



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

L'Union européenne et les États-Unis négocient depuis 2013 un traité de libre-échange et d'investissement appelé TTIP ou TAFTA¹. Certaines dispositions du futur traité, en l'absence de garde-fous efficaces, mettent en danger nos démocraties. C'est notamment le cas du RDIE : le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.

Le RDIE, prévu par la plupart des traités bilatéraux d'investissement et de plus en plus d'accords de commerce bilatéraux ou régionaux, constitue une voie de recours privilégiée devant un tribunal d'arbitrage pour un investisseur étranger lorsque il estime que l'État d'accueil ne respecte pas les dispositions du traité en question, en particulier les clauses de protection des investissements et/ou investisseurs.

Introduit dans près de 3000 traités, ce mécanisme est utilisé de plus en plus souvent de façon abusive : des investisseurs n'hésitent pas à attaquer - ou à brandir la menace d'une plainte – pour faire condamner des États au motif que des décisions de politiques publiques sanitaires, sociales, fiscales ou environnementales affecteraient leurs bénéfices, réels et/ou escomptés. L'entreprise suédoise Vattenfall a ainsi obtenu en 2011 un affaiblissement des normes environnementales en Allemagne, dans le cadre de la construction d'une centrale électrique à charbon près de la ville de Hambourg. En réaction aux politiques de prévention du tabagisme, Philip Morris a attaqué l'Uruguay et l'Australie. S'il n'a pas obtenu gain de cause en Australie, le pays aurait déboursé quelques 50 millions d'euros d'argent public rien que pour se défendre. Outre-Atlantique, Bilcon a gagné un recours contre le Canada qui avait rejeté son projet d'ouverture d'une carrière de basalte, suite à l'avis d'un groupe d'experts concluant que la carrière menaçait les communautés locales. Transcanada poursuit également les États-Unis suite à l'abandon du projet Keystone XL pour 15 milliards de dollars.

Au delà des nombreuses dérives liées à ces pratiques, la simple menace de poursuite risque de dissuader les pouvoirs publics d'adopter de nouvelles lois et réglementations, par exemple de santé publique, de protection de travailleurs ou de stabilité financière. En 2014, plus de 600 plaintes dans le monde avaient été recensées², sans compter les litiges qui demeurent confidentiels.

¹ Transatlantic Trade and Investment Partnership ou Transatlantic Free Trade Agreement, PTCl en français (Partenariat Transatlantique de commerce et d'Investissement)

² Base de données RDIE de la CNUCED : <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

Un coût élevé pour le contribuable. Selon les Nations Unies, près de 60% des cas ont conduit à une compensation par la partie défenderesse – l'État, soit que le tribunal ait statué en sa défaveur soit qu'un accord transactionnel soit intervenu³. Pour les 14 plaintes recensées dans l'Union européenne dont les résultats ont été rendus publics, les contribuables européens ont déjà été mis à contribution pour plus de 3,5 milliards d'euros de compensations⁴.

Un système parallèle aux systèmes judiciaires existants dans l'Union Européenne et ses États membres.

Un mécanisme inaccessible pour les entreprises domestiques qui opèrent exclusivement au niveau national. Ce système est exclusivement réservé aux investisseurs étrangers. Par ailleurs, son coût prohibitif⁵ le rend hors de portée pour la plupart des PME.

Un système entaché par les conflits d'intérêts. L'examen des plaintes est confié à des arbitres privés, désignés et payés par les parties. Leur rémunération dépend ainsi directement du nombre de plaintes traitées. Les plaintes ne pouvant être déposées que par des investisseurs, ce mécanisme génère un système d'incitation biaisé. Par ailleurs les mêmes professionnels peuvent occuper successivement les rôles d'arbitres, de conseiller et d'avocat. La hausse constante du nombre de plaintes a alimenté la création d'une véritable industrie de l'arbitrage.

→ Un mécanisme dont l'utilité reste à démontrer

Un nombre croissant de voix s'élèvent pour demander son exclusion du projet de traité transatlantique: 97% des 150 000 réponses reçues lors de la consultation de la Commission européenne en 2014 y étaient défavorables.

L'argument relatif à la nécessité de protéger les investissements dans les pays dans lesquels le système judiciaire est défaillant ne saurait s'appliquer aux États membres de l'UE, aux États Unis et au Canada. Par ailleurs, la corrélation entre l'instauration d'un tel mécanisme et l'augmentation des investissements étrangers n'est pas démontrée et plusieurs pays sont en train de réviser leur politique dans ce domaine, notamment l'Afrique du Sud, l'Inde et partiellement l'Australie. Le gouvernement indien a approuvé, le 16 décembre dernier, une réforme de son modèle d'investissement, selon lequel les investisseurs étrangers doivent avoir épuisé les recours en justice nationale avant de pouvoir initier un arbitrage international de type RDIE.

→ Vulnérabilité accrue des États européens en cas d'inclusion de ce mécanisme dans le TTIP

- Les investisseurs américains arrivent en tête avec près d'un quart des poursuites (22%)⁶.
- 19 des 28 États membres de l'UE n'ont pas de traité bilatéral avec les États-Unis et ne sont pas couverts par un RDIE, soit 99% du stock d'investissements directs étrangers en provenance des États-Unis selon la CNUCED et 92% des entreprises US opérant en Europe. Ils seront donc exposés à un risque nouveau si le TAFTA/TTIP instaure un mécanisme de RDIE.
- La conclusion d'un accord transatlantique comprenant un mécanisme de RDIE donnerait la possibilité à 47000 nouvelles entreprises américaines opérant en Europe d'y avoir recours.
- Même sans RDIE dans le TTIP, l'introduction d'un RDIE dans l'accord Canada-UE permettrait à 4/5 des entreprises américaines opérant en Europe d'utiliser l'existence d'une de leurs filiales au Canada pour poursuivre des États européens⁷.

Le projet d'inclure un RDIE dans le TAFTA/TTIP suscite une forte mobilisation en Europe. En France, l'Assemblée Nationale et le Sénat ont même voté plusieurs résolutions demandant l'exclusion du RDIE

³ A Zacharie, N Van Huffel et M Cermak, *Traité transatlantique : cartographie d'un partenariat controversé*, Point Sud, les études du CNCD 11.11.11, n°13, juin 2015

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

⁵ Selon l'OCDE, il faut compter en moyenne 8 millions de dollars pour une plainte en OCDE, *Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012*, 2012, p18

⁶ Elvire Fabry et Giorgio Garbasso, *L'ISDS dans le TTIP. Le diable se cache dans les détails*, Policy Paper 122, 13 janvier 2015, Notre Europe Institut Jacques Delors

⁷ S2B, ISDS : Courting foreign Investors, 29 september 2015

des négociations⁸. Pour contourner cet obstacle, la Commission européenne a présenté une nouvelle proposition le 12 novembre 2015 : le [système juridictionnel de règlement des conflits liés à l'investissement](#).

Le Système juridictionnel de règlement des conflits liés à l'investissement ne comble pas les lacunes du système initial

Tout en comportant quelques améliorations, comme l'instauration d'un mécanisme d'appel et d'une liste prédéfinie des experts compétents pour officier comme arbitres, cette proposition ne saura pas combler les failles systémiques de ce mécanisme et ne suffit pas à rendre le RDIE acceptable.

→ **Le droit de réguler des États n'est toujours pas garanti.** La reconnaissance du droit des États à réguler dans l'article 2 reste limitée car elle soumise à un « test de nécessité ». Il appartient ainsi à l'arbitre de se prononcer sur la nécessité des mesures prises pour atteindre un objectif politique dont la légitimité pourra elle aussi être soumise à interprétation. Des mesures « manifestement excessives » pourraient par ailleurs être constitutives d'expropriations indirectes, selon l'annexe 1.

→ **Le nouveau dispositif reste un système parallèle aux systèmes de justice de l'Union européenne et des États membres.** Autant que la proposition initiale, le nouveau mécanisme est présente des incompatibilités avec le droit européen car il ne respecte pas les prérogatives d'interprétations conférées à la Cour européenne de justice⁹.

→ Les investisseurs étrangers continuent de bénéficier d'un **double privilège de choix de la juridiction et de la loi applicable**. Entre les tribunaux nationaux et l'arbitrage international, ils peuvent choisir le droit qui leur sera le plus favorable. Par ailleurs, l'obligation d'épuiser les voies de recours domestiques n'est pas prévue.

→ **Le privilège accordé aux seuls investisseurs étrangers n'est toujours assorti d'aucun devoir.** Les propositions de la Commission européenne concernant le chapitre « Développement durable », qui traite des questions sociales et environnementales, ne sont nullement contraignantes et les voies de recours effectives pour les victimes tierces à l'égard des entreprises multinationales demeurent trop souvent inexistantes.

→ **La question des conflits d'intérêts n'est toujours pas résolue.** L'instauration d'une liste d'arbitres, maintenant qualifiés de « juges », ne modifie pas le fait que ces derniers ne travaillent qu'au contrat et ne répondent toujours à aucune magistrature publique indépendante en capacité d'assurer l'impartialité des décisions rendues. Au delà d'une rémunération de base fixe, les « juges » continuent de dépendre financièrement de la rémunération versée par les parties. Leur rémunération reste directement proportionnelle au nombre de cas et à la longueur de leur instruction. Les investisseurs étant les seuls habilités à déposer des plaintes, le biais en leur faveur n'est pas corrigé.

→ **Ce système offre une protection démesurée aux investisseurs étranger.** Les définitions d'investissement et d'expropriation indirecte restent très larges. Les compensations financières ne sont pas plafonnées ou même limitées aux investissements réalisés. Le terme « attentes légitimes des investisseurs » reste flou. L'investisseur peut donc par exemple se référer à des engagements oraux pris par des représentants de l'État. Le « traitement juste et équitable » (article 3) n'est pas mieux qualifié car la liste des atteintes n'est pas exhaustive. Le critère « arbitraire manifeste » dans l'article 3 peut être soumis à une large interprétation

⁸ Résolution européenne de l'Assemblée Nationale sur le mandat de négociation de l'accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne, n°156, juin 2013 ; Résolution européenne de l'Assemblée Nationale sur le projet d'accord économique et commercial entre l'Union européenne et le Canada, n°428, novembre 2014 ; Résolution européenne de l'Assemblée Nationale sur le projet d'accord de libre-échange entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique, n°339, mai 2014 ; Rapport du Sénat sur la résolution sur le règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les États-Unis, n°134, novembre 2014

⁹ [Legality of investor-state dispute settlement \(ISDS\) under EU law](#), Legal study, Client Earth, 22 October 2015

→ **La proposition de la Commission européenne** a été présentée au sein de la Commission INTA mais **n'a pas fait l'objet d'un avis formel du Parlement européen avant sa soumission aux États-Unis**. En France, alors que l'Assemblée Nationale et le Sénat se sont prononcés contre le RDIE, elle n'a pas non plus été débattue.

→ **La proposition ne s'applique pas aux autres accords** que l'UE est sur le point de ratifier (notamment avec Singapour et le Canada – sauf accord éventuel de ce dernier pour intégrer la nouvelle proposition européenne). Ces deux accords ne sauraient être ratifiés sans avoir interrogé préalablement la Cour européenne de justice sur la compatibilité du RDIE avec l'ordre juridique et le droit européens¹⁰.

RECOMMANDATIONS RELATIVES AU RDIE ET AU SYSTÈME JURIDICTIONNEL DE RÈGLEMENT DES CONFLITS LIÉS A L'INVESTISSEMENT

1) Exclure le RDIE et le système juridictionnel de règlement des conflits liés à l'investissement des traités AECG UE/Canada, UE/Singapour et UE/Vietnam

2) Exclure le système juridictionnel de règlement des conflits liés à l'investissement et le RDIE du projet d'accord transatlantique ainsi que des autres négociations commerciales et d'investissement en cours et futures.

Les questions de protection des droits des investisseurs et de traitement efficace des conflits liés à l'investissement devraient faire l'objet d'une réforme plus ambitieuse visant la mise en place d'un système de droit international public qui intègre également les enjeux liés aux droits humains, économiques, sociaux et environnementaux. Ce système doit permettre à toutes les entreprises entreprises mais également aux citoyens, aux communautés locales, aux travailleurs et aux élus locaux de faire valoir leurs droits quand ils ne sont pas respectés.

3) Soumettre l'accord AECG UE/Canada à la Cour européenne de justice afin que cette dernière se prononce sur la compatibilité du mécanisme d'arbitrage d'investissement avec le droit européen, préalablement à toute démarche de ratification

De nombreux signataires de ce texte ont développé une analyse beaucoup plus large des négociations en cours ainsi que des recommandations qui ne se limitent pas au mécanisme de règlement des différends investisseurs-États, à retrouver sur leurs sites internet respectifs.

Signataires :

Amis de la Terre ; Anticor ; AITEC ; Bloom ; CERAS ; CGT ; Collectif Éthique sur l'Étiquette ; Collectif Roosevelt ; Comité Pauvreté et Politique ; Foi et Justice Afrique Europe ; Fondation Nicolas Hulot pour la Nature et l'Homme ; Fondation Sciences Citoyennes ; Foodwatch ; France Nature Environnement ; Institut Veblen ; Justice et Paix ; Ligue des Droits de l'Homme ; Oxfam France ; Sherpa ; SomOfUs ; Syndicat de la Magistrature

Avec le soutien de :

CCFD-Terre Solidaire ; MRJC – Mouvement Rural de Jeunesse Chrétienne ; Peuples Solidaire - ActionAid France

¹⁰ cf. note 9