

## L'abaissement des normes a déjà eu lieu dans le cadre des négociations.

### L'ISDS : INTÉRÊTS PRIVÉS CONTRE INTÉRÊT GÉNÉRAL ?

Le chapitre qui a suscité le plus de polémiques est la clause d'arbitrage dite « ISDS » (*Investor-to-State Dispute Settlement* ou clause d'arbitrage entre investisseur et État). Il a été tant critiqué que la Commission européenne a lancé une consultation publique à son sujet. L'ISDS permet à un investisseur privé de contester devant une cour d'arbitrage une mesure publique d'intérêt général si elle affecte ses profits attendus et ce, sans passer au préalable par les tribunaux nationaux compétents. En principe, ce type de litige est confié à un panel de trois juristes chargés de l'arbitrer – l'investisseur choisit un arbitre, l'État un second et le troisième est choisi de concert entre les deux parties, ou par un organe tiers s'ils ne peuvent se mettre d'accord.

Par le passé, les initiateurs de ce type de clause la justifiaient par la crainte d'un traitement discriminatoire des investisseurs étrangers dans des pays aux juridictions imprévisibles, comme dans le cas du premier traité du genre entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959. Mais comment justifier aujourd'hui son existence dans un traité entre pays démocratiques et stables, aux systèmes judiciaires performants ? Comment par ailleurs justifier la perpétuation de ce dispositif, avec quel pays que ce soit, quand on connaît les abus qu'il a permis ? De telles clauses dans des accords existants ont par exemple déjà permis à des firmes transnationales de contester une augmentation du salaire minimum en Égypte, la sortie de nucléaire ou la protection des rivières en Allemagne ou encore des avertissements de santé sur les paquets de cigarettes en Australie et en Uruguay. Ces arbitrages-là sont encore en cours. Mais plus de 300 ont déjà été conclus, ils ont permis par exemple de faire payer 29 millions d'euros à la Slovaquie pour avoir limité les effets de la privatisation de l'assurance santé publique<sup>69</sup>, 13 millions de dollars au Canada pour avoir interdit un additif de carburant pour protéger la santé de ses citoyens<sup>70</sup>, 15 millions au Mexique pour ne pas avoir accordé de concession à un projet minier menaçant de polluer les rivières et les sols, ou encore de condamner l'État argentin pour avoir contrôlé le prix de l'eau dans un contexte de grave crise économique et sociale<sup>71</sup>, menant à la condamnation en 2015 à plus de 400 millions de dollars de dommages et intérêts à la firme Suez par l'État argentin<sup>72</sup>.

61/ Voir la page du site web de Greenpeace consacrée aux sables bitumineux : <http://www.greenpeace.org/canada/fr/campagnes/Energies/sables-bitumineux/> (consultée en mai 2015)

62/ Les Amis de la Terre, *Les négociations TAFTA et CETA utilisées pour affaiblir la législation climatique européenne*, Communiqué et rapport complet, juillet 2014, <http://www.amisdelaterre.org/Les-negociations-TAFTA-et-CETA.html>

63/ Monique Goyens, *What is wrong with chlorinated chicken*, BEUC, juillet 2014, <http://www.beuc.eu/blog/what-is-wrong-with-chlorinated-chicken/>

64/ Brent Patterson, *Will chlorinated beef from Canada be on its way to Europe?*, The Council of Canadians, mai 2014, <http://canadians.org/blog/will-chlorinated-beef-canada-be-its-way-europe>

65/ Nelsen Arthur, *EU dropped pesticide laws due to US pressure over TTIP, documents reveal*, The guardian, mai 2015, [http://www.theguardian.com/environment/2015/may/22/eu-dropped-pesticide-laws-due-to-us-pressure-over-ttip-documents-reveal?CMP=share\\_btn\\_tw](http://www.theguardian.com/environment/2015/may/22/eu-dropped-pesticide-laws-due-to-us-pressure-over-ttip-documents-reveal?CMP=share_btn_tw)

66/ *US Beef and the EU Market*, Washington Trade Daily, Volume 23, Number 37, février 21, 2014

67/ Greenpeace, *EU approves 19 GMOs for import - Greenpeace comment*, avril 2015, <http://www.greenpeace.org/eu-unit/en/Publications/2015/comment---EU-approves-19-GMOs-for-import/>

68/ Organisation mondiale du commerce. Accord général sur le commerce des services. 1994. art. 1<sup>er</sup>, §3, disponible sur Internet : [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/26-gats\\_01\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats_01_f.htm)

69/ Laurence Franc-Menget, *ACHMEA II – Seizing Arbitral Tribunals to Prevent Likely Future Expropriations: Is it an Option ?*, Kluwer Arbitration Blog, 28 mars 2013

70/ Delphine Misonne, *Payer ou renoncer ? Les investisseurs à l'assaut de la protection de l'environnement*, Bruxelles, FUSL, 2015

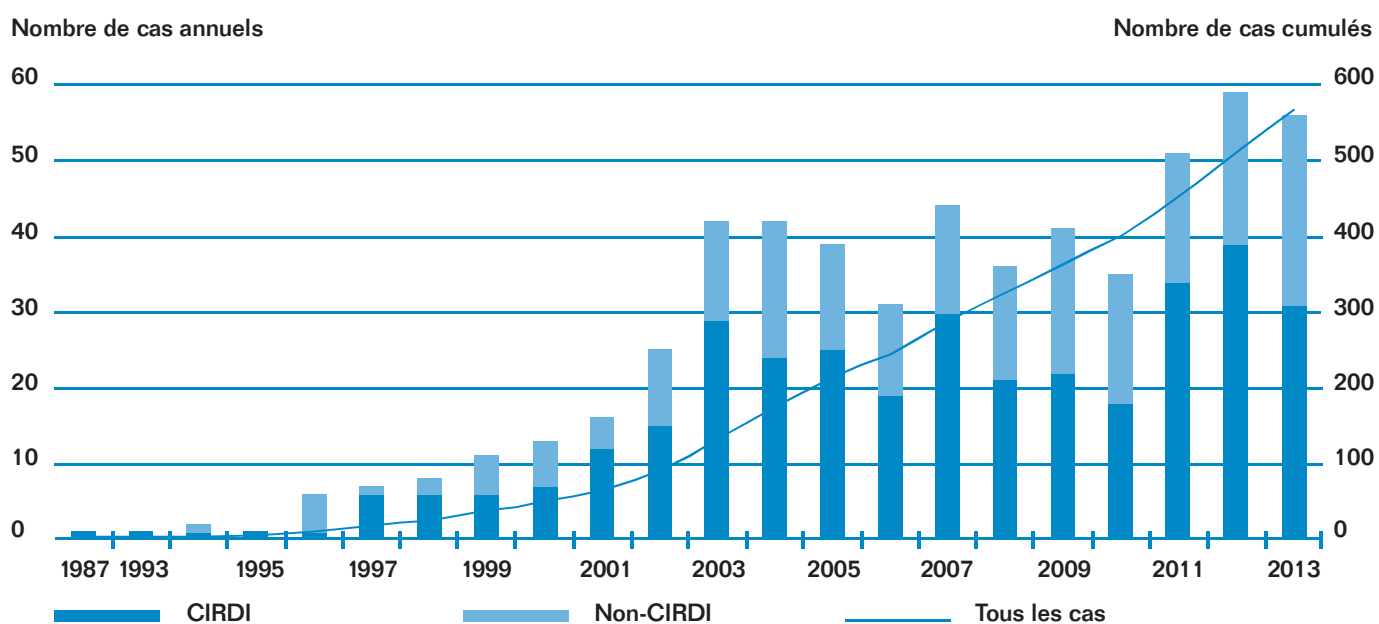
71/ Le panel d'arbitres a explicitement rejeté l'argument selon lequel le droit humain à l'eau primait sur les engagements vis-à-vis des investisseurs étrangers. Pour plus d'information sur ces cas d'arbitrage et de nombreux autres, voir Gus Van Harten, *Suez & InterAgua v Argentina*, 2011. <http://iiapp.org/case/suez-interaguas-v-argentina/>, Seattle to Brussels, *Changeons la politique d'investissement de l'UE – C'est l'heure !*, janvier 2011, [http://www.cncd.be/IMG/pdf/2011-03-InvestmentBriefing\\_FR.pdf](http://www.cncd.be/IMG/pdf/2011-03-InvestmentBriefing_FR.pdf) et Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf>

72/ Camilla Russo, *Suez Wins \$405 Million Arbitration Ruling in Argentina Dispute*, avril 2015, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-04-09/suez-wins-405-million-arbitration-ruling-in-argentina-dispute>

Selon Juan Fernández-Armesto, un juge espagnol spécialisé dans ce type d'arbitrage : « Il m'arrive de me réveiller la nuit en y pensant, et je ne comprends toujours pas comment les États souverains ont pu accepter le principe même d'un arbitrage en matière d'investissement. (...) Trois personnes privées sont investies du pouvoir d'examiner, sans la moindre restriction ni procédure d'appel, toutes les actions du gouvernement, toutes les décisions des tribunaux, et toutes les lois et règlements qui émanent du Parlement<sup>73</sup> ». Au total, sur plus de 500 différends de ce type ouverts dans 95 pays depuis la fin des années 1980, environ la moitié a été conclue, dont 42% en faveur des États, 31% en faveur des investisseurs et 27% réglés suite à une transaction à l'amiable moyennant une contribution des États<sup>74</sup>. La majorité des cas donnent donc lieu soit à un arrangement à l'amiable avec dédommagement, soit à une sanction au détriment des États.

Le problème fondamental de l'ISDS est qu'il contribue à favoriser les intérêts privés des firmes au détriment de l'intérêt général. En effet, vu qu'il n'existe pas de régime uniforme régissant à l'échelle mondiale les relations entre investisseurs et États, les règles sont incorporées dans plus de 3 000 accords bilatéraux dont les termes en matière de protection des investissements sont généralement vagues et sujets à interprétation. Cela a donné un pouvoir démesuré aux cours d'arbitrage : au lieu d'appliquer des règles préexistantes, elles ont créé les règles elles-mêmes à travers la jurisprudence générée par leurs décisions. Or ces décisions ont de plus en plus considéré comme des atteintes à la protection des investissements des politiques publiques visant à protéger l'environnement, les droits sociaux, la santé ou les droits humains<sup>75</sup>.

## GRAPHIQUE 7 L'AUGMENTATION DES DIFFÉRENDS ENTRE ÉTATS ET INVESTISSEURS



Source : UNCTAD, ISDS database.

## Le problème fondamental de l'ISDS est qu'il contribue à favoriser les intérêts privés des firmes au détriment de l'intérêt général.

Actuellement, le chapitre du mandat de négociation européen sur la protection des investissements étrangers prévoit que tout investisseur étranger pourra saisir une cour d'arbitrage internationale selon un mécanisme ISDS, notamment s'il considère ne pas avoir bénéficié d'un « traitement juste et équitable », avoir subi une quelconque « discrimination » par rapport à d'autres investisseurs étrangers ou locaux, ou encore avoir subi une « expropriation », ce qui peut inclure une expropriation indirecte de profits futurs espérés. Ces formulations vagues laissent une place importante à l'interprétation par les arbitres privés, qui ont tendance à favoriser l'investisseur plutôt que l'État. Certaines condamnations ont dépassé le milliard de dollars et les frais de procédures sont extrêmement élevés – même lorsque l'État gagne la procédure, comme dans le cas des Philippines qui ont payé plus de 50 millions de dollars pour une procédure qui n'a finalement retenu aucune charge contre le pays<sup>76</sup>.

En outre, le principal effet collatéral de ces droits spéciaux octroyés aux investisseurs étrangers est d'engendrer une réticence des États à prendre des mesures d'intérêt public, du fait de la menace implicite ou explicite de telles procédures<sup>77</sup>. Un lobbyiste canadien disait par exemple ouvertement qu'il avait déjà obtenu le retrait de projets de mesures publiques simplement en menaçant d'entamer de telles poursuites<sup>78</sup>. Certains lobbyistes ne se cachent d'ailleurs pas et assument publiquement que « davantage de cas comme celui de Philip Morris [attaquant l'Australie pour avoir protégé la santé de ses citoyens] sont précisément le but du TTIP », arguant que les profits des firmes transnationales doivent être protégés contre les décisions politiques<sup>79</sup>.

Les États-Unis sont un partenaire avec qui une clause ISDS est particulièrement inutile. En effet, contrairement à la plupart des États attaqués qui perdent dans la majorité des cas, les États-Unis n'ont jamais perdu un seul arbitrage ISDS, malgré le fait d'avoir été attaqués 17 fois. Une partie de l'explication peut être liée au fait que le principal lieu de règlement de tels différends est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), un organe de la Banque mondiale, au Conseil d'administration de laquelle le gouvernement américain dispose d'une minorité de blocage, influence qui a déjà été

exercée dans au moins un cas (le cas Loewen), pour convaincre un arbitre de pencher en faveur de l'État américain, sous la menace de mettre en péril la pérennité même du système ISDS s'il menaçait la souveraineté américaine<sup>80</sup>.

La Commission européenne et les lobbies pro-ISDS aiment à répéter qu'ils s'étonnent des inquiétudes suscitées par l'ISDS dans le TTIP, car l'ISDS existerait déjà dans plus de 3 000 traités dans le monde. Cela fait en effet de nombreuses années que des organisations de la société civile dénoncent ces traités et recommandent aux gouvernements de les dénoncer (donc d'y

73/ Friends of the Earth Europe, *The TTIP of the Anti-Democratic Iceberg*, octobre 2013

74/ UNCTAD, *op. cit.*, 2013

75/ Arnaud Zacharie, *ISDS : quand les intérêts des firmes priment sur les choix démocratiques des États*, Imagine Demain Le Monde, juillet-août 2015

76/ House of Representatives, Philippines, *Committee Daily Bulletin*, Vol. I No. 89, mars 2011, <http://www.congress.gov.ph/download/comm-daily/CDB%20Vol%201%20No.%2089%20%2803.15.11%29.pdf>

77/ Pour une connaissance plus approfondie de ces mécanismes de protection des investissements, voir notamment *ABI : une camisole de force pour les États*, 2011, <http://www.cncd.be/abi-une-camisole-de-force-pour-les->, *Un assureur chinois ferait payer 2,8 milliards au contribuable belge ?*, 2012, <http://www.cncd.be/un-assureur-chinois-ferait-payer-2-ou-une-vraie-clause-sociale-avant-tout-nouvel-accord-d-investissement>, 2013, <http://www.cncd.be/une-vraie-clause-sociale-avant>

78/ *It's a lobbying tool in the sense that you can go in and say, 'Ok, if you do this, we will be suing you for compensation.'* Kirby added a moment later: *It does change behaviour in certain cases.* Kip Keen, *Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners*, octobre 2013, <http://www.mineweb.com/mineweb/content/en/mineweb-political-economy?oid=209783&sn=Detail>

79/ Tim Worstall, *More Philip Morris Style Cases Is The Very Point Of The Transatlantic Trade And Investment Partnership*, Forbes, août 2014, <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2014/08/13/more-philip-morris-style-cases-is-the-very-point-of-the-transatlantic-trade-and-investment-partnership/>

80/ Ante Wessels, *Investor-to-state dispute settlement is a rigged system*, FFII, mai 2014 <https://blog.ffii.org/investor-to-state-dispute-settlement-is-a-rigged-system/> ; Séminaire donné par le professeur Gus Van Harten le 4 mars 2015 à l'Hotel Léopold ; Jan Paulsson *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 21 novembre 2013, 336 pages

## Le monopole des plaintes confié aux entreprises par l'ISDS implique un biais pro-investisseurs.

mettre fin, comme l'a fait l'Afrique du Sud en 2012 avec son traité signé avec la Belgique) ou de ne pas les ratifier (comme le Brésil qui n'en a jamais ratifié un seul et qui était pourtant en 2013 la 5<sup>e</sup> destination mondiale en termes d'investissements directs étrangers, derrière les États-Unis, la Chine, la Russie et Hong Kong<sup>81</sup>). De plus, le TTIP est loin de n'être qu'un traité de plus. Les traités contenant des clauses ISDS ont été essentiellement signés entre des pays en développement et des pays riches, si bien qu'ils ne couvrent qu'une part limitée des investissements transnationaux dans le monde. Par contre, le TTIP couvrirait à lui seul entre deux et trois fois plus de flux d'investissements que l'ensemble des traités signés par les USA jusqu'à présent<sup>82</sup>.

Quand on constate les abus engendrés par ce type de clause, qui menace les États de devoir payer pour des décisions démocratiques prises au nom de l'intérêt général, peut-on en toute quiétude ouvrir cette option aux investisseurs américains, premiers utilisateurs mondiaux de ce type d'arbitrage, contre les décisions démocratiques européennes? Le nouveau président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker lui-même, a exprimé ses réticences en la matière: « Ma Commission n'acceptera pas que la juridiction des cours dans les États membres soit limitée par des régimes spéciaux pour des différends investisseurs-États<sup>83</sup> ». Toutefois, le nouveau président de la Commission a conditionné son refus à celui de son premier vice-président en charge de la règle de droit, Frans Timmermans, tandis que plusieurs États membres ont jusqu'ici fait preuve d'ambiguïté sur le sujet.

La consultation publique sur l'ISDS organisée par la Commission européenne a donné un résultat sans appel: un niveau de participation record de presque 150 000 réponses, dont 97% disent

simplement non à l'ISDS, quel que soit sa formulation, dans le TTIP et dans le CETA, rejetant ainsi explicitement l'ISDS « amélioré » inclus dans le CETA présenté comme base de la consultation. La Commission européenne n'a pas compris le message et a conclu à la nécessité d'améliorer encore un peu l'ISDS dans le TTIP, sans rien modifier au CETA qui est proposé tel quel pour ratification. En février et mars 2015, une nouvelle proposition a émergé, proposée notamment par le groupe social-démocrate au Parlement européen<sup>84</sup> et la députée de centre-droit et ex-commissaire Viviane Reding<sup>85</sup>: celle d'une cour permanente publique pour traiter les différends liés aux investissements. Cette proposition nécessite quelques mises en garde et un large débat public. Il semble qu'il faudra au minimum prendre en compte les balises proposées par le Professeur Van Harten, spécialiste de l'ISDS, qui avait lui-même esquissé une idée similaire en conclusion de sa thèse en 2007. Selon lui, une cour permanente ne pourrait être une réponse acceptable qu'à trois conditions: remplacer le système de l'ISDS qui devrait donc être abrogé, supprimer le monopole dont disposent les investisseurs en matière de plaintes (ce qui implique d'instaurer des obligations à respecter par les investisseurs, là où l'ISDS ne permet pas aux États de porter plainte contre ceux-ci) et ne représenter qu'un complément des tribunaux nationaux, uniquement accessible après avoir épuisé les voies judiciaires normales<sup>86</sup>.

Dans le même esprit, la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) souligne que l'ISDS utilise un modèle inadapté pour régler des différends entre acteurs commerciaux au sujet de domaines relatifs aux politiques et au droit public. Le monopole des plaintes confié aux entreprises implique un biais pro-investisseurs dans la gouvernance des

relations internationales : l'ISDS a été conçu pour garantir de nouvelles protections aux investisseurs privés, pas pour les inciter à respecter les législations des pays d'accueil. Plutôt que la centralisation dans une cour permanente de l'arbitrage des différends entre investisseurs et États, qui garantirait plus de cohérence mais pas nécessairement plus d'équité au système, la CNUCED propose de changer de logique, en passant d'un mécanisme entre États et investisseurs à un mécanisme entre États, comme c'est le cas en matière commerciale avec l'Organe de règlement des différends de l'OMC, tout en conseillant aux pays en développement de ne pas signer ce genre de traité qui réduit leurs marges de manœuvre politiques<sup>87</sup>.

Ces différentes options en présence nécessitent une réflexion plus large autour des questions suivantes : le monde que nous souhaitons construire, basé sur le développement durable et les droits humains, nécessite-t-il un renforcement des droits des investisseurs ? Ne serait-il pas prioritaire de renforcer les mécanismes visant à faire respecter les droits humains fondamentaux par les investisseurs, par exemple via l'adoption d'un traité mondial contraignant « entreprises et droits humains », idée proposée par de nombreux pays en développement au Conseil des droits humains de l'ONU et rejetée par les pays européens et les États-Unis en 2014<sup>88</sup> ?

**81/** CNUCED. Rapport sur l'investissement dans le monde 2014, Vue d'ensemble. Genève, 2014, p. 4. Disponible sur Internet: [http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2014\\_overview\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2014_overview_fr.pdf)

**82/** Gus Van Harten, *A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) and the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, 3 février 2014

**83/** Jean-Claude Juncker, *Setting Europe in Motion: President-elect Juncker's Main Messages from his speech before the European Parliament*, octobre 2014, [europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-14-705\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-705_en.htm)

**84/** Group of the Progressive Alliance of Socialists & Democrats in the European Parliament, *S&D Position Paper on Investor-state dispute settlement mechanisms in ongoing trade negotiations*, mars 2015, [http://www.bernd-lange.de/imperia/md/content/bezirkhannover/bernd-lange/2015/sd\\_position\\_paper\\_on\\_isds\\_march\\_4\\_2015.pdf](http://www.bernd-lange.de/imperia/md/content/bezirkhannover/bernd-lange/2015/sd_position_paper_on_isds_march_4_2015.pdf)

**85/** Viviane Reding, *ISDS must be replaced by a public court*, Euractiv, mars 2015, <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/leding-private-justice-no-justice-isds-must-be-replaced-public-court-312892>

**86/** Gus Van Harten, Conférence de presse du 3 mars 2015, Residence Palace Press Center

**87/** UNCTAD, *Trade and Development Report 2014, Global Governance and Policy Space for Development*, United Nations, 2014, p. 143

**88/** Business and human rights resource center, *UN Human Rights Council sessions*, 2014, <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty/un-human-rights-council-sessions>