

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

Quelques éléments de définition

Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE ou Investor-State Dispute Settlement, ISDS) est un dispositif prévu pour régler les litiges relatifs à la mise en œuvre des accords de protection des investissements ou des chapitres « protection des investissements » des accords de commerce et d'investissement.

Il constitue une voie de recours privilégiée devant un tribunal d'arbitrage privé pour un investisseur étranger issu d'un État contractant contre un État qui ne respecte pas les dispositions du traité en question.

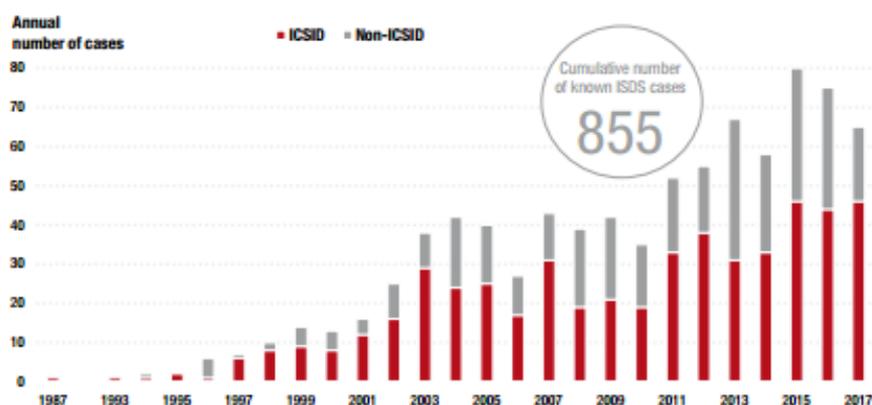
L'apparition de ce mécanisme ne date pas d'hier. Il s'agissait au départ d'une solution ad hoc¹ conçue pour protéger les investisseurs des pays développés pour leurs activités dans les pays en développement, contre les risques d'expropriations et de décisions arbitraires de la part de gouvernements peu respectueux de l'état de droit ou d'une justice défailante.

Ce mécanisme a ensuite été introduit dans plus de 3300 accords internationaux dont plus de 1400 conclus par des États membres de l'Union européenne, y compris parfois entre eux (196). Et leur nombre ne cesse de croître ; 37 nouveaux accords de ce type ont été recensés en 2016 et 18 en 2017².

Pendant des années, ce dispositif a été très peu utilisé et seulement trois cas de poursuites avaient été recensés en 1995. Mais le recours à cet instrument est en forte progression depuis le début des années 2000 et les abus qu'il génère cristallisent les inquiétudes.

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 2018³.

Figure 1. Trends in known treaty-based ISDS cases, 1987–2017

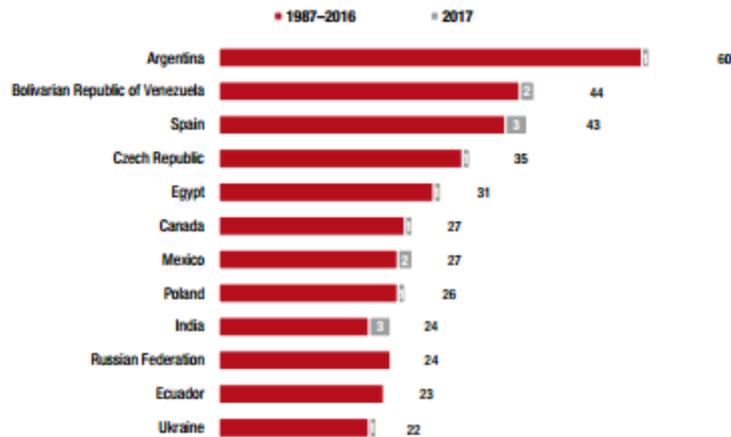


Source: UNCTAD, ISDS Navigator.

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

Et la liste des pays les plus attaqués réserve quelques surprises avec plusieurs pays européens dans le top 10.

Figure 2. Most frequent respondent States, 1987–2017 (Number of known cases)



Source: UNCTAD, ISDS Navigator.

Un dispositif controversé

- **Une justice d'exception aux mains d'arbitres privés**

Pour chaque plainte, trois arbitres sont désignés (un par chaque partie et le troisième conjointement). Ils sont rémunérés par les parties au différend (l'investisseur et l'État visé). Mais le fait même que le dépôt de plainte soit ouvert uniquement aux investisseurs constitue un biais systémique en leur faveur. Le niveau d'activité et donc de rémunération des arbitres dépend en effet directement du nombre de plaintes et de la complexité des cas qui leur sont soumis. Par ailleurs, la prévention des conflits d'intérêts est un enjeu majeur dans la mesure où les fonctions d'avocat, de conseil et d'arbitre ne sont pas séparées. Le marché de l'arbitrage est enfin fortement concentré entre les mains d'acteurs spécialisés⁴. En novembre 2012, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute observaient que seulement 15 arbitres, presque tous européens ou nord américains avaient été à la manœuvre dans 55% des plaintes recensées⁵.

- **Une lente dérive du dispositif**

Cette innovation juridique, s'est diffusée bien au-delà du cadre initialement prévu. Elle est devenue une véritable justice d'exception qui garantit des droits exorbitants aux investisseurs étrangers, au détriment des États comme en témoigne l'arbitre espagnol Juan Fernández-Armesto⁶ : « *Quand je me réveille la nuit et que je pense à l'arbitrage, cela ne cesse de me stupéfier que des États souverains aient accepté de mettre en place ces tribunaux d'arbitrage [...]. Trois individus privés se voient conférer le pouvoir de réviser, sans la moindre restriction ou procédure d'appel, toutes les actions d'un gouvernement, toutes les décisions des tribunaux, toutes les lois et les réglementations émanant du parlement [...]. Les politiciens n'ont jamais procuré une telle compétence à un tribunal national, et aucun État n'a jamais procuré à un tribunal international un tel pouvoir* ».

4 L'arbitrage relatif aux investissements. Nouvelles dynamiques internationales, Journée d'études conventions, mars 2011, compte rendu

5 « Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », CEO et TNI, Novembre 2012

6 « L'ISDS mort-vivant Rebaptisée « ICS », la « Charte des pleins pouvoirs » des entreprises refuse de mourir », [Rapport](#) de CEO, TNI, AITEC, ATTAC, Campact, Client Earth, Ecologistas en Accion, German NGO Forum on environment and development, IGO, Power Shift, S2B, Trade craft, Umanotera, Vedegylet, Vrÿschift.org, War on want, 11.11.11 mars 2016

Les États portent de toute évidence la responsabilité de la création et de la diffusion de de l'arbitrage d'investissement. Mais le développement de cet outil semble avoir échappé à certains de ses promoteurs comme le confirme un autre arbitre, Christoph Schreuer⁷ : « *J'ai entendu plusieurs représentants qui avaient été actifs dans la négociation d'un traité [...] dire « Nous n'avions aucune idée des conséquences que cela aurait dans le monde réel ».* »

- **Des garanties substantielles très larges accordées aux investisseurs**

Le caractère très flou des règles de protection des investissements définies dans les accords de commerce et d'investissement a en effet permis le développement d'une jurisprudence abondante qui ne se limite pas aux simples cas d'expropriation directe ou de discriminations patentes des investisseurs étrangers. Les multinationales ont désormais régulièrement recours à l'arbitrage d'investissement pour poursuivre les États quand ces derniers adoptent des règles (quel que soit leur bien fondé) qui nuisent à leurs intérêts présents ou futurs. Pour Simon Lester, du think tank de la droite américaine Cato Institute⁸, « *on a donné aux investisseurs étrangers la possibilité de contester rien de moins que n'importe quelle ligne de conduite gouvernementale qui ne leur plairait pas* ». Ainsi des poursuites peuvent être lancées à l'encontre de législations sanitaires, sociales, fiscales ou environnementales. Parmi les cas les plus emblématiques, on recense des poursuites d'investisseurs italiens et luxembourgeois contre des politiques anti-apartheid en Afrique du Sud, celles de Philip Morris en réponse à des mesures de prévention du tabagisme en Australie et en Uruguay, celle de Veolia à l'encontre de la hausse du salaire minimum en Égypte ou celle de l'énergéticien suédois Vattenfall après la décision de sortie du nucléaire de l'Allemagne.

Les entreprises ne gagnent certes pas toujours. Philip Morris et Véolia n'ont ainsi par exemple obtenu de condamnation des États concernés par les mesures mises en cause. Mais selon les Nations Unies⁹, fin 2017, les investisseurs avaient obtenu gain de cause dans environ 60 % des affaires connues examinées au fond. Et puisque les investisseurs ont le monopole des poursuites, les États ne gagnent jamais : au mieux ils ne perdent pas ! Et ils sont contraints de mobiliser des ressources financières et humaines importantes pour se défendre.

Certains investisseurs sont même parfois à l'origine de procédures abusives avec des restructurations, des sessions de part antidatées, des procédures multiples en présence d'intérêts liés ou un recours à des sociétés fictives dans le but de faire du « treaty shopping ».

- **Un mécanisme coûteux pour le contribuable**

Fin 2014, l'association Les Amis de la Terre estimait que les contribuables européens avaient déjà été mis à contribution pour plus de 3,5 milliards d'euros de compensations versés à des entreprises (sans compter les coûts de procédures), pour les 14 plaintes dont les résultats avaient été rendus publics¹⁰. Et ce n'était qu'un début car aucun plafond n'existe pour ces sanctions qui prennent en compte les profits futurs escomptés. Dans une plainte encore à l'étude, une compagnie suédoise ne réclame pas moins de 4,7 milliards d'euros à l'Allemagne, suite à sa décision de sortie du nucléaire.

Des fonds d'investissements spécialisés qualifient d'ailleurs de « nouvelle catégorie d'actifs » les sommes réclamées par les entreprises via l'arbitrage et les acceptent en collatéral pour leur octroyer des financements¹¹.

- **Un outil puissant de lobbying**

Le simple fait d'être exposé à ce type de recours alimente une forme de frilosité réglementaire qui peut décourager les pouvoirs publics locaux, nationaux ou européens d'adopter de nouvelles réglementations de protection des consommateurs, des travailleurs ou de l'environnement. Un risque de poursuite savamment

7 Ibid

8 « Debating ISDS », Simon Lester, Cato Institute, [Kluwer Arbitration Blog](#), 20/06/2015

9 Cnuced, op. cit.

10 Friends of the Earth Europe, *Les coûts cachés des accords commerciaux de l'UE*, 4 décembre 2014

11 Claire Provost et Matt Kennard, *The obscure legal system that lets corporations sue countries*, The Guardian, 10 juin 2015

instrumentalisé : « Il s'agit d'un outil de lobbying dans le sens où il est possible d'aller dire : « Ok, si vous faites cela, j'intenterai un procès contre vous pour obtenir un dédommagement. » Dans certains cas cela change vraiment les comportements », reconnaît Peter Kirby du cabinet d'avocats Fasken-Martineau¹².

Ainsi, si Philip Morris n'a pas obtenu gain de cause contre l'Australie et l'Uruguay, plusieurs autres gouvernements avaient reporté, voire tout simplement renoncé à l'adoption de règles similaires¹³. En France, les Amis de la Terre ont aussi récemment révélé comment l'entreprise canadienne Vermillon était intervenue auprès du Conseil d'État brandissant une menace de recours en arbitrage pour amoindrir la portée de la loi Hulot sur la fin de l'exploration et de l'exploitation des hydrocarbures sur le territoire national, avec succès¹⁴. Le représentant américain au commerce extérieur a lui aussi reconnu devant le Congrès que même les États Unis avaient renoncé à mettre en place certaines règles consensuelles d'intérêt général par crainte de poursuites d'investisseurs¹⁵ : « Nous nous sommes retrouvés dans des situations dans lesquelles des législations qui devraient être en place et qui étaient soutenues par les deux grands partis, n'ont pas pu voir le jour à cause de la crainte de poursuites d'investisseurs. »

- **Un mécanisme inaccessible pour les entreprises domestiques**

Du fait de son développement lié à la sécurisation des investissements directs étrangers, le système d'arbitrage n'est pas accessible aux entreprises domestiques. Ce privilège réservé aux investisseurs étrangers constitue ainsi une rupture de l'égalité des justiciables devant le droit. Face aux effets d'une décision de politique publique, quand les entreprises domestiques n'ont d'autre choix que d'aller devant les tribunaux nationaux, les investisseurs étrangers peuvent décider de la contester devant la juridiction nationale ou un tribunal d'arbitrage.

Le coût prohibitif des procédures est par ailleurs discriminant pour la plupart des PME. Selon l'OCDE, il faut compter en moyenne 8 millions de dollars pour une plainte¹⁶. Au-delà de l'accès, la répartition des sommes versées aux investisseurs au terme des procédures est elle aussi très inégale. Selon une étude, 64% des indemnités auraient été reçues par des entreprises de plus de 10 milliards de dollars de chiffre d'affaires, 29% par des entreprises qui pèsent entre 1 et 10 milliards et seulement 7% par des entreprises de taille inférieure¹⁷.

Sur le même sujet, voir aussi :

→ **L'arbitrage d'investissement à la croisée des chemins**

→ **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

12 Voir note 5

13 Extrait d'un documentaire d'Envoyé spécial, « Quand Philip Morris empêche le Togo de lutter contre le tabagisme », [site de france télévision](#), publié le 17/11/2017 et mis à jour le 05/12/2017

14 Décryptage - comment les lobbies ont détricoté la loi Hulot via le Conseil d'État, [Les Amis de la Terre](#), 29 Août 2018

15 [Audition](#) de Robert Lightizer devant le Congrès

16 OCDE, *Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012*, 2012, p18

17 <https://gusvanharten.wordpress.com/category/costs-to-the-public/>