

L'« ISDS » DANS LE TTIP

LE DIABLE SE CACHE DANS LES DÉTAILS

Elvire Fabry | *chercheur senior à Notre Europe - Institut Jacques Delors*

Giorgio Garbasso | *ancien assistant de recherche à Notre Europe - Institut Jacques Delors*

RÉSUMÉ

Que faut-il penser de l'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État (*Investor State Dispute Settlement* ou ISDS) dans le projet de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, ou TTIP) ?

Cet enjeu provoque des débats d'autant plus vifs en Europe que, depuis dix ans, les volumes d'investissements directs étrangers (IDE) ont fortement augmenté partout dans le monde et sont devenus un facteur clé de croissance économique pour les pays qui se montrent les plus attractifs.

93% des traités bilatéraux d'investissement contiennent un ISDS. Il a été systématiquement introduit dans les accords d'investissement entre pays développés et pays en voie de développement. Mais son inclusion dans un accord entre pays développés, comme le Canada et l'Union européenne (UE), ou les États-Unis et l'UE, soulève aujourd'hui de nouvelles questions.

Alors que les positions sur le sujet sont très crispées, **ce Policy Paper tente de clarifier le débat en dressant en premier lieu un état des lieux de l'utilisation des ISDS dans le monde et dans l'espace transatlantique depuis cinquante ans.** Ce sont les Européens qui ont non seulement été à l'initiative de ces mécanismes de protection des investisseurs depuis les années 1960, mais également qui les ont le plus utilisés en déposant le plus de plaintes (300 sur le total des 568 plaintes identifiées depuis la création du premier ISDS). L'augmentation du nombre de plaintes dans le monde depuis une décennie suscite cependant aujourd'hui de nouvelles craintes.

Bien que ce phénomène reste minoritaire, certains pays ont entrepris de ne pas renouveler certains de leur traité bilatéral d'investissement (TBI) contenant un ISDS (Bolivie, Venezuela, Équateur) ou de se retirer des traités qui comportent un ISDS (Afrique du Sud), ou encore de se réserver le droit de déterminer au cas par cas la nécessité d'avoir recours à un ISDS (Australie).

“ DÉVELOPPER DES ALTERNATIVES OU RÉÉQUILIBRER LE MODÈLE D'ISDS ? ”

Le Policy Paper passe ensuite au crible les arguments invoqués dans ce débat. D'une part, le monde de l'entreprise défend l'intérêt d'un tel instrument pour attirer les IDE en leur garantissant un cadre légal sûr et prévisible et un règlement du litige qui est dépolitisé. D'autre part, ses détracteurs considèrent qu'il s'agit d'un instrument illégitime ou inutile dans le cadre du TTIP et estiment qu'il porterait atteinte à la capacité des États souverains à légiférer. Enfin, les négociateurs cherchent à accommoder les différentes positions en gardant à l'esprit l'intérêt géostratégique de l'inclusion d'un ISDS dans le TTIP.

C'est dans le détail de ces divers enjeux que se cache le diable et qu'il faut aller chercher les arguments qui plaident pour développer des alternatives ou rééquilibrer le modèle d'ISDS.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
1. État des lieux des ISDS dans le monde : un recours banalisé et contesté	4
1.1. Principes et fonctionnement des ISDS	4
1.2. L'échec d'une voie multilatérale en matière d'investissement	5
1.3. Les étapes historiques	6
1.4. Les grandes tendances mondiales de protection des investissements	8
1.5. La répartition des litiges dans le monde : pays d'origine et pays cibles	9
1.6. L'ISDS aux États-Unis et dans l'UE	9
2. Arguments pour et contre l'ISDS	11
2.1. L'harmonisation des règles contentieuses en matière d'investissement	11
2.2. Un accord d'investissement à valeur géostratégique	12
2.3. Les bénéfices d'un cadre légal pour les investissements	13
2.4. Influence des ISDS sur les choix stratégiques des investisseurs	14
2.5. Les tribunaux d'arbitrage en procès : l'illégitimité du mécanisme	14
2.6. L'ISDS entre pays développés est-il indispensable ?	15
2.7. Les enjeux de transparence	17
2.8. Le choix des arbitres	17
2.9. L'accès au tribunal d'arbitrage : multinationales ou petites et moyennes entreprises ?	18
2.10. Le coût des compensations	18
2.11. Développer des alternatives ou rééquilibrer le modèle ?	19
CONCLUSION	21
ANNEXE : EXTRAIT DU MANDAT DE NÉGOCIATION DU TTIP DONNÉ À LA COMMISSION EUROPÉENNE RELATIF À LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	22

INTRODUCTION

À peine les négociations sur un partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP¹) ont-elles commencé au tournant de l'été 2013 que l'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et État (ISDS²), évoquée par le mandat de négociation donnée à la Commission européenne³, s'est imposée dans les débats publics comme un potentiel obstacle à la ratification de l'accord final.

“ L'INCLUSION DE L'ISDS S'EST IMPOSÉE DANS LES DÉBATS PUBLICS COMME UN POTENTIEL OBSTACLE À LA RATIFICATION DE L'ACCORD FINAL ”

Ce mécanisme juridique permet à un investisseur étranger de déposer une plainte directement auprès d'un État en s'adressant non pas aux tribunaux nationaux mais à un tribunal d'arbitrage international. Les dispositions définissant un tel mécanisme sont issues d'un accord préalable signé entre deux États dans le cadre d'un accord bilatéral d'investissement ou, comme dans le cas du TTIP, dans le chapitre portant sur l'investissement d'un accord plus vaste de libre-échange. L'investisseur peut déposer une plainte s'il considère que l'État a violé les règles du traité d'investissement qui protège ses droits. L'ISDS a pour objectif de garantir aux investisseurs étrangers un cadre sûr et prévisible et un règlement du litige qui soit dépolitisé, de manière à faciliter les décisions et les investissements.

Le grand nombre d'accords d'investissement signés ces dernières années et la très forte augmentation des litiges entre investisseurs et États confirment l'importance et l'attractivité d'un tel instrument pour les investisseurs. Les données statistiques dont on dispose montrent que le recours aux ISDS s'est banalisé et constitue une réalité du monde de l'investissement.

Mais c'est justement le nombre de litiges et l'attention médiatique portée sur certains contentieux⁴ qui ont cristallisé le débat public et soulevé des critiques quant à la limitation du pouvoir souverain d'un État de légiférer.

Ces craintes ont d'ores et déjà suscité des renversements de stratégie à travers le monde. Certains pays ont officiellement désavoué l'intérêt d'un tel instrument, tandis que d'autres ont d'ores et déjà annoncé leur décision de ne pas renouveler leurs accords commerciaux incluant un ISDS.

En Europe, les critiques contre l'inclusion d'un tel mécanisme dans le TTIP se sont renforcées au sein de la société civile et du Parlement européen. Les conclusions de la consultation publique qui a été menée de mars à juillet 2014 pourraient ainsi amener la nouvelle Commission, présidée par Jean-Claude Juncker – qui s'était lui-même montré critique à l'égard de ce mécanisme lors de la campagne des élections européennes du printemps 2014 – à réviser sa position sur le sujet.

La forte augmentation des volumes de stocks d'investissement direct étranger depuis dix ans⁵, la part croissante des investisseurs issus des pays en développement, la diversification des pays destinataires et la nouvelle

1. On adoptera ici l'acronyme anglais TTIP pour évoquer le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement.

2. Nous avons privilégié l'emploi de l'acronyme anglais ISDS, plus fréquemment employé dans les débats publics et les médias que l'acronyme français RDIE.

3. Voir annexe.

4. *Vattenfall vs Allemagne* : l'entreprise de production et de distribution d'électricité suédoise Vattenfall a déposé en 2012 une plainte contre le gouvernement fédéral allemand contre la fermeture de ses centrales nucléaires allemandes, imposée par la décision du gouvernement de 2011 de sortir du nucléaire, et réclamerait une indemnisation de 4,7 milliards d'euros. *Lone Pine vs Québec* : la société pétrolière américaine Lone Pine poursuit le gouvernement canadien en vertu de l'ALENA contre le moratoire de l'État du Québec contre la fracturation hydraulique et l'exploitation des gaz de schiste et réclamerait 250 millions de dollars d'indemnisation. *Philip Morris vs Australie* : voir § 2.6 ci-dessous, p. 16.

5. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014*, p. 2.

structure multinationale de nombreuses entreprises sont autant de facteurs qui appellent en effet à réévaluer l'adéquation des systèmes actuels d'ISDS.

Peuvent-ils limiter la capacité des États à légiférer ou renforcer le poids des multinationales dans la gouvernance mondiale ? Ces instruments juridiques contribuent-ils réellement à créer un environnement favorable aux investissements ? La confiance réciproque que les Américains et les Européens peuvent avoir dans leurs tribunaux nationaux n'est-elle pas suffisante ? Quels sont les enjeux géostratégiques ? Faut-il voir dans le TTIP l'occasion de promouvoir un nouveau standard d'ISDS plus rigoureux qui puisse servir de modèle pour d'autres pays ?

Nous analyserons les arguments qui plaident en faveur ou contre l'inclusion d'un mécanisme d'un ISDS dans le TTIP, en esquisant au préalable un état des lieux de son utilisation dans le monde et dans l'espace transatlantique.

1. État des lieux des ISDS dans le monde : un recours banalisé et contesté

1.1. Principes et fonctionnement des ISDS

Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) sont des accords ratifiés entre deux États souverains. Ces traités et les chapitres sur l'investissement des traités de libre-échange, qui peuvent être bilatéraux, régionaux - comme l'ALENA - ou plurilatéraux - comme le Traité sur la Charte de l'énergie -, visent à offrir aux IDE un cadre légal qui puisse renforcer la confiance des investisseurs et l'attractivité d'un pays.

“ LA QUASI-TOTALITÉ DES 3200 TBI ONT UN ISDS ”

On compte aujourd'hui, depuis le premier traité bilatéral d'investissement signé entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959, quelques 3200 TBI et chapitres portant sur l'investissement dans les traités de libre-échange qui sont entrés en vigueur entre 180 pays du monde entier⁶.

En application de la règle de la nation la plus favorisée (clause NPF), selon laquelle un investisseur étranger ne saurait recevoir un traitement moins favorable que l'investisseur ressortissant de la nation la plus favorisée, ces traités font observer quatre principes généraux :

- La protection contre la discrimination : les clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée garantissent que l'État d'accueil traite des investisseurs étrangers comme les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers les mieux traités.
- La protection contre l'expropriation sans compensation adéquate. Cela concerne également l'expropriation indirecte qui peut être provoquée par des réglementations qui réduisent la valeur d'un investissement de manière significative.
- La protection contre un traitement injuste et inéquitable.
- La protection des transferts de capitaux : les États d'accueil ne peuvent limiter les transferts de capitaux.

6. CNUCED, *International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal*, n°4, juin 2013.

Pour assurer le respect de ces principes, ces accords offrent la possibilité de saisir les tribunaux locaux mais également, pour la quasi-totalité⁷ d'entre eux, d'avoir recours à un arbitrage international privé par le biais d'un règlement des différends entre investisseurs et États.

On n'a cependant moins affaire à un modèle d'ISDS qu'à une multiplicité de combinaisons possibles d'options. Il y a presque autant de modèles qu'il y a de formulations et de contenus différents dans chaque accord. Néanmoins ces accords partagent les caractéristiques fondamentales suivantes :

- L'investisseur peut initier une procédure d'arbitrage contre un État d'accueil s'il estime que ce dernier a violé les termes de l'accord préalable en prenant une mesure qui enfreint les principes généraux évoqués ci-dessus. Ces mesures peuvent être des décisions, des lois ou des changements de politique (pouvoir exécutif, judiciaire, législatif).
- Les parties prenantes constituent un panel *ad hoc* d'arbitrage, composé de trois arbitres ; chaque partie choisit un arbitre et le troisième est choisi d'un commun accord ou par une autorité investie du pouvoir de nomination.
- Pratiquement tous les TBI exigent ou recommandent un effort préalable de règlement des différends de manière amiable avant qu'un arbitrage ne soit engagé.
- Si l'État d'accueil est reconnu responsable d'une violation du TBI signé entre l'État d'accueil et l'État d'origine, le tribunal détermine les compensations à verser à l'investisseur (qui sont quasi-exclusivement financières).
- La décision finale de l'arbitrage est contraignante. Elle n'est *a priori* contestable que dans des circonstances exceptionnelles et aucun mécanisme d'appel n'est prévu.

Chaque accord contient des clauses indiquant les organismes et le système de règles auxquels on peut faire appel pour régler un litige, qu'il s'agisse d'un organisme international (les deux principaux étant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements - CIRDI - créé par la Banque mondiale et la Commission des Nations unies pour le droit commercial international - CNUDCI), ou des règles d'arbitrage privé *ad hoc* proposées par la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, la Chambre de commerce de Stockholm, etc. Ces institutions sont impartiales et n'arbitrent pas elles-mêmes les cas. Les divers systèmes définissent les règles d'arbitrage, mettent à disposition leur logistique et donnent généralement lieu à la création de panels *ad hoc* dont la neutralité des juges doit être assurée.

1.2. L'échec d'une voie multilatérale en matière d'investissement

La comparaison avec le mécanisme existant à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour le règlement des différends dans le commerce de biens et de services permet d'évaluer la spécificité de deux systèmes et leur impact dans un contexte de fort développement des IDE.

La différence qui existe entre les deux systèmes est d'abord structurelle, car l'OMC propose un mécanisme de règlement de différends qui oppose un État à un autre État : en cas de traitement anti-concurrentiel, un investisseur fait appel à son État d'origine pour tenter d'obtenir une solution amiable avec l'État d'accueil par la voie diplomatique ou avoir recours au règlement de différends de l'OMC.

Les jugements donnent également lieu à des mesures de nature complètement différentes. Dans le cas d'un arbitrage international privé entre investisseur et État, si le dommage subi par l'investisseur est jugé irréparable, ce dernier doit recevoir une compensation financière complète ; alors que pour les litiges portant sur les

7. L'OCDE estime en effet que 93% de ces accords offrent la possibilité d'avoir recours à un ISDS. *Investor-State Dispute Settlement*, Consultation publique 16 mai - 9 juillet, OCDE, 2012, p. 8.

biens et les services traités à l'OMC, le Mémorandum d'accord sur le règlement de différends (MRD) permet d'obtenir de l'État accusé de retirer la mesure jugée incompatible avec les règles de l'OMC, sans autre compensation financière.

Par ailleurs, d'une part, l'OMC autorise la publicité des décisions et dans la plupart des cas des débats, alors que l'on reproche aux arbitrages internationaux privés leur opacité.

D'autre part, lors de la négociation des accords qui instituaient l'OMC, il avait été estimé que les organes d'appel prenaient des décisions qui ont de lourdes conséquences pour les États membres et qu'un mécanisme d'appel devait être institué. À l'inverse, il n'y a pas de mécanisme de ce genre dans l'arbitrage international privé ; il n'y a qu'une procédure d'annulation prévue par le CIRDI qui ne peut être invoquée que dans des cas d'extrême injustice.

Enfin, alors que le commerce de biens et de services est régi par les règles de l'OMC, il n'y a pas de régime juridique multilatéral comparable pour les IDE, que ce soit pour les règles d'accès au marché ou les mécanismes de protection des investissements.

Le paysage d'ensemble des accords internationaux d'investissement (AII) est une mosaïque faite de milliers d'accords bilatéraux et d'accords régionaux ou plurilatéraux. L'état actuel de la jurisprudence internationale en matière d'investissement dépend de ces divers accords. Elle est établie au cas par cas par les sentences arbitrales et reste donc fragmentée et chaotique, avec différents niveaux de protection qui dépendent de l'origine et des cibles des flux d'investissement et des règles qui se superposent et sont parfois contradictoires.

L'intérêt d'un système de règles multilatérales serait d'harmoniser le droit des investissements internationaux et d'offrir un cadre plus clair et inclusif aux États et aux investisseurs. Il pourrait également offrir un mécanisme centralisé de résolution des conflits avec un organe d'appel qui donnerait un cadre juridique cohérent face à l'hétérogénéité des différents accords.

**“ LA VOIE
MULTILATÉRALE A ÉTÉ
TENTÉE À PLUSIEURS
REPRISES, SANS SUCCÈS ”**

La voie multilatérale a été tentée à plusieurs reprises, sans succès. Après l'échec du projet de l'OCDE en 1967 visant à négocier une convention sur la protection des biens étrangers, un code de conduite pour les entreprises transnationales avait été envisagé par les Nations unies en 1986 pour contribuer à la réalisation des objectifs de développement des pays où elles étaient implantées. Puis l'OCDE a à nouveau tenté de négocier en 1995 un accord multilatéral sur l'investissement (AMI) pour définir des normes élevées de libéralisation des régimes d'investissement et de protection de l'investissement doté de procédures efficaces de règlement des différends et certains membres de l'OMC avaient encore souhaité inscrire cet objectif dans l'agenda de Doha.

L'échec de l'AMI et l'hétérogénéité croissante des membres de l'OMC – avec l'entrée d'un nombre toujours plus important d'économies émergentes aux intérêts disparates – ne favorisent pas cependant à court terme à la relance de négociations multilatérales en matière d'investissement.

1.3. Les étapes historiques

L'absence de coordination multilatérale a donné ainsi lieu à un développement actif des TBI et des modèles d'ISDS, dans lequel on peut distinguer quatre grandes périodes.

- Les Européens ont été à l'initiative de la première phase de développement des TBI à la fin des années 50 et dans les années 60, alors que dans le cadre de la décolonisation, les pays les moins développés procédaient à des nationalisations d'entreprises étrangères pour reprendre le contrôle de leurs ressources naturelles. La phase encore transitoire de construction d'un État de droit dans ces pays, qui s'est traduite

par des abus envers les investisseurs étrangers⁸, a incité les Européens à renforcer la protection de leurs IDE en substituant au règlement des différends entre États un règlement entre investisseur et État d'accueil, qui permettait de déposer une plainte devant la Cour internationale de justice.

Les arbitrages exigeaient cependant encore une autorisation préalable de l'État d'accueil.

“ LES EUROPÉENS ONT
ÉTÉ À L'INITIATIVE DE
LA PREMIÈRE PHASE DE
DÉVELOPPEMENT DES TBI ”

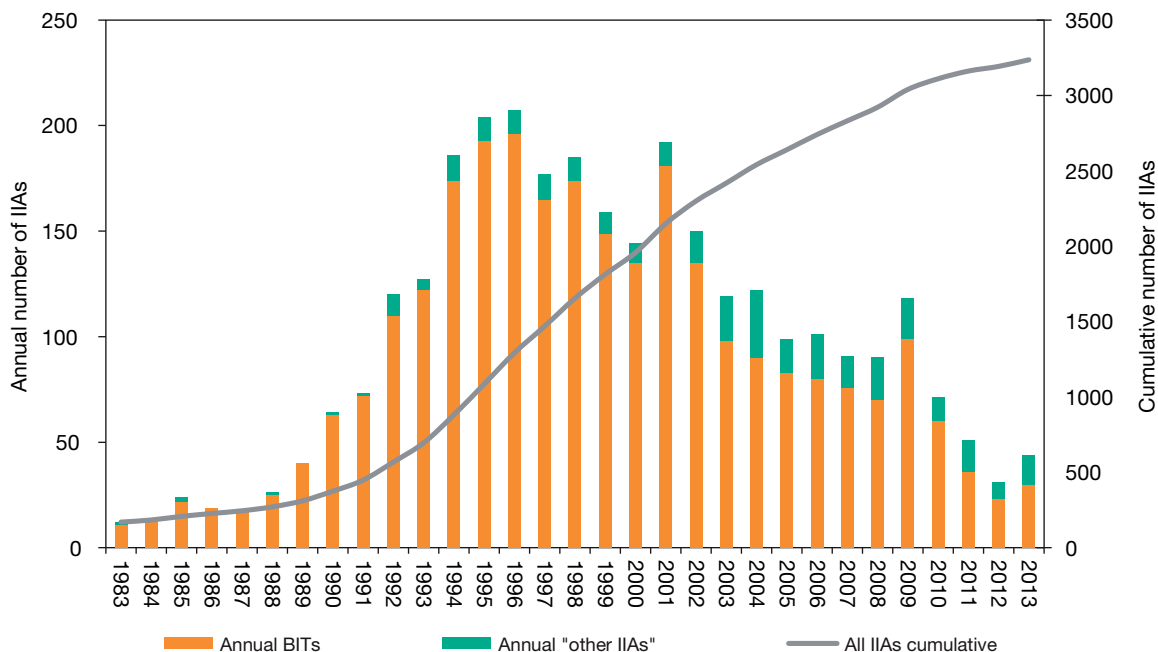
L'Allemagne, qui avait déjà signé en 1972 plus de 46 TBI avec des pays en développement, et était considéré comme l'un des pays exportateurs les plus actifs en matière d'accords bilatéraux d'investissement, n'avait adopté aucun système effectif d'arbitrage permettant à un investisseur de réclamer unilatéralement un arbitrage pour un large éventail de litiges et donc de s'adresser directement aux tribunaux nationaux de ce pays.

- Ce n'est que dans les années 80 que la multiplication des accords d'investissement bilatéraux initiés par les Européens incite les États-Unis à lancer eux-mêmes leur programme d'accords bilatéraux (à partir du premier BIT qu'ils signent en 1982), en développant des clauses qui permettent d'adresser directement une plainte, sans accord préalable de l'État d'accueil.

L'Allemagne a ainsi attendu de signer un TBI avec le Népal en 1988 pour adopter des clauses d'arbitrage permettant de déposer une plainte directement, sans autorisation préalable de l'État d'accueil.

- Une nouvelle génération de TBI et d'accords de libre-échange (ALE) ayant des clauses plus spécifiques pour la protection des investissements et des exceptions, a ensuite vu le jour à partir de la signature du Traité de l'ALENA signé entre les États-Unis, le Canada et le Mexique en 1994, premier traité plurilatéral entre pays développés ayant un système d'ISDS. Dans ces accords, une attention plus forte est notamment accordée aux enjeux de la protection de l'environnement, de la santé et des droits de l'homme.

GRAPHIQUE 1 ► Évolution du nombre de TBI signés dans le monde, 1983-2013



Source : CNUCED, 2014.

8. Les données statistiques sur l'expropriation d'IDE montrent qu'elles se sont multipliées dans les années 1960 et 1970 et ont été beaucoup plus rares par la suite. Il y aurait eu 136 expropriations dans les années 1960 et 423 dans les années 1970 ; plus que 17 en 1980, 22 dans les années 1990 et 27 de 2000 à 2006. Christopher Hajzler, « Expropriation of Foreign Direct Investments: Sectoral Patterns from 1993 to 2006 », *Review of World Economics (Weltwirtschaftliches Archiv)* 148, no. 1 (2012): 119-49. Selon Simon Lester, 24 pays auraient procédé à ces expropriations entre 1989 et 2006 (« Liberalization or Litigation? Time to Rethink the International Investment Regime », *Policy Analysis*, Cato Institute, n°730, 8 July 2013, p. 14)

- Enfin, la révision en 2012 du modèle américain de TBI et du chapitre portant sur l'investissement dans leurs traités bilatéraux de libre-échange⁹ marque une nouvelle dynamique de négociation, avec le lancement de négociations sur l'investissement avec des pays tels que la Chine ou l'Inde, ou dans un cadre méga-régional tel que ceux du Partenariat Trans-Pacifique (TPP) ou du TTIP. La nouvelle compétence de l'Union européenne en matière d'investissement, décidée par le Traité de Lisbonne en 2009, a engagé simultanément la Commission européenne à développer un nouveau modèle d'ISDS en lieu et place des divers modèles adoptés par les États membres pour mener à bien les négociations bilatérales engagées avec Singapour et le Canada.

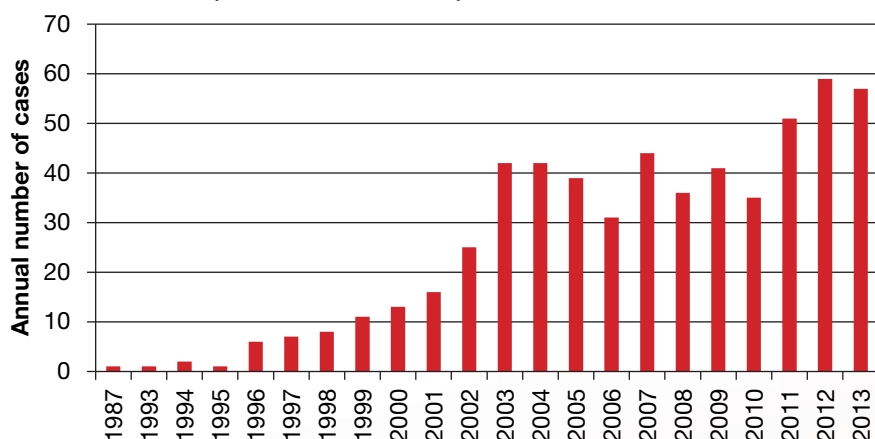
1.4. Les grandes tendances mondiales de protection des investissements

Le recours à des mécanismes d'ISDS est une réalité bien établie du monde de l'IDE et il est indispensable de resituer le débat dans le contexte de l'accroissement du nombre de TBI à travers le monde.

Pendant les années 1990, il y a eu une augmentation des accords bilatéraux d'investissement. Le nombre de TBI a été multiplié par cinq entre la fin des années 1980 et la fin des années 1990 (passant de 385 à 1857)¹⁰, et malgré un ralentissement du nombre de nouveaux TBI à partir des années 2000, atteint aujourd'hui un total de 3 200 TBI dans le monde.

Le stock extérieur d'IDE a également subi une croissance remarquable, puisqu'il a été multiplié par dix en 20 ans, passant de 2 400 milliards de dollars en 1992 à 23 600 milliards de dollars en 2012¹¹.

GRAPHIQUE 2 ► Nombre de plaintes identifiées traitées par un ISDS, annuel (1987-2013)



Source : CNUCED, avril 2014.

**FORTE AUGMENTATION
DES LITIGES À PARTIR
DES ANNÉES 2000, AVEC
AU TOTAL 568 PLAINTES
DÉPOSÉES ENTRE LES
PREMIERS ISDS ET FIN 2013**

Ces tendances se sont accompagnées par une forte augmentation du nombre de litiges traités par des tribunaux internationaux d'arbitrage à partir des années 2000, avec au moins 30 nouveaux cas par an à partir de 2003 et de nouveaux records du nombre de plaintes déposées depuis le début de la crise en 2008.

La dernière étude de la CNUCED sur le développement des ISDS¹² a ainsi identifiée un total de 568 plaintes déposées entre l'introduction des premiers ISDS et fin

9. La révision a porté notamment sur la définition de traitement juste et équitable, qui a été alignée sur le droit international coutumier afin d'en restreindre la portée et le renforcement des volets concernant les législations portant sur l'environnement et l'emploi.

10. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties, 1959-1999 UNCTAD/ITE/IIA/2*, 2000.

11. CNUCED, *World Investment Report, Global Value Chains: Investment and Trade Development*, 2013.

12. CNUCED, « Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) », *IIA Issues Note*, No. 1, April 2014, at 1.

2013. La majeure partie des forums d'arbitrage n'ayant pas de registre de plaintes, le nombre total de litiges serait néanmoins vraisemblablement plus important.

Les secteurs concernés par ces plaintes sont traditionnellement des secteurs impliquant une forte intervention étatique (propriété de l'État, forte régulation et/ou subventions) : pétrole et gaz, mines, forêt, agriculture, construction et gestion d'infrastructures, télécommunications, énergie, finances, tourisme, gestion de l'eau et des déchets, médias, etc.

Les litiges sont liés généralement à des mesures prises pour lutter contre la crise financière, l'annulation de concessions ou de licences, un changement de législation environnementale ou de fiscalité, une modification des droits à l'exportation et des taux de redevances, le non-respect de contrats d'investissement, des privatisations ou nationalisations de sociétés...

Par ailleurs, bien que ce phénomène reste minoritaire, on observe également un changement de stratégie de certains pays qui les conduit à abandonner l'utilisation des ISDS.

La Bolivie, le Venezuela et l'Équateur se sont retirés du CIRDI et n'ont pas renouvelé certains de leurs TBI. L'Afrique du Sud entend se retirer des traités qui comportent un ISDS et renforcer leur juridiction nationale. L'Indonésie a annoncé ne pas vouloir renouveler les traités de ce type qui arrivent à expiration. Enfin, l'Australie se réserve le droit de déterminer au cas par cas la nécessité d'avoir recours à un ISDS et avait notamment éliminé toute disposition relative à la protection des investissements dans son accord de libre-échange avec les États-Unis de 2004¹³.

1.5. La répartition des litiges dans le monde : pays d'origine et pays cibles

Les investisseurs qui proviennent des économies à forte exportation de capital sont ceux qui ont le plus souvent recours aux ISDS. Les investisseurs des pays développés sont ainsi à l'origine de 85% des plaintes déposées entre 1987 et fin 2013.

Parmi les 98 pays qui ont été concernés par l'ensemble des plaintes identifiées, environ les trois quarts ont été adressées à des pays en voie de développement ou en transition et seulement 27% à des pays développés.

Les pays ayant reçu le plus de plaintes étaient l'Argentine et le Venezuela, suivi de la République tchèque, l'Égypte, l'Équateur, le Canada, le Mexique, la Pologne et les États-Unis.

1.6. L'ISDS aux États-Unis et dans l'UE

À l'heure actuelle, les États-Unis ont signé des accords d'investissement avec 57 pays et font la promotion de leur modèle d'ISDS, bien que ces accords ne couvrent encore que 21% de leur stock d'IDE.

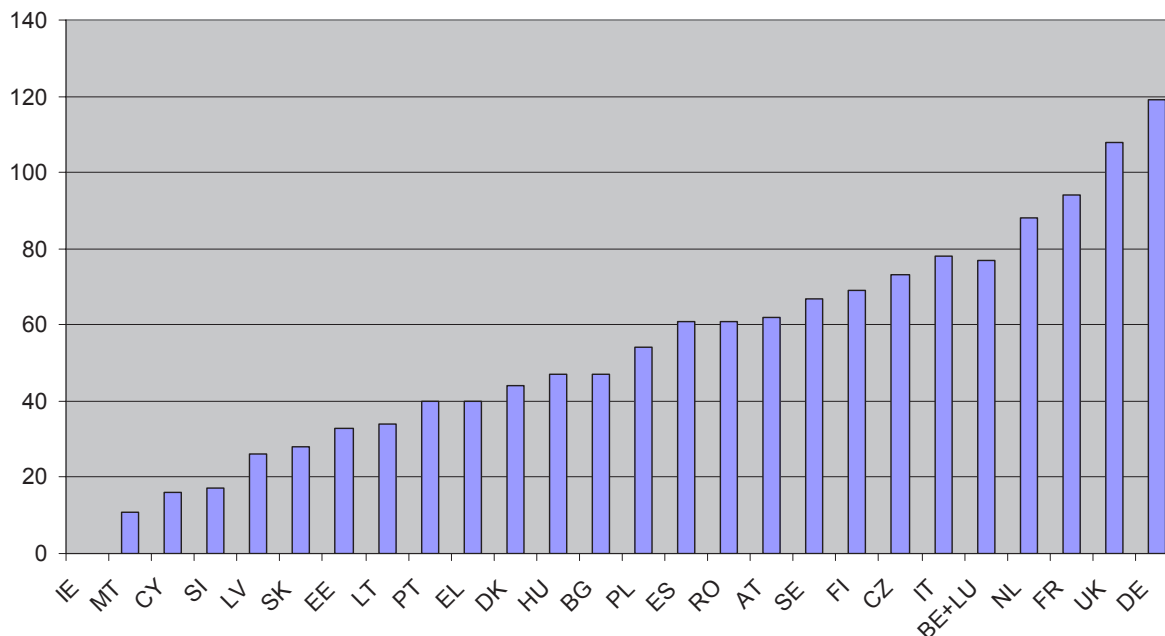
“ LES ÉTATS MEMBRES DE L'UE COMPTENT 1 365 TBI SIGNÉS AVEC DES ÉTATS TIERS, PLUS ENVIRON 190 TBI INTRA-EUROPÉENS ”

Pour sa part, l'UE n'a encore été amenée à ratifier qu'un traité contenant un mécanisme d'ISDS – le Traité sur la Charte de l'énergie de 1994 rassemblant 53 membres –, et a conclu deux accords de libre-échange contenant un ISDS, respectivement avec Singapour en décembre 2012 et avec le Canada en septembre 2014, qui ne sont pas encore ratifiés.

13. Les TBI australiens contenaient traditionnellement des clauses d'ISDS jusqu'à cet accord de libre-échange signé en 2004 avec les États-Unis qui n'en contenait pas. Échaudée par la plainte déposée en 2011 par le groupe américain Philip Morris via l'accord bilatéral d'investissement signé avec Hong Kong en 1993, le gouvernement Gillard avait alors décidé de ne plus inscrire de clauses d'ISDS dans ses traités bilatéraux. Mais l'Australie a signé un accord de libre-échange avec la Corée en 2013 qui contient un ISDS et vient de conclure un accord de libre-échange avec la Chine le 17 novembre 2014 qui en contient également un et accepterait en fin de compte qu'un tel système soit intégré dans l'accord du TPP encore en cours de négociation.

Mais l'ensemble des États membres comptent un total de 1 356 TBI signés avec des États tiers, auxquels s'ajoutent environ 190 TBI intra-européens ; bien que les États membres aient développé des stratégies très différentes, puisque l'Allemagne en a signé 131, la France 91, tandis que l'Irlande n'en pas à son actif.

GRAPHIQUE 3 ► Vue d'ensemble du nombre de traités bilatéraux d'investissements conclus par les États membres de l'UE



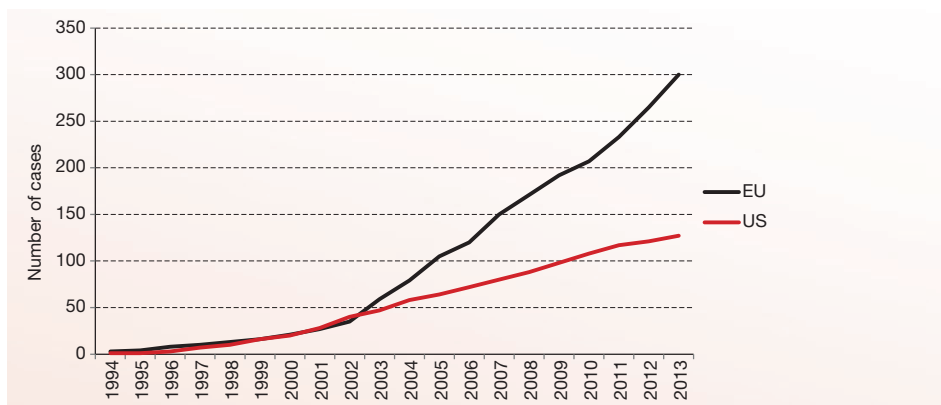
Les investisseurs américains et européens sont à l'origine de 75% de l'ensemble des plaintes identifiées¹⁴.

CE SONT LES EUROPEENS QUI ONT DÉPOSÉ LE PLUS DE PLAINTES

Alors qu'avec 127 plaintes, les Américains sont en tête du classement mondial des pays d'origine des investisseurs ayant déposé le plus de plaintes, on évoque couramment une culture américaine du litige.

Cependant, si l'on comptabilise toutes les plaintes déposées par l'ensemble des États membres de l'UE, ce sont les Européens qui ont déposé le plus de plaintes dans le monde (300 pour l'ensemble des Vingt-huit).

GRAPHIQUE 4 ► Nombre de plaintes déposées par les États-Unis et les États membres de l'UE, cumulatif



Source : UNCTAD Juin 2014 US-UE

14. CNUCED, *Investor-State Dispute Settlement: an information note on the United States and the European Union*, janvier 2014.

Le volume du stock d'IDE entre les États-Unis et l'UE est, de manière réciproque, le plus important dans chacun des deux ensembles : les Européens représentent 62% des IDE aux États-Unis (1 600 milliards de dollars) et les États-Unis représentent 38% des investissements étrangers dans l'UE (1 900 milliards de dollars). Depuis le début du siècle, l'Europe a attiré 56% de l'ensemble des investissements étrangers américains¹⁵.

Cependant, la majorité des États membres n'ont pas signé jusqu'ici d'accord d'investissement avec les États-Unis¹⁶, puisque seuls 9 États membres (Bulgarie, Croatie, République tchèque, Estonie, Lituanie, Lettonie, Pologne, Roumanie et Slovaquie¹⁷) ont signé de tels accords comprenant un mécanisme d'ISDS.

**75% DES PLAINTES
ADRESSÉES AUX
ÉTATS MEMBRES
SONT DES PLAINTES
INTRA-EUROPEENNES¹⁸**

Les États-Unis n'ont reçu que 16 plaintes ; alors que les Européens en ont reçu 117. Mais il faut noter que 75% des plaintes adressées aux États membres sont des plaintes intra-européennes.

À l'heure actuelle, il y eu 9 plaintes entre les États-Unis et l'UE, toutes adressées par des investisseurs américains (4 à la Pologne, 3 à la Roumanie, une à la République tchèque et une à l'Estonie), et représentant 7% de toutes les plaintes adressées par des investisseurs américains.

Les investisseurs venant des États-Unis ou de l'UE n'ont gagné qu'un tiers des litiges et conclu un compromis pour un quart supplémentaire des cas répertoriés.

2. Arguments pour et contre l'ISDS

2.1. L'harmonisation des règles contentieuses en matière d'investissement

La compétence exclusive en matière de commerce extérieur donnée à l'UE à la suite de la création d'une union douanière, ne donnait à l'UE qu'une compétence pour certains aspects des investissements transfrontaliers (notamment dans le domaine des services). Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les États membres ont ainsi conservé une compétence générale pour la conclusion de TBI, la régulation de la protection des investissements et le traitement après l'établissement. L'UE était généralement compétente pour l'accès aux marchés des investissements, mais elle n'avait pas d'approche globale en matière d'investissements internationaux¹⁸.

En permettant désormais à l'UE de négocier l'ensemble des aspects liés à l'IDE¹⁹ au nom des États membres de l'UE, le Traité de Lisbonne lui permet de devenir un acteur unique et cohérent sur la scène internationale dans le domaine du commerce et de l'investissement.

La Commission européenne négocie ainsi à l'heure actuelle des accords d'investissement avec la Chine et le Myanmar ; et elle a entrepris de négocier ou de mettre à jour des accords commerciaux comprenant un chapitre sur l'investissement avec l'Inde, le Japon, le Maroc, Thaïlande, le Viêt Nam²⁰. Tous ces accords incluent une mention sur l'ISDS. Fin 2014, aucun de ces accords n'est encore entré en vigueur ; seuls les accords avec le Canada et Singapour sont conclus et attendent d'être ratifiés par le Conseil et le Parlement européen.

15. Contre 1,2% pour la Chine. Daniel S. Hamilton and Joseph P. Quinlan, *The Transatlantic economy 2014*, Center for Transatlantic Relations Johns Hopkins University | Paul H. Nitze School of Advanced International Studies, vol. 1, 2014.

16. *Ibid.*, CNUCED.

17. Ces États sont tous des États qui allaient adhérer à l'UE et avec lesquels les États-Unis avaient souhaité au préalable signer des accords d'investissement.

18. Parlement européen, Direction générale des politiques externes, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international depuis le Traité de Lisbonne*, 2010.

19. Cette compétence ne concerne donc pas les investissements de portefeuille, qui désignent les investissements à court terme focalisés sur le taux de retour sur investissement, sans contrôle dans la gestion, et présentant un caractère en partie spéculatif.

20. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-951_en.htm.

**“ LA NOUVELLE
COMPÉTENCE DE L’UE EN
MATIÈRE D’INVESTISSEMENT
APPELLE À HARMONISER LES
APPROCHES JURIDIQUES DES
ÉTATS MEMBRES SUR L’ISDS ”**

Cette réforme institutionnelle appelle cependant à l'élimination progressive de tous les TBI intra-UE signés. La Commission européenne a signalé que les 190 TBI intra-européens existants ne sont pas conformes au principe de libre concurrence appliqué dans le marché unique puisqu'ils donnent un statut privilégié exclusif aux pays qui les ont signés au détriment des autres. Ces accords sont encore opérationnels et dans le cadre du débat portant sur l'ISDS, la suppression progressive de ces TBI intra-UE reste indispensable.

Par ailleurs, avant que le domaine de l'IDE n'entre dans les compétences de l'UE, chaque État membre (sauf l'Irlande) a individuellement négocié une quantité importante d'accords bilatéraux d'investissements avec un très grand nombre de partenaires commerciaux dans le monde.

Les États membres n'ont pas signé les mêmes accords avec les mêmes pays, et les accords ratifiés n'ont pas adoptés les mêmes standards²¹. Cela signifie que les entreprises européennes ont affaire à un terrain de jeu inégal pour leurs investissements, car elles bénéficient de manière variable de la signature ou non d'accords entre leur pays d'origine et le pays d'accueil. Le passage à une politique d'investissement intégrée au niveau communautaire permettrait donc d'harmoniser les approches juridiques. Cela bénéficierait également aux investisseurs étrangers pour lesquels la standardisation des règles juridiques offrirait un accès unique et simplifié à l'ensemble du marché unique.

Un accord d'investissement contenant une clause d'ISDS avec les États-Unis permettrait également aux États membres qui n'avaient pas jusqu'alors signé de BIT avec les États-Unis, d'être sur un pied d'égalité avec les neuf États membres, situés en Europe de l'Est, qui en ont déjà signé un²². En outre, ces derniers avaient adopté le modèle d'ISDS qui précédait le modèle de dernière génération dont il serait en question dans le TTIP et dont certains aspects étaient encore mal définis ou imprécis. Cela permettrait donc à ces neuf États d'Europe orientale, qui ont fait l'objet de nombreux litiges, de se doter d'un mécanisme plus rigoureux.

2.2. Un accord d'investissement à valeur géostratégique

L'actuel patchwork d'accord bilatéraux et l'inconsistance des décisions arbitrales d'un cas à l'autre réduit la prévisibilité du cadre légal pour les investisseurs. La convergence des modèles d'ISDS permettrait d'harmoniser les standards pour tous les investisseurs et de favoriser la convergence de la jurisprudence des tribunaux d'arbitrage. En l'absence d'un organe juridique multilatéral pour la protection des IDE comparable au MRD de l'OMC, la négociation d'un modèle d'ISDS adopté au niveau régional puis multirégional serait donc une étape intermédiaire qui pourrait s'avérer décisive pour promouvoir des règles multilatérales.

**“ UN ACCORD ENTRE
LES ÉTATS-UNIS ET L’UE
POURRAIT OUVRIR LA VOIE
À LA GÉNÉRALISATION
DE CES STANDARDS À
TRAVERS LE MONDE ”**

Les accords CETA (accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada), TTIP et TPP - dans lequel les États-Unis et l'UE cherchent à promouvoir leur modèle d'ISDS - contribueraient à favoriser plus de cohérence à l'échelle régionale sur un certain modèle d'accord d'investissement. Un accord entre les États-Unis et l'UE, qui reçoivent ensemble 40% des IDE mondiaux et représentent 47% du total mondial des sorties d'investissements, pourrait également ouvrir la voie à la généralisation de ces standards à travers le monde en vue d'un futur accord multilatéral en matière d'investissement.

Il y a donc également un argument géostratégique qui plaide pour l'inclusion d'un ISDS dans le TTIP et qui mérite d'être discuté : la réussite d'une telle négociation favoriserait la création d'un précédent pour toute négociation avec des partenaires stratégiques tels que la Chine.

21. Parlement européen, *Ibid*, 2010, tableau 9, p. 78.

22. « Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union », *IIA Issue Note*, No. 2, 2014.

Les États-Unis et l'UE négocient séparément un accord bilatéral d'investissement avec la Chine ; et si l'UE parvient à conclure avec succès la négociation d'un TBI avec la Chine, ce traité serait en outre un tremplin pour un futur traité bilatéral de libre-échange.

Or, la Chine est loin d'être opposée aux accords d'investissement et aux tribunaux d'arbitrage. Initialement, en tant que pays importateur de capital, la Chine a signé des accords d'investissement pendant des décennies en proposant un modèle qui défend la perception chinoise de ses intérêts économiques nationaux. Mais à mesure qu'elle s'est imposée également comme un pays exportateur de capital, son modèle de TBI a évolué. Depuis la fin des années 1990, Pékin a accepté progressivement la discipline internationale en matière d'investissements jusqu'à garantir des protections procédurales substantielles à ses investisseurs.

Les récents accords chinois sont ainsi comparables au modèle standard des TBI européens, mais il y a une pierre d'achoppement majeure. La Chine reconnaît le principe du traitement national pour les entreprises étrangères déjà implantées mais refuse traditionnellement d'étendre ce droit aux investisseurs étrangers qui veulent accéder au marché chinois – cf. la phase dite de préinvestissement – et fixent des seuils maximums pour des investissements étrangers dans les entreprises d'État.

Pékin a déjà déclaré vouloir faire des concessions sans précédent sur ce point décisif de l'accès au marché et être disposé à accepter les demandes des Américains. La perspective d'un renforcement de la coopération transatlantique permettrait donc de renforcer la pression sur le gouvernement chinois. Mais si l'UE et les USA ne parviennent pas à faire aboutir leurs négociations sur l'inclusion d'un ISDS dans le TTIP, l'on pourrait craindre que la Chine saisisse l'occasion de cet accord manqué pour ne pas inclure un tel mécanisme dans les futurs accords bilatéraux qu'elle serait amenée à signer avec l'UE et les USA.

2.3. Les bénéfices d'un cadre légal pour les investissements

**LES INVESTISSEURS
VALORISENT LA NEUTRALITÉ
DU PROCÈS, LA FLEXIBILITÉ ET
LA RAPIDITÉ DE LA PROCÉDURE,
ET LA FORCE EXÉCUTOIRE DU
JUGEMENT DES ISDS”**

Les investisseurs peuvent avoir intérêt à choisir l'arbitrage international plutôt qu'un recours aux tribunaux nationaux, en raison de la neutralité du procès, de la flexibilité et de la rapidité de la procédure, et de la force exécutoire du jugement.

Un investisseur étranger pourrait être réticent à être jugé par le système juridique du même État qui l'a traité de façon inéquitable, ou l'a exproprié de son investissement, en raison du risque de conflit d'intérêts. S'il a le choix, il préférera avoir recours à un système dépolitisé de règlement des conflits, qui ne peut lui être assuré que par un tribunal neutre, qui n'est pas rattaché à un pays d'origine. En outre, l'investisseur peut être plus familier du système d'arbitrage international que du système juridique d'un pays étranger. Les règles d'arbitrage sont réduites, plus flexibles et moins complexes que celles des procédures judiciaires habituelles.

La procédure d'un arbitrage international est généralement plus rapide que celle des tribunaux nationaux. Les arbitres ne suivent qu'un dossier à la fois alors que les juges des tribunaux nationaux traitent simultanément plusieurs dossiers. En revanche, le coût de la procédure s'avèrera plus ou moins élevé en fonction des procédures nationales.

Enfin, un accord d'investissement qui inclut un ISDS dénote un fort engagement des pays signataires à garantir un environnement stable et prévisible pour les investisseurs. Les TBI avec ISDS visent à empêcher qu'un État puisse violer les engagements pris dans ces accords. Ils visent en ce sens à offrir un dispositif juridique qui contribue à stabiliser les relations entre investisseurs et État. De nombreuses analyses ont comparé l'ISDS à une sorte de Haute cour internationale, sans capacité de coercition, mais qui aurait la fonction de contrôle juridictionnel sur les actions gouvernementales.

2.4. Influence des ISDS sur les choix stratégiques des investisseurs

De nombreux pays perçoivent les TBI comme des instruments stratégiques pour attirer ou encourager les investissements dans leur pays. L'inclusion d'un ISDS dans le TTIP pourrait-elle alors favoriser l'accroissement de flux d'IDE entre les deux ensembles ? Ces questions renvoient au débat plus large concernant la capacité *sui generis* des ISDS à favoriser la création macro-économique de richesse.

“ IL N'Y A PAS DE
RELATION STATISTIQUE
ÉVIDENTE ENTRE LES TBI ET
L'AUGMENTATION DES IDE ”

L'attractivité d'une économie pour les investisseurs étrangers dépend de divers facteurs qui ne se résument pas aux seules règles de protection des IDE²³. La CNUCED comme de nombreux chercheurs, tout en soulignant les difficultés d'un calcul économétrique sur ce point, ne parviennent pas à établir une relation statistique évidente entre les TBI et l'augmentation des IDE²⁴.

L'absence d'un TBI avec clause d'ISDS entre les États-Unis et la plupart des États membres de l'UE n'a pas empêché qu'il y ait des flux d'IDE très importants entre les deux régions et *a contrario*, les neuf États membres qui ont signé un TBI avec les États-Unis comprenant un ISDS ne couvrent que 1% du stock d'IDE américains dans l'UE et 0,1% du stock d'IDE européens aux États-Unis.

L'argument selon lequel l'absence d'ISDS entre les États-Unis et l'UE favoriserait un effet de diversion des IDE vers des pays tiers plus attractifs peut donc être relativisé.

Il resterait à évaluer si parmi les mesures que prennent les États pour créer un environnement favorable aux investisseurs, la possibilité d'avoir recours à un ISDS pèse de manière déterminante sur les choix stratégiques des investisseurs. En dépit de la couverture médiatique dont fait l'objet l'ISDS, l'arbitrage international reste un instrument souvent négligé par l'arsenal juridique des corporations multinationales²⁵. De nombreuses considérations non-juridiques, comme des critères commerciaux et fiscaux peuvent prévaloir dans leurs décisions stratégiques d'investissement²⁶. Les mauvaises ou les bonnes expériences que d'autres investisseurs ont pu avoir par le passé dans certains États peuvent également tout autant influencer leurs décisions.

2.5. Les tribunaux d'arbitrage en procès : l'illégitimité du mécanisme

Des investisseurs étrangers peuvent porter plainte contre un gouvernement et s'en prendre à des lois, des réglementations ou des changements de politiques qui portent atteinte à leurs intérêts financiers, en application des quatre principaux énoncés précédemment. Mais étant donné qu'à l'issue d'un jugement favorable à l'investisseur, un tribunal arbitral ne peut demander qu'une compensation financière, il n'y a pas la possibilité de demander à un État qu'il retire ou amende la décision ou loi qui viole les accords signés et les États leur pouvoir souverain de régulation.

“ LE DROIT DE RÉGULER
DES ÉTATS EST DÉFENDU
PAR LES DÉCISIONS
ARBITRALES DES ISDS ”

Ce droit de réguler est inscrit dans les derniers traités d'investissement et est défendu par les décisions arbitrales. Dans le cas *Chemtura vs Canada* l'entreprise américaine de pesticides *Chemtura* s'était appuyée sur l'ISDS de l'ALENA pour contester le changement de réglementation interdisant l'utilisation de certains pesticides dont il était producteur. Le tribunal d'arbitrage a reconnu expressément le droit souverain de l'État canadien à légiférer selon son

23. Coût peu élevé de la main d'œuvre, ressources naturelles, main d'œuvre qualifiée, marché local important et en pleine expansion, systèmes économiques et politiques stables...

24. Tobin, Jennifer & Susan Rose-Ackerman, « Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the impact of bilateral Investment treaties », Yale Law School Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293, Yale University, New Haven, CT, 2005 ; Jason Webb Yackee, « Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the rule of (international) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », *Law and society review*, Volume 42, Number 4, 2008 ; Susan D: Franck, « The Legitimacy crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, 1521, 2004-2005.

25. Freyer, D. H., et al., *Arbitration under Bilateral Investment Treaties: An often overlooked tool*, Mealy's International Arbitration Report, mai 1998.

26. Jason Webb Yackee, « Bilateral Investment treaties, Credible Commitment, and the Rule of (international) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », *42 Law & Society Rev.* 805, 2008.

gré pour prendre des décisions scientifiques en matière de réglementations environnementales et s'est opposé à toutes les requêtes de l'investisseur²⁷.

Pourtant le risque pour un gouvernement de devoir payer une compensation financière importante peut l'inciter à retirer ou assouplir une loi, décision ou réglementation. On parle alors d'un « gel réglementaire » qui équivaut en somme pour les critiques de l'ISDS à une capacité indirecte des investisseurs étrangers à influencer les législations. La Nouvelle-Zélande a ainsi suspendu sa décision de modification de la législation sur les paquets de cigarettes, en attendant de connaître l'issue de la plainte déposée par Philip Morris contre le gouvernement australien pour un changement de législation du même type²⁸.

Les défenseurs de l'ISDS estiment néanmoins que la capacité d'un investisseur de contraindre/réviser/influencer par un arbitrage international les décisions étatiques à tout niveau exécutif, législatif et judiciaire, est exagérée. Ils rappellent également que les résultats finaux des arbitrages sont plus souvent favorables aux États qu'aux investisseurs. Selon les statistiques de l'ONU, la majorité des 274 décisions finales qui ont été formulées sur le total des 568 plaintes recensées jusqu'ici, ont en effet été favorables aux États : 43% ont abouti à un jugement favorable à l'État d'accueil, 31% en faveur de l'investisseur et 26% ont été réglées à l'amiable (sans que l'on ait plus de détails sur les modalités de ces compromis puisque les informations restent confidentielles).

Les défenseurs de l'ISDS rappellent aussi que les investisseurs ne prennent pas à la légère la décision de porter plainte contre un État, car ils savent que ces derniers défendront vigoureusement leur position et qu'ils disposent de capacités financière virtuellement infinies, alors qu'eux-mêmes prennent un grand risque financier avec des possibilités de recouvrement des coûts qui dépendent du jugement final. En outre, la décision prise en dernier recours de porter plainte contre un État peut contribuer à dégrader les relations qui se sont déjà détériorées entre l'investisseur et l'État d'accueil, et peut comporter des risques pour de futures opérations.

2.6. L'ISDS entre pays développés est-il indispensable ?

Parmi ceux qui s'opposent à l'inclusion d'un ISDS dans le TTIP, on peut distinguer ceux qui le considèrent comme un instrument illégitime et ceux qui le considèrent inutile.

Certes, pour certains, il existe des risques de politisation des procès menés dans certains pays en voie de développement, dans lesquels les systèmes juridiques n'offrent pas de garanties suffisantes ou peuvent être corrompus. Mais un tel risque ne serait pas envisageable dans les démocraties américaines et européennes. Un grand nombre de pays ont déjà adopté des lois nationales qui protègent contre l'expropriation directe et indirecte, et les États-Unis et les États membres de l'UE en font bien entendu partie. Pourquoi alors avoir recours à un arbitrage international ?

L'Australie avait ainsi obtenu des États-Unis de ne pas inclure d'ISDS dans leur accord commercial de 2004, car « les deux pays ont un système solide et développé de résolution des disputes entre investisseurs et États ». Dans le même esprit, en mai 2013 le Parlement européen a voté à l'unanimité pour une clarification explicite mentionnant que les futurs accords d'investissement n'incluraient un ISDS que dans des cas qui pourraient être justifiés²⁹.

“ LES ALTERNATIVES :
CONSULTATION, MÉDIATION,
ACCORD INVESTISSEUR-ÉTAT
À FORCE CONTRAIGNANTE,
PROTECTION DIPLOMATIQUE,
ASSURANCE PRIVÉE...”

Les opposants à l'ISDS rappellent ainsi que les investisseurs ont à leur disposition un éventail d'alternatives pour le règlement de contentieux qui pourraient substituer ou compléter un ISDS. Avant même d'avoir recours aux tribunaux nationaux, ils invoquent la voie d'une consultation et d'une médiation. Les règlements de différends issus d'accord investisseur-État à force contraignante offrent également une alternative ; tout comme la protection

27. <http://italaw.com/documents/ChemturaAward.pdf>

28. Lauge N. Skovgaard Poulsen & al., « Costs and benefits of an EU-USA investment protection treaty », *LSE Entreprise*, avril 2013, p. 39.

29. Résolution du Parlement européen du 23 mai 2013 sur les négociations en vue d'un accord en matière de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis.

diplomatique qui suppose que l'État d'origine défende l'investisseur contre l'État d'accueil en faisant appel à une cour internationale.

Les investisseurs peuvent également chercher à se prémunir de tout risque politique en souscrivant à des systèmes d'assurance privée, qui ont l'avantage de garantir des compensations aux investisseurs sans dépendre de la volonté de l'État d'accueil de couvrir les dommages, ou en se tournant vers des institutions internationales qui permettent de financer le coût des procédures, comme l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) ou des organismes public nationaux.

En outre, le recours à l'ISDS pourrait donner lieu à des situations indésirables, que l'on a connues dans le contexte de la construction du marché unique, comme le phénomène de la discrimination inversée. C'est-à-dire que les investisseurs américains auraient le privilège d'avoir recours à un tribunal d'arbitrage international alors que les investisseurs européens n'auraient pas la même possibilité et devraient passer par les tribunaux nationaux ; et réciproquement.

Un autre enjeu, qui dérive de l'aspect fragmenté du réseau de TBI dans le monde, est qu'une entreprise dont le pays d'origine n'a pas un accord d'investissement avec le pays d'accueil pourrait être tentée d'acheter une entreprise, ou de renforcer ses activités dans un troisième État qui a signé un TBI avec le pays d'accueil visé afin de pouvoir jouir des protections légales que lui offre ce TBI. Dans l'affaire Philip Morris contre le gouvernement australien, on avait ainsi reproché à la multinationale d'avoir contourné l'absence de traité bilatéral entre l'Australie et les États-Unis permettant d'avoir recours à un ISDS, en rachetant l'intégralité de sa filiale de Hong Kong pour être en mesure d'attaquer le gouvernement australien en vertu du traité bilatéral Hong Kong-Australie. L'UE et le Canada ont ainsi entrepris d'éviter cette possibilité de *treaty shopping* en précisant dans le CETA les conditions d'activité commerciale qui sont nécessaires pour qu'un investisseur puisse porter plainte.

Enfin, pour les critiques de l'ISDS, déléguer l'autorité à un tribunal transnational ne se fait pas sans un certain coût politique.

L'internationalisation de la justice n'est certainement pas en elle-même une nouveauté. La Cour internationale de justice, comme la Cour de justice de l'UE et toutes les disciplines internationales, participent à un mouvement de limitation de la souveraineté nationale. Si l'externalisation des régimes juridiques et l'érosion des compétences de l'État-nation sont des phénomènes déjà bien amorcés et renforcés par la mondialisation, la question d'ordre politico-morale est plutôt de déterminer quelles sont les limitations de la souveraineté qui sont acceptables et à qui et pourquoi l'on délègue des fonctions étatiques.

UN RISQUE DE PRIVATISATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Les tribunaux d'arbitrage internationaux se voient ainsi reprocher de privatiser le droit public international³⁰. Comme le souligne Simon Lester, l'enjeu concerne le « rôle des cours internationales dans la gouvernance globale : est-on à l'aise avec des tribunaux internationaux qui agissent comme des hautes cours transnationales sur des questions traditionnellement confiées à la sphère domestique ? Quelles obligations a-t-on créé ? Quelle est la portée de ce pouvoir ? Qui a accès à ces cours d'appel ? Jusqu'à quel point ces obligations sont-elles contraignantes ? Quelle est l'architecture du système ? »³¹.

30. Susan D. Franck, « The Legitimacy crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, 1521, 2005.

31. Simon Lester, « The Sad State of the Investor-State Debate », *Huffington Post*, 22 octobre 2014.

2.7. Les enjeux de transparence

Les procédures d'arbitrage relatives aux investissements ont reposé jusqu'ici sur un modèle d'arbitrage commercial qui demande un certain niveau de confidentialité. Trop de transparence pourrait avoir des coûts politiques importants, car ils augmenteraient l'attention médiatique sur les cas les plus controversés.

Mais l'ISDS diffère du règlement des contentieux commerciaux par son caractère hybride privé/public et implique un État souverain qui a des obligations de transparence vis-à-vis de ses citoyens. Les représentants de la société civile et des ONG qui s'opposent à l'ISDS dénoncent ainsi l'opacité de ces procès d'arbitrage qui se déroulent à huis clos avec peu d'information mise à disposition du public. Les documents restent généralement confidentiels et le public n'est pas admis aux audiences, voire dans certains cas n'est même pas informé de certains litiges.

On pourrait objecter que cette critique concernant le manque de transparence des procédures néglige le fait que, même dans certaines démocraties avancées, les tribunaux nationaux peuvent être parfois aussi peu transparents que les tribunaux d'arbitrage. Mais le besoin de transparence est une revendication de plus en plus forte des sociétés civiles. Avoir un système plus transparent qui offre un cadre plus sûr et prévisible renforcerait la légitimité des processus d'arbitrage.

“ LA COMMISSION
INTRODUIT UNE CLAUSE DE
TRANSPARENCE COMPLÈTE
DANS L'ISDS DU CETA ”

Pour leur part, dès le milieu des années 2000, les États-Unis et le Canada avaient fait un pas important en introduisant une exigence plus forte de transparence dans leurs modèles d'accords d'investissement³². La Commission européenne a ainsi à son tour entrepris de renforcer la transparence de son modèle d'ISDS à l'occasion des négociations menées avec le Canada et Singapour, en introduisant une clause de transparence complète (audience publique, publication des documents, consultation des parties prenantes à la procédure, ...).

2.8. Le choix des arbitres

Puisque le principal objectif d'un recours à un tribunal d'arbitrage est d'adopter une procédure judiciaire qui soit indépendante, impartiale et donc dépolitisée, l'indépendance effective des juges d'arbitrage et leur impartialité sont également mis en cause.

En l'absence de règles ou de codes d'éthique universels pour les juges d'arbitrage, la Convention du CIRDI établit des normes pour la sélection des membres des panels (qui sont soit les avocats de grands cabinets, soit des professeurs spécialisés dans l'arbitrage international). Les cabinets d'avocat des parties prenantes sont chargés de sélectionner deux arbitres à partir d'une liste fournie par l'institution de référence. Les cabinets d'avocat spécialisés dans l'arbitrage international ont donc une grande influence sur le choix des personnes qui participent au panel, et peuvent suggérer à leur client des arbitres qui soient plus disposés que d'autres à examiner favorablement leur cas.

D'après les règles de conduite internationalement acceptées, comme celle de l'Association internationale du barreau (IBA), un arbitre est dans l'obligation de révéler tout intérêt personnel direct ou indirect dans le résultat de l'arbitrage et doit mentionner toute expérience professionnelle ou relation personnelle qui pourrait soulever des doutes sur son impartialité. Mais il n'y a pas de système qui assure un contrôle effectif de cette impartialité, en dehors de l'attention des parties qui contrôlent elles-mêmes qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêt pour chaque arbitre désigné.

32. Susan D. Franck, *Ibid.*, 2005.

En outre, la communauté internationale de l'arbitrage étant assez restreinte, les mêmes personnes peuvent être amenées tour à tour à être membre d'un panel d'arbitrage ou à représenter les intérêts de l'une des parties comme avocat, avec de potentiels risques de conflit d'intérêt.

Par ailleurs, la procédure de rémunération des arbitres mise en place dans les panels de l'OMC garantit davantage d'indépendance, puisque les membres de l'organe d'appel sont rémunérés directement par le budget de l'OMC, financées par les États membres et ne reçoivent pas de compensation des parties prenantes, tandis que dans un arbitrage international, les arbitres sont rémunérés directement par les parties prenantes.

2.9. L'accès au tribunal d'arbitrage : multinationales ou petites et moyennes entreprises ?

Un autre argument concerne l'accès aux tribunaux d'arbitrage. L'ISDS bénéficie-t-il plutôt aux multinationales, au détriment des PME ?

Le coût de la procédure pour une entreprise est généralement très élevé (l'OCDE a estimé que ces coûts sont en moyenne de 8 millions de dollars, et peuvent aller jusqu'à 30 millions de dollars³³) et pourrait entraver l'accès à la justice aux petites et moyennes entreprises. Cela corrobore la thèse répandue dans la société civile que l'ISDS n'est qu'un instrument utilisé par les grandes multinationales.

Les estimations de l'OCDE montrent néanmoins que 22% des investisseurs qui portent plainte contre un État en adoptant les règles du CIRDI ou de la CNUDCI sont soit des individus, soit de très petites entreprises avec des activités à l'étranger très limitées (un ou deux projets).

Les multinationales de taille moyenne et grande, c'est-à-dire entre 500 et des dizaines de milliers d'employés, ne constituent que la moitié des investisseurs qui portent plainte. Enfin, les très grandes multinationales qui apparaissent dans la liste de la CNUCED des 100 plus importantes multinationales ne constituent que 8% des requêtes.

2.10. Le coût des compensations

Certains arbitrages ont conduit à verser des compensations qui peuvent atteindre plusieurs centaines de millions, voire des milliards de dollars. La compagnie pétrolière *Occidental* a obtenu 2,3 milliards de dollars du gouvernement équatorien à propos du terme mis à une concession sur l'exploitation du pétrole équatorien ; et récemment, en 2014, l'arbitrage entre *Yukos* et la Fédération de Russie s'est conclu par une compensation de 50 milliards de dollars que le gouvernement doit verser à l'entreprise russe.

Les compensations versées dans les arbitrages qui ont impliqué un État membre de l'UE ou l'État américain sont élevées : pour les États européens, elles sont allées de 0,46 à 800 millions de dollars et côté américain de 0,5 à 1,8 milliard de dollars.

“ LE MONTANT MOYEN
DES COMPENSATIONS
VERSÉES JUSQU'EN 2007 A
ÉTÉ DE 10,4 MILLIONS DE
DOLLARS ”

L'attention portée à ces records de compensation ne reflète cependant pas une approche statistique qui serait plus représentative. L'analyse empirique sur 44 cas d'arbitrage menée par Susan D. Franck en 2008 montrait que l'écart entre les compensations réclamées et les compensations octroyées peut être considérable. Alors que les montants demandés ont pu atteindre une

33. OCDE, *Ibid.*, 2012, p. 18.

moyenne de 343,5 millions de dollars, le montant moyen des compensations versées a été de 10,4 millions de dollars³⁴.

Par ailleurs, le Traité de Lisbonne soulève de nouveaux enjeux sur le partage de la responsabilité financière liée aux arbitrages. L'UE est une structure multi-niveaux qui combine des compétences exclusives de l'Union européenne et des compétences partagées avec les États membres. Si une plainte concerne les réglementations européennes - y compris dans un cas concernant la transcription d'une directive européenne dans un État membre - ou un traitement inéquitable par une institution ou un organisme de l'UE, les compensations qui seraient requises devraient venir des budgets communautaires. En revanche, si un État membre est mis en cause, il est le seul responsable du versement des compensations. Mais le cas des réglementations liées à des compétences partagées peut être une source de tension entre l'UE et les États membres.

2.11. Développer des alternatives ou rééquilibrer le modèle ?

Comme on vient de le voir, le débat engagé sur l'inclusion d'un ISDS dans le TTIP porte sur de nombreux enjeux, en commençant par le besoin de garantir aux États leurs prérogatives souveraines, le degré de transparence du mécanisme, les doutes que l'on peut avoir sur les procédures de sélection et le code déontologique des arbitres, jusqu'aux limites des formulations juridiques imprécises des modèles de TBI utilisés par les États membres³⁵.

De leur côté, les investisseurs réclament légitimement que la protection de leurs activités à l'étranger soit garantie par un cadre juridique sûr et prévisible. En outre, ce débat a une dimension géostratégique puisqu'il engage la capacité des Européens à promouvoir un standard global d'ISDS conforme aux intérêts européens.

Ceux qui ne voient pas de solution à cette quadrature du cercle privilégient les pistes alternatives (assurances privées, médiation, contrats investisseurs-État, arbitrage bilatéral entre États, recours aux cours internationales...) et, surtout dans le cadre spécifique du TTIP, défendent le recours aux tribunaux nationaux qu'ils jugent impartiaux.

“ TROUVER UN MEILLEUR ÉQUILIBRE ENTRE LE DROIT DES ÉTATS À RÉGLEMENTER ET LA NÉCESSITÉ DE PROTÉGER LES INVESTISSEURS ”

La Commission européenne a adopté jusqu'ici une position différente. Elle estime nécessaire de définir un modèle européen de TBI - qui fait encore défaut au niveau communautaire - et tout en reconnaissant les lacunes des différents modèles d'ISDS utilisés par les États membres, souligne que « (...) le système a besoin d'améliorations. Il s'agit de trouver un meilleur équilibre entre le *droit des États à réglementer et la nécessité de protéger les investisseurs*, et de s'assurer que le système d'arbitrage est plus rigoureux, notamment sur l'interprétation de l'expropriation indirecte, la transparence assurée, la procédure de désignation des arbitres et les coûts de procédures ».

Le TBI négocié avec le Canada - et qui constituerait une esquisse de ce qui serait envisagé dans le TTIP - s'apparente assez largement à celui proposé en 2012 par les États-Unis (bien que sur certains aspects techniques il s'en distingue). Par rapport au modèle classique de TBI des États membres de l'UE - qui font généralement moins de dix pages et peuvent être assez imprécis -, ce modèle de TBI de nouvelle génération esquissé par le CETA est plus complet et détaillé et permettrait de résoudre des problèmes identifiés dans les modèles précédents, notamment par des définitions juridiques plus précises (du type d'investissement concerné, de l'expropriation directe et indirecte, du traitement juste et équitable...), qui limiteraient la capacité des avocats à abuser du système en caractérisant les normes gouvernementale comme non conformes aux droit international.

34. Franck, Susan D. « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, Vol. 86. 2007, pp. 57-59.

35. Les définitions assez vagues de la « non-discrimination », de l'« expropriation indirecte » ou encore du « traitement juste et équitable » laissent au juge une marge d'interprétation importante et incitent les cabinets d'avocat à déposer des plaintes frivoles alimentant les critiques sur l'expansion de l'industrie de l'arbitrage international.

Cependant, si l'on prend l'exemple de l'expropriation indirecte, on notera que les précisions introduites dans l'ISDS du CETA mentionnent encore des termes qui laissent aux juges une marge d'interprétation importante³⁶.

Le CETA marque également des avancées en instaurant une transparence totale des différentes étapes de l'arbitrage, des règles à force contraignante sur le code de conduite des arbitres et une meilleure explicitation des clauses sociales et environnementales.

³⁶ Annexe X.11 du CETA : « une expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures prises par une Partie et ayant un effet équivalent à celui d'une expropriation directe, en ce sens qu'il prive de façon substantielle l'investisseur des droits fondamentaux de propriété associés à son investissement, y compris le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, et ce, sans transfert officiel de titres ni saisie définitive » ; « Il est entendu que, sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou la série de mesures est si rigoureuse au regard de son objet qu'elle semble manifestement excessive, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ».

CONCLUSION

Si l'on peut souligner les avancées du dernier modèle de mécanisme de règlement de différends investisseur-État, esquissé dans le CETA et l'accord UE-Singapour, la question reste ouverte de savoir s'ils apportent une solution à l'ensemble des problèmes soulevés.

Compte tenu du débat qui s'est ouvert avec la société civile sur cet enjeu et de l'opposition qui se renforce, il reste à considérer quel est le juste équilibre entre les avantages légaux et économiques de l'inclusion d'un ISDS dans le TTIP et le coût politique d'une telle décision.

La nouvelle Commissaire au commerce, Cécilia Malmström, a affiché une position plus nuancée que son prédécesseur sur l'ISDS, car elle défend l'intérêt que constitue la définition d'un modèle plus rigoureux et équilibré d'ISDS, mais doit se prononcer sur l'inclusion de ce mécanisme dans les négociations du TTIP, à l'issue des résultats de la consultation publique, en évaluant les risques et répercussions que le débat sur l'ISDS pourrait avoir sur l'accord plus vaste négocié avec les États-Unis.

ANNEXE : EXTRAIT DU MANDAT DE NÉGOCIATION DU TTIP DONNÉ À LA COMMISSION EUROPÉENNE RELATIF À LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

« L'objectif des négociations sur l'investissement sera de négocier la libéralisation des investissements et des dispositions y compris les zones de compétence mixte, tels que les investissements de portefeuille, les biens et les aspects d'expropriation protection, sur la base des niveaux les plus élevés de la libéralisation et les normes les plus élevées de protection que les deux parties ont négocié à ce jour. Après consultation préalable avec les États membres et en conformité avec le traité UE, l'inclusion de la protection des investissements et le règlement des différends investisseur-État dépendra de savoir si une solution satisfaisante, répondant aux intérêts de l'UE concernant les questions visées par le paragraphe [suivant], est atteint.

En ce qui concerne la protection des investissements, les dispositions de l'accord devraient :

- garantir le niveau de protection et de sécurité juridique le plus élevé possible pour les investisseurs européens aux États-Unis,
- mettre en avant les normes européennes en matière de protection, ce qui devrait permettre de renforcer l'attractivité de l'Europe en tant que destination d'investissements étrangers,
- instaurer des conditions de concurrence équitables pour les investisseurs aux États-Unis et dans l'UE,
- faire fond sur l'expérience des États membres et leurs pratiques exemplaires en matière d'accords bilatéraux d'investissement avec des pays tiers,
- être sans préjudice du droit de l'UE et des États membres d'adopter et d'appliquer,
- conformément à leurs compétences respectives, les mesures nécessaires pour poursuivre de manière non discriminatoire des objectifs légitimes de politique publique, par exemple en ce qui concerne le domaine social, l'environnement, la sécurité, la stabilité du système financier, la santé et la sécurité publiques. L'accord devrait respecter les politiques appliquées par l'UE et par ses États membres pour privilégier et protéger la diversité culturelle.

Champ d'application : le chapitre de l'accord portant sur la protection des investissements devrait couvrir un large éventail d'investisseurs et leurs investissements, y compris les droits de propriété intellectuelle, que l'investissement soit effectué avant ou après l'entrée en vigueur de l'accord.

Normes de traitement : les négociations devraient viser à inclure en particulier, mais pas exclusivement, les normes de traitement et règles suivantes:

- a) un traitement juste et équitable, comportant l'interdiction de mesures déraisonnables, arbitraires ou discriminatoires;
- b) un traitement national;
- c) un traitement de la nation la plus favorisée;
- d) la protection contre l'expropriation directe et indirecte, y compris le droit à une compensation rapide, adéquate et efficace;
- e) la pleine protection et la pleine sécurité des investisseurs et des investissements;
- f) d'autres dispositions de protection efficaces, par exemple une «clause de protection»;
- g) le libre transfert des fonds par les investisseurs (capitaux et paiements);
- h) des règles en matière de subrogation.

Application : l'accord devrait viser à créer un mécanisme efficace et moderne de règlement des différends entre les investisseurs et l'État qui garantisse la transparence, l'indépendance des arbitres et la prévisibilité de l'accord, y compris par la possibilité de lier les parties pour ce qui est de leur interprétation de l'accord.

Le règlement des différends entre États devrait être inclus dans ce mécanisme, mais il ne devrait pas porter atteinte au droit des investisseurs de recourir à des mécanismes de règlement des différends entre les investisseurs et l'État. L'accord devrait offrir aux investisseurs une palette de structures d'arbitrage aussi large que celle qui existe dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement entre les États membres. Le mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et l'État devrait contenir des mesures de sauvegarde contre les réclamations manifestement injustifiées ou abusives. Il conviendra d'envisager la création d'un mécanisme d'appel applicable au règlement des différends entre les investisseurs et l'État au titre de l'accord, et d'étudier la relation qu'il convient d'établir entre le RDIE et les voies de recours internes.

Lien avec les autres parties de l'accord : les dispositions sur la protection des investissements devraient être sans rapport avec les engagements en matière d'accès au marché concernant les investissements pris dans d'autres parties de l'accord. Les RDIE ne s'appliqueront pas aux dispositions concernant l'accès au marché. Ces engagements en matière d'accès au marché peuvent inclure, si nécessaire, des règles interdisant les exigences de résultats.

Toutes les autorités et entités sous-centrales (comme les États ou les municipalités) devraient se conformer effectivement au chapitre relatif à la protection des investissements de cet accord. »

Sur les mêmes thèmes...

LA RÉALITÉ DE LA PRÉCAUTION. ANALYSE COMPARÉE DES RÉGLEMENTATIONS DU RISQUE AUX ÉTATS-UNIS ET EN EUROPE
(ED. J. WIENER, M. ROGERS, J. HAMMITT ET P. SAND)

Elvire Fabry et Giorgio Garbasso, *Synthèse d'ouvrage*, Notre Europe – Institut Jacques Delors, juillet 2014

LE « TTIP » À L'AVANT-GARDE DU RÉGIME COMMERCIAL INTERNATIONAL DU XXI^{ÈME} SIÈCLE ?

Elvire Fabry, *Tribune*, Notre Europe – Institut Jacques Delors, mars 2014

TTIP : UNE NÉGOCIATION À LA PIRANDELLO

Elvire Fabry, Giorgio Garbasso et Romain Pardo, *Synthèse d'un séminaire d'experts avec EPC*, Notre Europe – Institut Jacques Delors, janvier 2014

▶ ENJEUX ET PERSPECTIVES D'UNE ZONE DE LIBRE-ÉCHANGE TRANSATLANTIQUE

Bertrand de Largentaye, *Vidéo*, Notre Europe – Institut Jacques Delors, octobre 2013

ENJEUX ET PERSPECTIVES D'UNE ZONE DE LIBRE-ÉCHANGE TRANSATLANTIQUE

Bertrand de Largentaye, *Policy Paper No. 99*, Notre Europe – Institut Jacques Delors, octobre 2013

Directeur de la publication: Yves Bertoncini • La reproduction en totalité ou par extraits de cette contribution est autorisée à la double condition de ne pas en dénaturer le sens et d'en mentionner la source • Les opinions exprimées n'engagent que la responsabilité de leur(s) auteur(s) • *Notre Europe - Institut Jacques Delors* ne saurait être rendu responsable de l'utilisation par un tiers de cette contribution • Version originale • © *Notre Europe - Institut Jacques Delors*

