

L'arbitrage d'investissement à la croisée des chemins

Jamais la politique commerciale européenne n'a été autant débattue. A l'occasion des négociations menées par l'UE avec les États-Unis (TTIP ou TAFTA) et avec le Canada (CETA), les citoyens ont découvert l'existence de l'arbitrage d'investissement qui permet aux investisseurs de faire condamner les États devant des tribunaux privés quand ces derniers adoptent des règles qui nuisent à leurs intérêts. Encore largement méconnu du grand public avant les négociations commerciales transatlantiques, le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE ou ISDS en anglais) a été au cœur de la récente vague de mobilisation. L'apparition de ce mécanisme ne date cependant pas d'hier. Il s'agissait au départ d'une solution ad hoc¹ conçue pour protéger les investisseurs des pays développés pour leurs activités dans les pays en développement, contre les risques d'expropriations et de décisions arbitraires de la part de gouvernements peu respectueux de l'état de droit ou d'une justice défailante.

Un mécanisme en plein boom

Mais ce mécanisme n'est aujourd'hui plus du tout réservé à des accords conclus avec des pays qui n'offrent pas toutes les garanties de l'État de droit. Il a été intégré dans plus de 3300 accords internationaux et leur nombre ne cesse de croître². A la demande des lobbies du secteur privé, de nombreux gouvernements cherchent à inclure ce type de dispositions dans un maximum d'accord de commerce et/ou d'investissement. La mise en place d'un RDIE applicable à l'industrie financière dans le TTIP entre l'UE et les US était par exemple une demande fortement portée par le directeur exécutif de Goldman Sachs³.

Pour l'UE, ce volet correspond à une compétence nouvelle acquise en 2009. Elle a dès lors cherché à promouvoir des accords doubles de commerce et d'investissement. L'Union européenne prévoyait ainsi d'instaurer un RDIE avec le Canada, les États Unis ou le Japon dans les accords commerciaux en préparation. Autant de pays sièges de multinationales rompues à l'exercice des poursuites contre les États. Et elle promeut désormais la création d'une cour multilatérale d'investissement. Une initiative qui pourrait certes servir à moderniser les vieux accords d'investissement mais conduirait aussi à consolider ces droits spéciaux des investisseurs et à faciliter leur expansion.

Selon certaines estimations, la couverture des flux d'investissements directs à l'étranger par des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États pourrait passer de 15-20 % actuellement à 80 % si tous les accords envisagés par l'Union européenne et les États-Unis étaient conclus⁴.

1 « Shadow Courts. The Tribunals that Rule Global Trade », Haley Sweetland Edwards, Columbia Global Reports, 2016, 142 p. - voir la note de lecture de Christian Chavagneux dans [Alternatives Economiques](#)

2 Rapport sur l'investissement dans le monde 2018, [CNUCED](#)

3 « Why Goldman Sachs Likes Obama's Trade Agenda. Corporate life is so much easier without government regulations », Zach Carter, [Huffington Post](#), 05/26/2016

4 A report on the flawed proposals for investor state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA, Gus Van Harten, [Osgoode Hall Law School](#), Research Paper No. 16 Vol. 11/ Issue. 04/ (2015)

Le droit des entreprises avant les droits humains et l'environnement

Le mécanisme de RDIE constitue désormais le socle d'un régime international de protection du droit de l'investissement extrêmement fort et de portée contraignante, sans équivalent. Les États n'ont en effet jamais déployé les mêmes efforts pour développer et faire respecter les droits humains, les droits sociaux ou de l'environnement au niveau international. De ce point de vue, les investisseurs sont bien mieux protégés que les citoyens ou la planète, parfois à leur détriment. « *Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États met le droit des entreprises avant les droits de l'homme. Ses effets sont dévastateurs [...]* », souligne ainsi Alfred de Zayas, expert auprès des Nations Unies⁵.

La progression constante des flux d'investissements couverts par ces droits a engendré une forte croissance du nombre de recours contre les États avec au total plus de 904 cas recensés mi 2018⁶. Et la liste des pays les plus attaqués réserve quelques surprises avec plusieurs pays européens dans le top 10: Argentine (60), Espagne (45), Venezuela (45), République Tchèque (38), Égypte (32), Pologne (29), Mexique (28), Canada (27), Russie (24) et Inde (24).

Ces poursuites sont alimentées pas le développement d'une véritable industrie de l'arbitrage privé⁷ : des arbitres, des avocats, des conseillers juridiques, des fonds d'investissements accompagnent, voire encouragent les entreprises à lancer des procédures de contentieux, se rémunérant en pourcentage des compensations versées par les États, autrement dit sur l'argent des contribuables.

Au secours de l'arbitrage d'investissement

La découverte par le grand public de cette justice parallèle, à l'occasion des débats autour du TTIP et du CETA, a suscité une forte mobilisation citoyenne en Europe et en Amérique du Nord. Outre l'opacité et les conflits d'intérêts liés à son fonctionnement, c'est le principe même d'une voie de recours privilégiée pour les investisseurs étrangers qui est mise en cause. Près de 3,3 millions d'Européens ont par exemple signé une initiative citoyenne pour dénoncer le TTIP et le CETA et en particulier l'inclusion d'un RDIE. Prise de court par l'ampleur de la contestation, la Commission européenne a été forcée de geler ce volet des négociations avec les États-Unis pendant plusieurs mois, le temps d'organiser une consultation en 2014⁸. Très suivie, avec près de 150 000 réponses, elle a recueilli 97% de réponses défavorables au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.

Pour tenter de sauver le dispositif, la Commission s'est ensuite appuyée sur une proposition portée par la France pour le réformer. Mais le réaménagement promu ne répond que très superficiellement aux critiques exprimées par de nombreux acteurs de la société (ONG, syndicats, consommateurs, PME, magistrats, etc.). S'il apporte des modifications bienvenues sur la forme, avec de nouvelles garanties en matière de transparence et l'instauration d'un mécanisme d'appel, il ne corrige pas les défaillances liées aux fondements même de ce dispositif⁹.

5 « How can Philip Morris sue Uruguay over its tobacco laws? », Alfred de Zayas, Opinion, [The Guardian](#), 16/11/2015

6 <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> – consulté le 04/12/2018

7 « Plongez dans la guerre invisible que les multinationales livrent aux États », Adriana Homolova , Eva Schram , Frank Mulder, [Bastamag](#), 15 mars 2016

8 Rapport sur la consultation en ligne relative à la protection des investissements et au règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, [Fiche d'information](#) de la Commission européenne, 13 janvier 2015

9 « Mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) La proposition de la Commission Européenne pour le TAFTA/TTIP ne comble pas les failles du dispositif », [document de position](#) de 32 organisations de la société civile française, février 2016

L' « investment court system » (ICS) ne met pas fin à cette forme de justice d'exception réservée aux seuls investisseurs étrangers (au détriment des investisseurs nationaux) ni au monopole des poursuites par les investisseurs face aux États. Il n'encadre pas mieux la définition d'un investissement et ne redéfinit pas non plus les règles de protection des investissements qui ont fortement érodé la capacité à réguler des États. Enfin ces droits ne sont toujours assortis d'aucun devoir en matière de responsabilité sociale, fiscale ou environnementale des entreprises¹⁰.

Ainsi selon Nigel Blackaby, avocat d'arbitrage du cabinet Freshfields¹¹: « *Cela ne change rien car les critères selon lesquels sont rendus les jugements restent identiques* ». C'est pourtant ce RDIE 2.0¹² qui a dans la foulée été intégré dans les accords en cours de finalisation avec le Canada, Singapour et le Vietnam.

Un projet d'extension à l'échelle internationale

La Commission européenne ambitionne désormais d'instaurer un ISDS avec l'ensemble de ses partenaires commerciaux. Selon elle, il serait devenu indispensable de l'inclure dans tous les accords, y compris son utilité n'est pas démontrée afin d'être en capacité de le promouvoir dans les autres accords, en particulier avec la Chine ou d'autres pays émergents ou en développement. Ce raisonnement a pourtant été battu en brèche par plusieurs pays qui parviennent à négocier des accords avec ou sans ISDS, selon les partenaires commerciaux impliqués. L'Australie a ainsi signé un accord sans ISDS avec les États-Unis en 2004 et un accord contenant un ISDS avec la Chine, en 2014.

Pour ce faire, la Commission européenne vise désormais la création d'une cour multilatérale d'investissement permanente¹³. Selon elle, cette nouvelle juridiction internationale spécialisée permettrait d'assurer la cohérence, l'unité et l'efficacité de l'arbitrage d'investissement. A cette fin, elle a reçu un mandat de négociation de la part des États membres, en mars 2018. En réalité, avec ce projet, la Commission ambitionne de développer un cadre de protection pour tous les investissements internationaux et ravive ainsi une idée ancienne. Dans les années 90, l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI), négocié en toute discrétion par les pays de l'OCDE avait été mis en échec après avoir été rendu public par la société civile. Le retrait du soutien de la France en 1998 en particulier, avait précipité son abandon.

Cette fois-ci le projet n'est pas secret. Mais son contenu n'en est pas moins problématique. La Commission veut aller vite et se refuse à ouvrir tout débat sur le contenu et la portée des règles de protection offertes aux investisseurs. Ainsi la consultation qu'elle a lancée début 2017 sur le projet ne prenait pas en compte les résultats de la consultation précédente et ne portait que sur un champ très restreint d'options procédurales.

L'objectif de la Commission - généraliser le mécanisme de RDIE à travers le monde et en élargir la portée à tous les flux d'investissement - mériterait pourtant qu'on s'y arrête. Telle qu'elle est formulée, la proposition de la Commission disqualifie toutes les autres pistes de réformes plus ambitieuses voire d'abandon de l'arbitrage d'investissement développées par des pays tiers, notamment l'Inde, l'Afrique du Sud ou la Nouvelle Zélande.

10 A cet égard, il convient aussi de relever le déficit patent de soutien des institutions et des États européens au processus parallèle des Nations Unies visant à la création d'un traité contraignant sur les entreprises et les droits humains.

11 Schiedsrechtsexperte: "TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern", Eric Frey, DerStandard.at, 2/11/2015

12 « TTIP : l'arbitrage pose toujours problème », Mathilde Dupré, [Alternatives Économiques](http://Alternatives.Economiques), 02/12/2015

13 Une future juridiction multilatérale en matière d'investissements, [Fiche d'information](http://Fiche.d'information) de la Commission européenne, 13/12/2016

Le rôle très ambigu de la France

La France n'est pas étrangère au projet de cour multilatérale. Le précédent gouvernement revendique son rôle décisif dans la réforme de ces tribunaux d'exception et son inclusion dans le CETA. Pourtant si la version 2.0 de l'arbitrage d'investissement contient des améliorations procédurales, le choix d'étendre les droits des investisseurs et de mettre sur pied une cour multilatérale est loin d'être une évidence. Face à la contestation, la France aurait pu retenir une toute autre approche. Par exemple, remplacer les mécanismes de règlement des différends existants tout en refusant la mise en place de nouveaux (ancienne ou nouvelle formule), en particulier dans les accords négociés avec des pays dotés de systèmes judiciaires efficaces.

Paradoxalement, en soutenant l'idée de la cour multilatérale telle que formulée par la Commission, le gouvernement socialiste sortant s'est en quelque sorte rallié au projet qui avait été mis en échec par le gouvernement Jospin. Un tel revirement n'est pas sans rappeler le ralliement des socialistes français au projet de libéralisation des flux financiers, au nom de la régulation de la mondialisation et le rôle joué par leurs représentants au niveau européen, de l'OCDE et du FMI dans les années 1980¹⁴. Une libéralisation qui a fortement exacerbé la course vers le moins disant social, environnemental et fiscal pour attirer des flux d'investissements étrangers, mettant à mal les systèmes de protection sociale.

En parallèle, la France a continué de négocier des traités d'investissement de façon bilatérale. Elle a ainsi ratifié en juin 2016 un accord d'investissement ancienne formule avec la Colombie et dispose d'une autorisation de la Commission européenne pour négocier avec d'autres États (les Comores et les territoires palestiniens, notamment). D'autre part, avec d'autres États membres, elle a promu la mise en place d'un mécanisme d'arbitrage d'investissement interne au sein de l'UE¹⁵ pour « remplacer » les anciens traités d'investissement avec les pays de l'Europe de l'Est et accordant les mêmes privilèges à l'ensemble des investisseurs européens.

Des appels à l'abandon qui se multiplient

- **Pistes alternatives**

Une piste n'a jamais été explorée par l'Union européenne, celle d'un abandon progressif de cette justice d'exception qui offre des garanties excessives aux investisseurs internationaux et permet de contester des règles élaborées démocratiquement par les États.

Pourtant quelques pays font le choix de dénoncer les accords qui contiennent ce type de dispositif. L'Équateur a ainsi mis fin en mai 2017 à ses accords bilatéraux d'investissement dont celui qui le liait à la France, à l'issue d'un long processus d'évaluation¹⁶. Le Brésil, lui n'en a même jamais ratifié. La Nouvelle Zélande s'est lancée dans une approche pragmatique à travers laquelle elle choisit de cibler beaucoup plus précisément les investisseurs qui peuvent bénéficier de tels droits¹⁷. Enfin, même les États-Unis et le Canada qui avaient été les premiers pays développés à instaurer un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États entre eux, dans le cadre de l'ALENA en 1994, ont

14 « Le consensus de Paris : la France et les règles de la finance mondiale », Rawi Abdelal, [Critique internationale](#), n°28 - juillet-septembre 2005

15 Intra EU investment treaties, [Non-paper](#) from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands

16 Why did Ecuador terminate all its Bilateral investment treaties?, Cecilia Olivet, [TNI](#), 25/05/2017

17 New Zealand: Agreements with Five Countries Exclude Compulsory Investor-State Dispute Settlement Processes, Kelly Buchanan, [Global Legal Monitor](#), 26 March 2018

décidé d'y mettre fin¹⁸. Une décision expliquée par la Ministre canadienne des Affaires étrangères : *"Cela a coûté aux contribuables canadiens plus de 300 millions de \$ de sanctions et de frais juridiques. L'ISDS élève le droit des entreprises au-dessus de la souveraineté des gouvernements. En l'enlevant, nous renforçons le droit de nos gouvernements de réguler dans l'intérêt général, de protéger la santé publique et l'environnement"*¹⁹.

- **Une utilité peu démontrée**

En réalité, l'utilité même de l'arbitrage d'investissement est loin d'être démontrée. Les travaux académiques en sciences économiques n'ont pu établir un lien certain entre l'existence d'un tel mécanisme et le niveau des flux des investissements.

Comme l'écrit Sébastien Jean, du CEPII²⁰ : *« Le coût [des clauses de protection de l'investissement] pour la légitimité de la politique commerciale européenne est sans rapport avec leur justification économique et de principe, d'ailleurs discutable »*.

De leur côté, les magistrats européens eux aussi ont critiqué les propositions de l'Union européenne²¹ : *« L'AEM [association européenne des magistrats] ne voit pas la nécessité d'un tel système juridictionnel »*.

- **Des fondements juridiques en question**

Enfin, la compatibilité même de ce dispositif, y compris dans sa version réformée, avec le droit de l'UE est fortement discutée²². La décision rendue par la CJUE le 6 mars 2018 considérant la clause d'arbitrage entre investisseurs et États incluse dans le traité bilatéral d'investissement entre les Pays Bas et la Slovaquie incompatible avec le droit communautaire a déjà fortement fragilisé cette institution. Vingt deux États membres de l'UE ont annoncé le 15 janvier leur souhait de mettre fin aux ISDS entre les pays membres de l'UE sur la base des traités bilatéraux d'investissement ainsi que du Traité sur la Charte de l'Énergie²³.

Saisie par la Belgique en septembre 2017 sur la validité du mécanisme de règlement des différends inclus dans le CETA, on ne peut exclure qu'elle invalide à nouveau le dispositif, considérant à nouveau qu'il court-circuite son pouvoir d'interprétation et porte ainsi atteinte au principe de primauté du droit de l'Union. Sa décision ne devrait pas être rendue avant le printemps 2019.

18 One Key Way NAFTA 2.0 Reinvigorates Canadian Sovereignty, Gus Van Harten, TheTye.ca, 17 octobre 2018

19 Vidéo, Trudeau, Freeland speak about new NAFTA deal, now known as USMCA, Global News, 1st octobre 2018

20 La politique commerciale européenne au risque de la « paralysie », Sébastien Jean, directeur au Centre d'études prospectives et d'informations internationales, Le Monde, 08/11/2016

21 [Statement](#) from the European Association of Judges on the proposal from the European commission on a new investment court system, 09/11/2015

22 Sans compter des plaintes constitutionnelles déposées en Allemagne et en France à l'égard du CETA. La première étant toujours en cours d'examen.

23 « EU member state announce scheme to terminate all intra-EU BIT and warn investor community to not initiate new claims – but views differ with the respect to whether Achmea decision applies to Energy Charter Treaty », Investment Arbitration Reporter, 17 janvier 2019, Damien Charlotin et Luke Eric Peterson. Deux autres déclarations (l'une par la Finlande, le Luxembourg, Malte, la Slovaquie et la Suède et l'autre par la Hongrie) se distinguent par une approche différente concernant les effets de la décision de la CJUE sur le Traité sur la Charte de l'Énergie.

En tout état de cause, l'UE ne pourra se passer de la consultation des États membres pour ratifier tous les traités internationaux qui comportent des clauses de RDIE et a fortiori la création d'une cour multilatérale. Dans une décision²⁴ portant sur l'accord entre l'UE et Singapour, la CJUE a en effet jugé que le RDIE affectait les attributions des tribunaux nationaux, et qu'il relevait dès lors d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres.

L'occasion, pour la France et ses partenaires européens, d'une remise à plat complète du RDIE ? Une telle réforme apparaît à l'évidence nécessaire pour pouvoir mener l'indispensable transition écologique et sociale de nos sociétés, sans avoir les pieds et mains liés par un droit qui fait prévaloir l'intérêt particulier d'investisseurs étrangers sur l'intérêt général.

Sur le même sujet, voir aussi :

→ Qu'est ce que le mécanisme de règlement des différends investisseurs – États ?

→ Les implications d'une ratification nationale du CETA sur le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE ou ISDS en anglais)

L'institut Veblen pour les réformes économiques est une association qui œuvre pour une société soutenable dans laquelle le respect des limites physiques de la planète va de pair avec une organisation sociale plus solidaire et une économie plus démocratique qu'aujourd'hui.

www.veblen-institute.org

Contact : dupre@veblen-institute.org

²⁴ « L'accord de libre-échange avec Singapour ne peut pas, dans sa forme actuelle, être conclu par l'Union européenne seule », Avis 2/15, [Communiqué de presse](#), n°52/14 de la Cour de justice de l'Union européenne, 16/05/2017