
Protection des investissements dans le TTIP / TAFTA : la nouvelle proposition de la Commission européenne reste dangereuse pour nos démocraties.

Analyse de la proposition de réforme de la Commission européenne en date du 16 septembre 2015 – Des réformes frileuses pour justifier une vaste extension de la protection des investissements à l'échelle mondiale.



Protection des investissements dans le TTIP/TAFTA : la nouvelle proposition de la Commission européenne reste dangereuse pour nos démocraties.

Analyse de la proposition de réforme de la Commission européenne en date du 16 septembre 2015 – Des réformes frileuses pour justifier une vaste extension de la protection des investissements à l'échelle mondiale.

En proposant une nouvelle « juridiction des investissements », la Commission européenne tente en vain de calmer les nombreuses critiques publiques à l'encontre de la protection des investissements présente¹ dans le traité de libre-échange transatlantique TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership)¹. Ce faisant, elle maintient les droits d'action spéciaux particulièrement controversés qui sont réservés aux investisseurs étrangers (c'est-à-dire le « règlement des différends entre investisseurs et État » ou RDIE).

Grâce à ces droits, des investisseurs peuvent réclamer devant des organes juridictionnels internationaux des dommages et intérêts colossaux en réponse à des mesures prises par l'État, par exemple pour protéger la santé, l'environnement et les consommateurs ou pour mettre un terme à des crises financières et économiques. Avec l'introduction de tels droits dans le TTIP, la portée globale du RDIE serait considérablement élargie et le risque d'être attaqué augmenterait à nouveau sensiblement pour les États – au détriment de l'intérêt général des deux côtés de l'Atlantique².

Après de longs débats à l'échelle européenne sur les réformes envisageables³, le Parlement européen avait lui aussi fini par réclamer un « nouveau système » répondant aux normes de la démocratie et de l'État de droit afin de régler les différends. Il avait également exigé que les investisseurs étrangers ne puissent pas « disposer de droits plus étendus que les investisseurs nationaux »⁴. Cependant, le projet qu'a présenté la commissaire européenne au Commerce Cecilia Malmström pour le chapitre Protection des investissements dans le TTIP montre que la Commission n'est toujours pas prête à donner son assentiment à une réforme aussi profonde de la protection des investissements.

À la lumière d'une analyse plus poussée, il ressort qu'en dépit de quelques améliorations, le projet s'en tient largement à des retouches cosmétiques du système actuel de RDIE. La Commission n'a pas réussi, non plus, à délimiter efficacement les droits matériels des investisseurs. Or, ces droits privilégiés laisseraient clairement les investisseurs étrangers face à l'intérêt général et aux entreprises concurrentes. La Commission aborde à peine le cœur de la critique (cf. ci-dessous la vue d'ensemble détaillée des différentes critiques).

1 Cf. le projet de la Commission relatif au chapitre Investissements du TTIP en date du 16.09.2015, consultable à l'adresse http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf, ainsi que le guide de lecture de la Commission européenne à ce sujet, en langue française, consultable à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_fr.htm.

2 Concernant les réserves à l'encontre du RDIE dans le TTIP, cf. parmi beaucoup d'autres Pia Eberhardt, Investitionsschutz am Scheideweg – TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Internationale Politikanalyse, mai 2014, avec des exemples relatifs à des cas problématiques dans la pratique, en p. 7 et 12, consultable en allemand à l'adresse <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10773-20140603.pdf>.

3 Cf. l'analyse des propositions avancées à ce jour par PowerShift, Sie bewegen sich – doch nicht, en date du 20.05.2015, consultable à l'adresse <http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2015/05/PowerShift-Analyse-ISDS-Reformdebatte-Sie-bewegen-sich-doch-nicht-Mai2015.pdf>.

4 Cf. la résolution du Parlement européen en date du 8 juillet 2015 avec des recommandations relatives aux négociations sur le TTIP, 2014/2228(INI), lettre S. 2. d) xv., et plus particulièrement la version en langue anglaise : « to replace the ISDS system with a new system for resolving disputes between investors and states », consultable à l'adresse <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+VO//EN>.

La version française est consultable à l'adresse <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+VO//FR>

Force est de constater, dans un premier temps, qu'il n'existe toujours aucune raison convaincante justifiant la protection des investissements dans le TTIP. Tant au sein de l'UE qu'aux États-Unis, les investisseurs étrangers jouissent d'une forte protection garantie par chaque législation nationale et par le droit européen, et dont le respect peut être imposé par la justice. Il n'est donc pas nécessaire de disposer d'une garantie spéciale ancrée dans une convention internationale⁵. L'actuel gouvernement fédéral en Allemagne l'a toujours souligné, lui aussi⁶.

Dans la mesure où elle prévoit une protection particulière de la propriété et des perspectives de profit des investisseurs étrangers, la proposition de la Commission leur confère des « droits plus étendus » qu'à d'autres. Allant bien au-delà d'une interdiction de discrimination, ces droits peuvent notamment protéger les investisseurs contre des changements de politique tout aussi légitimes que démocratiques⁷. Au lieu de cela, il serait pourtant très aisé de ramener la protection matérielle des investissements aux clauses de non-discrimination⁸ d'ores et déjà prévues⁹. Ce serait là le seul moyen d'assurer une protection efficace des marges de manœuvre d'États soucieux de régler dans l'intérêt général. À l'inverse, la démarche de la Commission visant à garantir aux États, par le biais d'un article spécifique dans le traité¹⁰, le « droit de réglementer » n'a pas fait ses preuves dans la pratique. Cette approche ne joue généralement aucun rôle dans les sentences des litiges entre investisseurs et États. Dans la version actuellement proposée, le droit de réglementer ne fournit qu'une vague ligne directrice pour l'interprétation des droits des investisseurs – tout en continuant d'offrir aux juges-arbitres une vaste marge de manœuvre pour se livrer à des interprétations favorables aux investisseurs¹¹.

Les investisseurs reçoivent ces privilèges sans se voir imposer quelque obligation que ce soit – par exemple pour la création d'emplois, le respect des droits de l'homme, des droits des salariés et des consommateurs tout comme le respect de normes sanitaires et environnementales.

Le « système juridictionnel des investissements » (SJI) proposé ne serait « juridictionnel » que dans son intitulé. Ce système vise uniquement à permettre aux investisseurs de faire appliquer leurs droits face aux États contractants. Les personnes concernées par certaines pratiques des multinationales – par exemple le dumping salarial, l'absence de protection du travail, la saisie de terres et la destruction de l'environnement – continuent d'être privées de la possibilité d'accéder, en cas de besoin, à une protection juridique internationale contre les investisseurs étrangers profitant de ces pratiques. Ce déséquilibre risque d'inciter les membres du SJI à se considérer, à l'instar des actuels juges-arbitres du RDIE, comme les « gardiens [institutionnels] des droits des investisseurs » – et à donner libre cours, par la même occasion, à une large interprétation de leurs privilèges. Comme toutes les institutions puissantes, les organes d'arbitrage internationaux ont tendance à étendre leurs compétences. Il est d'autant plus inquiétant, dans ce cas, que la préservation de l'indépendance des juges reste en-deçà des normes courantes de l'État de droit. Les juges-arbitres du SJI exerceraient leurs fonctions à titre d'activité annexe et seraient essentiellement rémunérés pour chaque cas traité¹² : ils seraient donc financièrement intéressés par un nombre élevé de litiges investisseur-État. Or, ce sont précisément ces incitations structurelles pour une jurisprudence favorable aux investisseurs qui constituent l'un des problèmes majeurs de l'actuelle juridiction arbitrale. La solution évidente serait des juges exerçant leur activité

5 Pour une réflexion approfondie sur les contre-arguments de la Commission, cf. l'analyse de PowerShift (note 3), p. 3 sqq.

6 Cf. à ce sujet le discours au Bundestag du ministre fédéral allemand de l'Économie Sigmar Gabriel en date du 25.09.2014 : http://www.spd.de/aktuelles/123966/20140925_gabriel_rede_ceta_bundestag.html.

7 Notamment en raison du droit, à la formulation encore très vaste, à un traitement juste et équitable (fair and equitable treatment – FET) dans la section 2, art. 3, paragr. 1-4, et en raison de la protection contre l'expropriation indirecte (indirect expropriation), section 2, art. 5, paragr. 1, alt. 2 et annexe I.

8 Tout particulièrement la Clause du traitement national (National Treatment) aux art. 2-3 de la proposition de la Commission concernant les dispositions générales pour le TTIP Chapter on Trade in Services, Investment and E-Commerce en date du 31.07.2015, consultable à l'adresse : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf, cf. également l'art. 3 intentionnellement restreint du modèle « Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaatenunter Berücksichtigung der USA » élaboré par le professeur de droit international Markus Krajewski pour le compte du ministère fédéral de l'Économie, p. 9 sq., consultable à l'adresse : <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

9 L'expert du ministère fédéral de l'Économie plaide également dans ce sens, cf. la remarque de Markus Krajewski (note 8), p. 10 sq. : « Pour ces raisons, il est recommandé – dans le cadre d'un traité avec les États-Unis ou d'autres États disposant d'un système juridique qui fonctionne et qui est comparable à l'État de droit allemand – de renoncer aux normes de protection du traitement juste et équitable tout comme aux normes de l'expropriation, et d'adopter uniquement les normes de non-discrimination. »

10 Section 2, art. 2, et plus particulièrement paragr. 1 et 2 (investment and regulatory measures/objectives).

11 Cf. ci-dessous les explications sur le 'droit de réglementer' ('right to regulate') qui ne bénéficie que d'une protection insuffisante.

12 Cf. section 3, art. 9, paragr. 12 et 14, art. 10, paragr. 12, stipulant que les juges-arbitres du SJI, à l'exception du président, ne perçoivent qu'une rémunération relativement modeste pour leur disponibilité de principe, mais continuent d'être essentiellement rétribués pour chaque cas traité et en fonction du temps passé.

à titre principal, avec une rémunération qui serait indépendante des cas traités et l'interdiction de principe d'exercer une activité accessoire – afin de mieux exclure les conflits d'intérêts. La Commission elle-même l'a reconnu¹³. Elle se contente pourtant sur ce point d'une simple option pour des modifications ultérieures¹⁴ qu'il ne sera guère possible de mettre en œuvre sur le plan politique.

Le SJI n'apporte donc pas, dans son ensemble, de réponse satisfaisante aux risques émanant du système du RDIE. Le projet de la Commission contient toutefois quelques améliorations – par rapport aux projets des traités envisagés avec le Canada (Accord économique et commercial global – AECG ou CETA) et Singapour, par exemple. Ainsi, les investisseurs n'auraient plus, en leur qualité de plaignants, aucune influence sur le choix des juges-arbitres. Ils seraient nommés en amont par les États contractants pour une durée déterminée et seraient sélectionnés au hasard pour chaque cas¹⁵. La sécurité juridique et le contrôle des juges-arbitres seraient renforcés par une nouvelle instance d'appel (cour d'appel) et par des possibilités de recours plus étendues¹⁶.

Notons par ailleurs que la Commission semble décidée à ratifier le CETA sans même ces modifications minimales. La protection des investissements dans le CETA et la protection des investissements dans le TTIP ne sauraient être traitées séparément l'une de l'autre. En raison des liens économiques étroits en Amérique du nord, les nombreux investisseurs américains ayant des filiales au Canada pourraient choisir, au cas par cas, le traité le plus avantageux. L'UE a donc besoin d'une stratégie harmonisée qu'il faudrait suivre dès le début dans les deux traités. Dans leur version actuelle, cependant, ni le CETA, ni le TTIP ne sauraient être soutenus.

13 Cf. le discours de la commissaire européenne au commerce Cecilia Malmström devant la commission du commerce international du Parlement européen en date du 18.03.2015, p. 3, consultable à l'adresse : europa.eu/rapid/press-release_SPE-ECH-15-4624_en.pdf : « Of course, this [proposal] does not go the whole way to creating a permanent investment court, with permanent judges who would have no temptation to think about future business opportunities ».

14 Section 3, art. 9, paragr. 15, art. 10, paragr. 14.

15 Section 3, art. 9, paragr. 2, 5 et 7, art. 10, paragr. 3, 5 et 9.

16 Section 3, art. 10 et 29.

CRITIQUES À L'ENCONTRE DU RDIE

LE « SJI » PROPOSÉ PAR LA COMMISSION
EUROPÉENNE AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?

I. CRITIQUE DE FOND

Le RDIE n'est pas nécessaire. La protection actuelle de la propriété et des investissements est forte, les systèmes juridiques en place fonctionnent en toute fiabilité. Cela vaut tout particulièrement pour des États industrialisés tels que ceux de l'UE, les États-Unis – et le Canada.

Non. Le RDIE demeure. Le SJI proposé n'est qu'une forme légèrement modifiée du RDIE. Le TTIP démultiplierait le risque pour l'UE et les États-Unis d'être attaqués – alors même que les recours au RDIE sont déjà en forte croissance.

II. PRIVILÈGES MATÉRIELS DES INVESTISSEURS

Les investisseurs étrangers ont des **droits exclusifs** avec, en plus de cela, une formulation qui est très floue et qui prête à de nombreuses interprétations – comme l'exigence d'un « traitement juste et équitable » (« fair and equitable treatment » ou FET) et l'interdiction de toute « expropriation indirecte ». Ces droits ont été utilisés dans de nombreuses sentences arbitrales pour accorder des dommages-intérêts aux investisseurs attaquant des mesures publiques non discriminatoires servant l'intérêt général.

Non. La définition du FET (traitement juste et équitable) comprend, tout comme le projet relatif au traité AECG, une liste explicitant que ce qui était implicite dans les traités précédents – à savoir que le FET est formulé de manière très générale, ce qui permet de s'attaquer à un large éventail de politiques non discriminatoires servant l'intérêt général. À titre d'exemple, le texte stipule explicitement que le tribunal arbitral peut déterminer si des attentes légitimes de l'investisseur ont été déçues lorsqu'il décide si une mesure viole le droit à un traitement juste et équitable. (Le texte précise bien que cette disposition ne doit pas être interprétée comme une obligation, pour les États, de n'opérer aucune modification dans leurs politiques – mais il ne précise pas que ces derniers seront exemptés des indemnités de dommages et intérêts en contrepartie de telles modifications. En l'état actuel des choses, la jurisprudence des tribunaux arbitraux du RDIE ne permet en rien d'espérer que l'interprétation très large de la clause FET sera abandonnée.)

Les définitions très vastes des termes « expropriation » et « investissement » créent une protection de la propriété et du patrimoine qui dépasse largement la protection prévue par le droit national et européen. Selon l'annexe relative à l'« expropriation » (qui est également incluse sous cette forme dans le traité standard des États-Unis), les mesures politiques servant l'intérêt général peuvent explicitement, « dans des cas exceptionnels » être considérées comme une expropriation indirecte, par exemple lorsque les juges-arbitres estiment qu'elles sont excessives.

CRITIQUES À L'ENCONTRE DU RDIE

Pour les **mesures non discriminatoires destinées à protéger l'intérêt public**, il n'existe **aucune protection efficace** à l'encontre des recours au RDIE.

LE « SJI » PROPOSÉ PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?

Pas vraiment. Pour pouvoir vraiment protéger les objectifs d'intérêt général, la condition serait de ramener la protection des investissements à une interdiction de discrimination, et de renoncer entièrement à toutes les normes floues qui dépassent ce cadre, comme le traitement juste et équitable ou encore l'expropriation indirecte. En guise de solution, la Commission européenne préconise une nouvelle disposition portant sur le « right to regulate », c'est-à-dire le droit qu'ont les États contractants de prendre des mesures réglementaires dans l'intérêt général. Bien loin de réellement affranchir ce type de mesures du droit relatif à la protection des investissements, la proposition de la Commission se contente de vagues instructions en matière d'interprétation. Rien n'empêche les arbitres de considérer telle ou telle mesure politique servant l'intérêt général comme une violation du traité. Il est bien spécifié que les vastes droits des investisseurs étrangers ne devront « pas porter atteinte » au droit de réglementer. Mais le représentant américain au commerce a déjà souligné que la sentence d'un organe d'arbitrage contre une mesure donnée ne saurait porter atteinte à ce droit de manière significative sur le plan juridique. La sentence arbitrale contraint « seulement » l'État sanctionné à dédommager l'investisseur pour la mesure qu'il a prise, sans le forcer à la retirer. Il est évident qu'une telle obligation d'indemnisation (même sous la simple forme d'une menace) peut intimider les gouvernements et autres instances étatiques, et les dissuader de poursuivre des mesures envisagées pour servir l'intérêt général. Cependant, il se pourrait que les juges-arbitres fassent l'impasse sur cet effet d'intimidation et qu'ils arguent que d'un point de vue technique, leur sentence n'exige aucune modification des mesures politiques concernées.

D'autre part, le droit de réglementer s'est vu imposer plusieurs restrictions, et il a été atténué : le gouvernement défendeur serait dans l'obligation de convaincre les juges-arbitres que la mesure attaquée était « nécessaire » pour réaliser un objectif concret servant l'intérêt général, et que cet objectif était « légitime ».

CRITIQUES À L'ENCONTRE DU RDIE

Par le biais d'une **clause-parapluie**, la protection des investissements s'étend aux simples contrats entre investisseurs étrangers et États – si bien que l'investisseur pourra saisir un tribunal arbitral (RDIE) plutôt qu'un tribunal étatique même pour de simples violations de contrat. Voilà qui est particulièrement sensible, par exemple dans le cas des **délégations de service public**. Ainsi, ces contrats se voient **conférer une dimension de droit international**.

Les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux sont **incompatibles avec les mesures de contrôle de la circulation des capitaux et les taxes sur les transactions financières**.

Le montant des indemnités n'est pas fixé selon les préjudices effectivement subis, mais va bien au-delà. Conséquence : des **dommages-intérêts exorbitants**.

LE « SJI » PROPOSÉ PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?

Non. La proposition de la Commission comprend une clause-parapluie de ce type pour les contrats écrits que l'État passe avec l'investisseur. Voilà qui dépasse même le projet très critiqué de l'AECG.

Pas à ce jour. Le texte stipule l'obligation du libre transfert des capitaux, comme c'est le cas dans d'autres traités de libre-échange. Cela s'oppose à l'introduction de contrôles de la circulation des capitaux tout comme à l'introduction de taxes sur les transactions financières. Il faudra encore compléter certaines dispositions pour remédier aux problèmes rencontrés en cas de difficultés de balance des paiements ou autres difficultés financières extérieures. Les règles en vigueur, par exemple dans l'Accord général sur le commerce et les services (GATS – General Agreement on Trade in Services) se sont toutefois avérées insuffisantes. Elles ne sont pas à même de protéger suffisamment les contrôles légitimes de circulation des capitaux.

Non. La proposition de la Commission continue de prévoir une indemnisation pour les manques à gagner simplement escomptés par l'investisseur étranger. D'un point de vue matériel, voilà qui dépasse la protection de la propriété garantie par la Constitution, tout en discriminant les entreprises nationales. Cela occasionne également des dommages-intérêts bien plus élevés, comme le montre l'exemple de *loukos*. La Cour européenne des droits de l'homme avait accordé 1,9 milliard d'euros d'indemnités aux actionnaires de *loukos*. Le tribunal arbitral (RDIE) reposant sur la Charte de l'énergie avait pour sa part attribué 50 milliards de dollars aux plaignants.

CRITIQUES À L'ENCONTRE DU RDIE

Alors qu'ils bénéficient de droits prêtant à de larges interprétations, les investisseurs n'ont **aucune obligation exécutoire**.

Les sentences prononcées dans le cadre du RDIE peuvent être contraires à d'autres obligations, aux termes du droit communautaire par exemple ; elles peuvent donc placer les États dans des situations inextricables. (Micula contre la Roumanie, par ex. : le tribunal arbitral (RDIE) ordonne des dommages-intérêts pour la suppression d'une aide contraire au droit européen – cependant, le versement des dommages-intérêts viole le droit de l'UE dans la mesure où il revient à maintenir, de facto, l'aide contraire au droit).

LE « SJI » PROPOSÉ PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?

Non. Même s'il est prévu de doter le traité TTIP d'un chapitre sur la durabilité, ce chapitre ne prévoit a priori aucune obligation exécutoire pour les investisseurs. Un mécanisme efficace pour faire respecter par exemple les droits de l'homme face aux entreprises fait donc d'autant plus défaut aux parties concernées et à la société civile.

Seulement en partie. La proposition de la Commission contient un passage qui vise de toute évidence le cas Micula (section 2, art. 2, paragr. 4). Ce passage stipule que le traité ne saurait être interprété de telle sorte que les parties contractantes soient empêchées de réclamer des aides qui ont été octroyées. Ce faisant, la Commission omet de remarquer que certains problèmes demeurent, bien au-delà de la législation en matière d'aides d'État. Le tribunal arbitral conserve la possibilité de condamner des États à verser des dommages-intérêts pour nombre de mesures servant à faire respecter le droit national ou le droit communautaire (des dispositions destinées à protéger l'environnement et les consommateurs, par ex.). Par ailleurs, il existe d'autres conflits tout aussi explicites que dans le cas de la législation en matière d'aides d'État, par exemple dans les domaines suivants : la législation fiscale, la responsabilité environnementale, les amendes et les pénalités financières. Les investisseurs peuvent contourner toutes ces obligations de paiement en réclamant par la suite le même montant en dommages-intérêts devant un tribunal arbitral.

CRITIQUES À L'ENCONTRE DU RDIE

LE « SJI » PROPOSÉ PAR LA COMMISSION
EUROPÉENNE AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?

III. CONCEPTION DU SYSTÈME DU RDIE (COMPOSITION ET DROIT PROCÉDURAL)

Le RDIE accorde **exclusivement aux investisseurs étrangers le droit de contourner les tribunaux nationaux et européens** pour porter leur litige devant des tribunaux spéciaux ou pour y faire réexaminer des litiges déjà jugés. Voilà qui sape le régime de l'État de droit et crée des privilèges procéduraux en faveur des investisseurs étrangers tandis qu'au plan national, les entreprises, les ONG et les citoyens subissent des préjudices structurels.

Non. Rien ne contraindrait à épuiser, dans un premier temps, toutes les voies de recours nationales. Les investisseurs étrangers pourraient entièrement contourner les instances nationales et recourir directement au mécanisme du RDIE. Rien ne les empêcherait de commencer par porter un litige devant les tribunaux étatiques puis de rouvrir l'affaire via le RDIE si la sentence ne leur convenait pas. Il faudrait juste que le procès étatique soit terminé pour que le RDIE puisse commencer. Et il serait même possible de recourir aux deux systèmes à la fois en demandant auprès du tribunal étatique l'annulation d'une mesure donnée, tout en réclamant une indemnisation auprès du mécanisme du RDIE.

Les instances arbitrales du RDIE ont carte blanche – elles ne doivent pas se baser sur des précédents jurisprudentiels et ne sont soumises à aucun contrôle substantiel.

En partie. Une nouvelle instance de recours serait créée (avec des voies de recours plus vastes que ce n'est le cas pour les procédures d'annulation dans le cadre des traités RDIE actuels). Cependant, les juges-arbitres ne seraient toujours pas liés par la jurisprudence – ni dans la procédure au principal, ni dans l'instance d'appel. Ils ne devraient les prendre en compte que si le « Services and Investment Committee » publiait, parce qu'il le jugerait nécessaire, une interprétation contraignante.

Le RDIE crée un régime d'incitations qui encourage les juges-arbitres à prendre parti pour les investisseurs. Seuls les investisseurs étrangers peuvent intenter des actions, et ils contribuent au choix des juges-arbitres pour moitié. En outre, ces derniers ne reçoivent pas de salaire fixe mais sont rémunérés, par les parties, au cas traité. Tout ceci crée une incitation financière poussant à recevoir les actions introduites et à accorder des indemnités aux investisseurs.

Seulement en partie. Les investisseurs étrangers ne pourraient plus choisir les juges-arbitres qui seraient sélectionnés au hasard dans un groupe de « juges » spécialement mandatés. Dans le même temps, les investisseurs restent les seuls à pouvoir intenter des actions, et les juges-arbitres y ont fortement intérêt sur le plan financier. En effet, ce sont avant tout les parties qui continueront, dans un premier temps, de s'acquitter des frais de procédure, honoraires des juges-arbitres compris (abstraction faite d'une indemnité forfaitaire relativement modeste à hauteur de 2 000 euros par mois pour leur disponibilité de principe). Cela pourrait être modifié, par la suite, par le « Services and Investment Committee ». Mais il est permis de douter qu'il opte pour des salaires fixes alors que cela n'a pas été stipulé dès le début dans le traité. Les arbitres continuent donc d'être incités, sur le plan financier, à encourager les recours émanant des entreprises.

CRITIQUES À L'ENCONTRE DU RDIE

Les juges-arbitres du RDIE sont rémunérés en fonction du temps passé sur chaque cas, ce qui incite à faire durer les procès – aux frais du contribuable.

Les juges-arbitres du RDIE peuvent exercer une activité d'avocat pour les investisseurs dans d'autres cas du RDIE, ils peuvent également avoir des relations économiques étroites avec les investisseurs dont ils traitent les litiges. Cela implique des **conflits d'intérêts**.

La définition du terme « investissement » est très vaste. Cela permet aux entreprises d'attaquer devant des juridictions arbitrales des politiques d'intérêt général dans de nombreux domaines, sans avoir effectué d'investissement véritable à l'étranger.

LE « SJI » PROPOSÉ PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?

Non. Les juges-arbitres du SJI continuent d'être payés à la journée, conformément aux règles du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). La proposition de la Commission précise bien que la première instance doit s'achever en l'espace de 18 mois. Mais les « tribunaux » sont libres de dépasser ce délai à tout moment, tant qu'ils sont en mesure d'avancer de simples raisons pour le justifier.

En partie. La proposition de la Commission stipule que les juges-arbitres n'ont pas le droit d'être impliqués dans des procédures arbitrales s'il en résulte un conflit d'intérêts potentiel. Ils n'ont plus le droit non plus d'exercer une activité d'avocat dans d'autres cas du RDIE. Les critères définissant les conflits d'intérêts restent néanmoins assez flous dans l'ensemble et confèrent une vaste marge de manœuvre. Le projet de procédure de pourvoi en cas de conflit d'intérêts présente néanmoins un léger avantage par rapport aux procédures stipulées par les règles (fréquemment utilisées jusqu'à présent) du CIRDI : pour exclure un juge-arbitre d'une procédure, il ne devrait plus être nécessaire de convaincre les deux autres juges-arbitres de sa partialité. C'est au seul président de la « juridiction » SJI que reviendrait cette décision, sachant que ce président est lui-même juge-arbitre. Sa décision n'est contestable qu'en cas de violations graves dans le cadre du recours.

Non. La définition du terme « investissement » recourt au même discours très général que dans les actuels traités de protection des investissements. Ainsi, les « investissements » recouvrent les types les plus divers d'actifs tels que les actions, les droits de jouissance, les titres et même les concessions et les droits de la propriété intellectuelle.

CRITIQUES À L'ENCONTRE DU RDIE

Les dispositions permettent aux **entreprises d'autres pays que les parties contractantes d'intenter des actions** et permet même à des **entreprises du pays** d'utiliser ses filiales à l'étranger pour poursuivre leur propre gouvernement devant un tribunal RDIE.

Les investisseurs peuvent partir à la recherche des traités qui leur sont les plus favorables – « **treaty shopping** » –, et choisir ceux sur la base desquels ils pourront intenter leur procès RDIE. À cette fin, ils doivent juste restructurer leurs entreprises ou créer des filiales dans d'autres pays.

Les tiers concernés par les recours RDIE n'ont pas de droits de participation suffisants.

LE « SJI » PROPOSÉ PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?

Non. Le projet actuel ne contient aucune disposition qui permettrait d'empêcher cela. Il faut donc s'attendre à devoir procéder conformément au projet de CETA et aux TBI (traités bilatéraux d'investissement) tels que les signent habituellement les États-Unis. Dans ce cas, l'investisseur peut uniquement se voir refuser le droit d'intenter une action s'il n'apporte pas la preuve d'une « activité économique substantielle » dans l'autre État contractant. Mais il ne s'agit que d'une condition minimale. Dans la pratique, les multinationales sont particulièrement douées pour la contourner sans peine à l'aide d'une structuration adroite de l'entreprise.

Seulement en partie. La proposition de la Commission stipule que le « tribunal » ne doit pas accepter un cas lorsqu'il est clair que le plaignant a réalisé un investissement dans le seul but de pouvoir intenter une action. Mais dans les cas où une action est intentée juste après la réalisation d'un investissement, il sera difficile de prouver qu'il y a eu un « treaty shopping ». L'État défendeur devrait prouver que le litige était prévisible avec une forte probabilité au moment de la réalisation de l'investissement. Les juges-arbitres ont une ample marge de manœuvre pour interpréter cet obstacle mal formulé.

Seulement en partie. La proposition prévoit un nouveau droit d'intervention pour tous ceux pour lesquels l'issue de la procédure présente un « intérêt direct ». L'étendue de ce droit reste néanmoins relativement obscure. Ce droit revient-il par exemple également aux associations, qui sont fréquemment les seules à pouvoir représenter efficacement les intérêts de la protection de l'environnement et des consommateurs ? C'est à l'interprétation des juges-arbitres que revient la réponse à cette question.

Le droit de soumettre des observations écrites en tant qu'*amicus curiae* ne résout pas, lui non plus, le problème dans la mesure où il ne procure qu'une position procédurale extrêmement faible. Les juges-arbitres sont par exemple entièrement libres de décider dans quelle mesure ils tiendront compte des arguments d'un *amicus*.



Traduction de la version allemande en français par foodwatch, avec la collaboration des auteurs / Février 2016

Éditeur:

foodwatch France · 3 rue de l'Arrivée · 75749 Paris 15

Karine Jacquemart · media@foodwatch.fr

www.foodwatch.fr

Pour leur contribution à la présente analyse, nous remercions Ben Beachy (Sierra Club), Maritta Strasser (Compact) et Malte Marwedel (collaborateur universitaire, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg).

Février 2016