du droit international ainsi que la stabilité des relations internationales[11].



Suivant ce raisonnement, le tribunal va dicter la manière dont l'État argentin aurait dû gérer la crise et remet en cause la compétence des États dans le choix de gestion des politiques de crise. En effet, selon le tribunal, l'État argentin aurait pu permettre à l'entreprise d'augmenter les tarifs appliqués aux consommateurs aisés tout en utilisant un tarif social ou un système de subventions pour les plus pauvres[12]. C'est la porte ouverte à une ingérence dans la liberté même des populations de choisir comment gérer une crise. Les arbitres qui ne sont ni économistes, ils ne sont que spécialiste dans la matière du des investissements internationaux s'arrogent le droit de dicter quelle aurait pu être la meilleure solution.

Nous pouvons en conclure que le principe de partenariats public-privés, loin d'être des contrats « *win-win* »[13] sont toujours déséquilibrés à l'avantage des investisseurs et amputent les États de leurs principales obligations ; celles d'être les gardiens de l'intérêt général. En effet, s'il s'agissait d'une entreprise nationale ou d'une entreprise publique, la solidarité aurait prévalu, hors dans cette dernière affaire, la seule préoccupation des arbitres ainsi que des sociétés transnationales est avant tout d'assurer leurs profits au détriment de la population. Suez réclame à ce titre 900 million d'euros au peuple argentin. Des dommages et intérêts ayant pour seule conséquence que d'aggraver la situation économique des États déjà fragilisés alors que Suez est loin d'être une entreprise en crise. C'est en ce sens que le droit international des investissements ne peut être défini que comme un droit de l'avidité.

De nos jours, compte tenu de l'état embryonnaire du droit international et du caractère polysémique[14] de la notion de gouvernance globale, les droits de l'homme devraient avoir pour fonction essentielle d'être les garde-fous[15] de la capture des Biens vitaux de l'humanité et des populations locales. L'opposabilité des droits fondamentaux aux acteurs économiques, en particulier aux unités transnationales, devient donc un enjeu majeur. Hors, dans le contexte actuel du droit des investissements où l'arbitre ne joue pas le rôle d'un juge international neutre mais plutôt celui du gardien des transactions internationales des sociétés transnationales, qui gardera et défendra l'intérêt général de l'humanité amputée

de sa voix, dans son organisation de base, c'est à dire la communauté ou la collectivité dans son droit à l'eau comprenant sa gestion, son affectation, sa protection et sa conservation.

Notes

[1] Je n'entrerai pas dans le débat de ce qu'implique la notion de bien commun, elle sera utilisée dans le cadre de cette étude dans sa fonction de finalité et englobant la notion d'intérêt général.

[2] Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine (CIRDI, affaire ARB/97/3) ; Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. République argentine (ARB/03/17) ; Aguas Cordobesas, S.A., Suez et Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. République argentine (ARB/03/18) ; Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République de l'Argentine (ARB/03/19) ; Azurix Corp. c. République argentine (CIRDI, ARB//01/12) ; Aguas del Tunari S.A. c. République de Bolivie (CIRDI, ARB/02/3) ; SAUR International c. République argentine (CIRDI, ARB/04/4) ; Anglia Water Group c. République argentine (CNUDCI, requête en arbitrage soumise en 2003) ; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. République Unie de Tanzanie (CIRDI, ARB/05/22) ; Impregilo S.p.A c. République argentine (CIRDI, ARB/07/17) ; Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République argentine (CIRDI, ARB/07/26).

[3] 12 différends connus car rien n'oblige à rendre public les décisions d'arbitrage.

[4] [5] Peter Utting; *UN-Business Partnerships: Whose Agenda Counts?* 8 December 2000, "Paper presented on Partnerships for Development or Privatization of the Multilateral System?", organised by the North-South Coalition, Oslo, Norway. UN Research Institute for Social Development.

[6] « *Indeed, the relationship between the Republic and DAWASA (a state owned entity exercising key functions) was such that the intervention by the Republic was more likely than that of a private shareholder. The type of intervention that may have been excepted, however, has to be distinguished from other situations in which the acts of the Republic might properly characterised as the use of its prerogative of puissance publique to perform acts which exceed the normal course of conduct of a State shareholder of a state-owned company. These are important criteria against which each of the acts that are now complained of must be measured.* » Notre traduction. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd., Claimant v. United Republic of Tanzania Responded, ICSID Case No. arb/05/22, para 460

[7] Ibid. au para 514-515 souligné par l'auteure.

[8] Naoual Bennaçar, p. 227

[9] Danielle Allen ; « *The Business Will Never Hold Water* »: *International Investment Arbitration On Public-Private Water Service Provision - A Comment on Biwater Gauff (Tanzania Limited v. United Republic of Tanzania* accessible sur <http://ssrn.com/abstract=1540256>

[10] ICSI Case No.ARB/03/19 du 30 juillet 2010.

[11] Ibid. para. 258

[12] Cf. para 235, op. cité.

[13] Suez réclame 900 millions d'Euros selon le Monde du 04 août 2010. Cette demande à un État en crise prouve à quel point la responsabilité sociale des entreprises n'est qu'un outil de marketing, en effet Suez est membre du *Global Compact des Nations Unies*, elle est en plus soumise aux *principes directeurs de l'OCDE relatifs aux entreprises multinationales*. Sur son site Suez se présente comme entreprise respectueuse du « droit à l'eau et à l'assainissement »

<http://www.waterblog.suez-environnement.com/fr/2010/06/24/droit-a-l-eau-et-a-l-assainissement-la-contribution-de-suez-environnement/>,

<http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>,

http://www.waterlex.org/attachments/File/Documentation/OCDE_Principes_directeurs.pdf

[14] Oliveira BARATA, *La gouvernance : d'une notion polysémique à un concept politologue* : <http://www.erudit.org/revue/ei/2005/v36/n1/010730ar.pdf>

[15] Jean Luc NANCY, entretien au *Monde*, 29 mars 1994.

Naoual Bennaçar : Stagiaire postdoctoral, Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement. Faculté de droit, Université Laval, Québec, Canada.

La source originale de cet article est Mondialisation.ca
Copyright © [Naoual Bennaçar](#), Mondialisation.ca, 2010

Articles Par : [Naoual Bennaçar](#)

Avis de non-responsabilité : Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que le ou les auteurs. Le Centre de recherche sur la mondialisation se dégage de toute responsabilité concernant le contenu de cet article et ne sera pas tenu responsable pour des erreurs ou informations incorrectes ou inexactes.

Le Centre de recherche sur la mondialisation (CRM) accorde la permission de reproduire la version intégrale ou des extraits d'articles du site [Mondialisation.ca](#) sur des sites de médias alternatifs. La source de l'article, l'adresse url ainsi qu'un hyperlien vers l'article original du CRM doivent être indiqués. Une note de droit d'auteur (copyright) doit également être indiquée.

Pour publier des articles de [Mondialisation.ca](#) en format papier ou autre, y compris les sites Internet commerciaux, contactez: media@globalresearch.ca

[Mondialisation.ca](#) contient du matériel protégé par le droit d'auteur, dont le détenteur n'a pas toujours autorisé l'utilisation. Nous mettons ce matériel à la disposition de nos lecteurs en vertu du principe "d'utilisation équitable", dans le but d'améliorer la compréhension des enjeux politiques, économiques et sociaux. Tout le matériel mis en ligne sur ce site est à but non lucratif. Il est mis à la disposition de tous ceux qui s'y intéressent dans le but de faire de la recherche ainsi qu'à des fins éducatives. Si vous désirez utiliser du matériel protégé par le droit d'auteur pour des raisons autres que "l'utilisation équitable", vous devez demander la permission au détenteur du droit d'auteur.

Contact média: media@globalresearch.ca