



LE SYSTÈME JURIDICTIONNEL DES INVESTISSEMENTS (ICS) : LE LOUP DANS LA BERGERIE

**LA GRANDE MANŒUVRE DE L'UE
POUR REBAPTISER LE SYSTÈME
DE PRIVILÈGES ACCORDÉS
AUX ENTREPRISES**



ICS : LE LOUP DANS LA BERGERIE

LA GRANDE MANŒVRE DE L'UE POUR REBAPTISER LE SYSTÈME DE PRIVILÈGES ACCORDÉS AUX ENTREPRISES

À propos de l'auteur : Pia Eberhardt est chargée de recherche à l'Observatoire de l'Europe industrielle (Corporate Europe Observatory, CEO, www.corporateeurope.org) et (co-)auteure de plusieurs écrits sur le thème du droit international des investissements, y compris « Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », « Investment Protection at a Crossroads. The TTIP and the Future of International Investment Law » et « The zombie ISDS. Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die* ».

À propos de l'éditeur : L'Internationale des services publics (ISP) est une fédération syndicale internationale représentant 20 millions de femmes et d'hommes qui travaillent dans les services publics de 154 pays à travers le monde. L'ISP défend les droits humains et la justice sociale et promeut l'accès universel à des services publics de qualité. L'ISP travaille avec les Nations Unies et en partenariat avec des organisations syndicales et de la société civile et d'autres organisations [<http://www.world-psi.org/fr>].

Mise en page : Renné Ramos

Illustrations : Latuff

Mai 2016

** L'ISP et l'auteure reconnaissent avoir utilisé et adapté des passages du document « The Zombie ISDS » et elles remercient les éditeurs d'avoir accordé leur permission à cet égard.*



AVANT-PROPOS

Aux quatre coins du globe, la politique commerciale occupe de plus en plus le devant de la scène.

Les pays en développement soutiennent depuis longtemps que les accords commerciaux sont imposés en vue de maximiser les bénéfices des entreprises occidentales. Mais un nombre croissant de travailleurs et de citoyens des pays développés s'interrogent sur l'intérêt de ces accords à leur égard.

Des élections primaires à la présidence des États-Unis aux rues uruguayennes et berlinoises, les populations prennent conscience des répercussions économiques à long terme du projet néolibéral qui se cache derrière ces accords commerciaux : la croissance des inégalités, du travail précaire et du chômage.

Les individus comprennent également que la nouvelle vague de traités appelés « accords commerciaux » n'a plus grand rapport avec le commerce. Ce dernier est de plus en plus utilisé comme prétexte pour des accords qui instaurent des lois ayant force obligatoire, et ce à distance des institutions parlementaires démocratiques, en vue d'octroyer des droits aux investisseurs étrangers et aux entreprises multinationales les plus importantes du monde.

Bien que le mécanisme de Règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ne soit pas l'élément le plus troublant de ces accords, il est néanmoins devenu emblématique de la tendance éhontée des gouvernements à se plier aux intérêts des entreprises en accordant aux investisseurs étrangers des droits dont ne disposent pas même leurs propres citoyens. Des droits qui n'ont pas vocation à protéger les droits des travailleurs, les droits environnementaux, ni la plupart des droits de la personne.

L'ISP est directement concernée par le débat autour du RDIE puisque les amendes infligées par ces tribunaux privés détournent l'argent du contribuable des services publics de qualité pour maximiser les bénéfices des grandes entreprises.

En 2003, la République tchèque a versé 354 millions de dollars américains à une entreprise, soit l'équivalent du budget national de la santé publique. L'Équateur vient de commencer à verser 1,1 milliard de dollars à une compagnie pétrolière implantée aux États-Unis – soit 90 pour cent de son budget 2015 consacré aux dépenses sociales. Et 94,5 pour cent des dédommagements bénéficient à des entreprises affichant au moins 1 milliard de dollars de chiffre d'affaires annuel ou à des personnes dont la fortune nette est supérieure à 100 millions de dollars.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas surprenant alors que la consultation publique lancée par la Commission européenne au sujet du RDIE ait suscité le nombre record de 150 000 retours, avec plus de 97 pour cent de personnes rejetant ces privilèges à l'endroit des grandes entreprises. Pour reprendre les propos de la Commissaire européenne en charge du commerce, Cecilia Malmström, le RDIE est désormais « l'acronyme le plus toxique en Europe ».

Dans une tentative visant à apprivoiser cette opposition sans précédent, la Commission européenne a publié sa nouvelle proposition de Système juridictionnel des investissements fin 2015, et ainsi créé un nouvel acronyme (ICS).

L'ICS a supprimé certains des pires excès du RDIE. Toutefois, comme le révèle la présente analyse, il laisse l'Europe désespérément vulnérable aux attaques des entreprises étrangères. Un pour cent à peine des investissements états-unis sont actuellement couverts. Dans le cadre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, l'ICS porterait cette exposition de 1 à 100 pour cent, et provoquerait ainsi une vague d'actions en justice contre les gouvernements européens.

L'étude montre que l'ICS n'est pas une instance judiciaire indépendante, ni ne protège les gouvernements de l'obligation d'indemniser les grandes sociétés s'ils promulguent des lois licites et non-discriminatoires visant à protéger les travailleurs, la santé publique ou l'environnement. Fait inquiétant, les conventions collectives entre les partenaires sociaux pourraient devenir la cible des poursuites judiciaires.

L'UE défend la proposition d'ICS comme une nouvelle norme mondiale, ce qui amène les syndicats du monde entier à s'interroger. En conséquence, le présent document propose une analyse importante au profit des syndicats non seulement en Europe, mais également dans le reste du monde.

L'ICS ne constitue en rien une avancée majeure vers des accords commerciaux équitables. Mais il nous rappelle que nos dirigeants sont vulnérables

à la pression politique, lorsque les syndicats et nos alliés sont bien informés et actifs.

Il incombe à présent au mouvement syndical mondial de veiller à informer ses membres et ses dirigeants et, fort de ces données, de se mobiliser pour mettre fin à la connivence entre nos gouvernements et les entreprises ainsi privilégiées.

Rosa Pavanelli

Secrétaire générale

Internationale des Services Publics (ISP)

SOMMAIRE

Résumé 9

CHAPITRE 1 Introduction 15

CHAPITRE 2 Permettre aux entreprises de poursuivre les pays : introduction au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) 17

CHAPITRE 3 Le cheval de Troie des entreprises : l'ICS, la proposition de l'UE pour favoriser les investisseurs dans les accords commerciaux 29

CHAPITRE 4 Conclusion: 110 raisons de mettre fin aux super-privilèges accordés aux entreprises 49

ANNEXE 1: Des privilèges quasi inchangés pour les grandes entreprises : comparatif RDIE / ICS 53

ANNEXE 2: Démasquer le loup : Annexe juridique à l'analyse du Système juridictionnel des investissements (ICS) proposé par l'UE 57

RÉSUMÉ

Au cours des deux dernières années, une polémique sans précédent sur le territoire européen, à propos d'un élément autrefois inconnu des accords de libre-échange, tient les citoyens, les politiciens et les médias en haleine : le fameux mécanisme de règlement des différends Investisseur-État (RDIE, ou Investor-State Dispute Settlement - ISDS, d'après son acronyme en anglais).

Le RDIE se trouve inclus dans des milliers d'accords internationaux. Il permet aux entreprises de poursuivre les gouvernements lorsque ces derniers mettent en œuvre des politiques susceptibles de nuire aux profits des premières, y compris des politiques visant à protéger les travailleurs ou la santé publique. De telles poursuites contournent les tribunaux nationaux et se règlent devant un tribunal d'arbitrage international composé de trois juristes de pratique privée, qui décident si les bénéficiaires privés doivent être prioritaires au regard des personnes et de l'environnement. Partout dans le monde, les tribunaux d'arbitrage Investisseur-État accordent des milliards de dollars, financés par le contribuable, aux grandes entreprises – souvent en compensation de mesures d'intérêt public.

Lorsque la Commission européenne a proposé d'inclure ce régime juridique puissant conçu au service des entreprises dans l'accord commercial en cours de négociation avec les États-Unis, le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI, TTIP en anglais ; également connu sous le nom de traité de libre-échange transatlantique – TAFTA en anglais), elle a déclenché une opposition massive : plus de 97 pour cent des 150 000 participants, un taux de participation record, a rejeté ces privilèges lors d'une consultation publique. Le RDIE est devenu « l'acronyme le plus toxique en Europe », selon la Commissaire au commerce de l'UE, Cecilia Malmström.

À l'automne 2015, dans une tentative visant à *apprivoiser l'opposition massive au RDIE*, la Commission européenne a choisi de renommer le mécanisme lors de la publication d'une proposition révisée, pour toutes les négociations relatives à l'investissement en cours et à venir, dont le TTIP. Fini l'« ancien » RDIE : la Commission promettait un « nouveau » système prétendument indépendant et supposé protéger le droit de réglementer des gouvernements : le « système juridictionnel des investissements », ou ICS d'après son acronyme anglais.

Ce rapport montre que l'ICS ne met pas un terme au RDIE. Bien au contraire, il permettra à des milliers d'entreprises de contourner les systèmes juridiques nationaux et de poursuivre les gouvernements devant les tribunaux parallèles si les lois et règlements entravent leur capacité à générer des profits. Cela reviendra à reverser l'argent des contribuables, en milliards d'euros, aux grandes entreprises. Ce système pourra empêcher la mise en œuvre de politiques de protection des individus et de la planète. Sa prise en compte dans des accords commerciaux majeurs consacrerait l'extension des privilèges accordés aux entreprises et soumettrait ainsi les États à une augmentation sans précédent de leurs obligations juridiques et financières.

En somme, le nouveau mécanisme proposé, l'ICS, n'est autre que la réincarnation apparemment innocente du dangereux RDIE : le loup RDIE, déguisé en agneau.

PRINCIPALES CONSTATATIONS :

- 1 Malgré l'absence de preuves quant aux bénéfiques qu'il peut apporter à la société dans son ensemble, le RDIE confère aux grandes entreprises des droits exceptionnellement puissants et concrets,** sans exiger aucune obligation de leur part. Elles acquièrent ainsi un statut comparable à celui d'un État en contexte international, dans la mesure où elles jouissent du privilège de pouvoir assigner directement des gouvernements élus démocratiquement, dans le cadre de processus d'arbitrage favorables aux investisseurs. Tout ceci dans un contexte dépourvu de règles internationales contraignantes et applicables visant à protéger les travailleurs ou l'environnement face aux abus des grandes entreprises.
- 2 Le nombre de contentieux Investisseur-État et les sommes en jeu ont atteint des sommets au cours des vingt dernières années.** Alors que trois cas étaient recensés en 1995, on en dénombre 700 en janvier 2016, et un record de 70 nouveaux litiges est enregistré pour la seule année 2015. Les compensations exigées envers les États ont également explosé, les sommes pouvant atteindre 50 milliards de dollars. Les principaux bénéficiaires ont été les grandes entreprises et quelques individus nantis.
- 3 Le contentieux sur l'investissement a explosé au cours des deux dernières décennies. Des plaintes de plusieurs milliards de dollars ont ainsi été déposées pour obtenir des compensations aux préjudices allégués de profits perdus suite au développement de politiques d'intérêt public.** Sur tous les continents, des législations visant à lutter contre le tabagisme, à supprimer les allègements fiscaux, à lutter contre les discriminations, des évaluations des répercussions environnementales ou encore des mesures de stabilité financière... ont été contestées.
- 4 Le « nouveau » modèle européen de RDIE, rebaptisé ICS, est aussi dangereux pour la démocratie, les lois d'intérêt public, et les budgets nationaux que l'était l'« ancien » modèle.** À l'exception de quelques améliorations de procédure – un processus de sélection des arbitres amélioré, des règles éthiques plus fortes, et l'établissement d'un organe d'appel – la version rebaptisée contient essentiellement les mêmes privilèges accordés aux investisseurs que les accords sur le commerce et l'investissement existants.
- 5 Si l'accord commercial UE/États-Unis TTIP incluait la proposition sur les droits des investisseurs, la responsabilité des États membres et les risques financiers auxquels ils devront faire face s'intensifieront** et dépasseront de loin ce qui existe déjà dans d'autres traités dont ils sont parties : dans le TTIP, chacun des 28 États membres pourrait être directement poursuivi par des investisseurs états-uniens (alors qu'aujourd'hui seuls 9 États membres ont signé un traité d'investissement avec les États-Unis) ; le TTIP couvrira les 100 pour cent d'investissements américains vers l'UE restants (alors que les traités existants ne couvrent que un pour cent de ces investissements); et plus de 51 000 entreprises américaines pourraient poursuivre

directement l'UE et ses États membres (un pouvoir dont ne jouissent aujourd'hui que 4 500 d'entre elles). Le TTIP est en mesure d'ouvrir la voie à près de 900 poursuites d'investisseurs états-uniens contre les États membres de l'UE (contre 9 poursuites dans le cadre des traités existants). On craint que l'UE utilise un jargon juridique trompeur pour masquer cette vaste expansion du domaine d'intervention du RDIE.

6 Les poursuites d'investisseurs contre des mesures non discriminatoires et licites de protection des travailleurs, de la santé et, de manière générale, d'intérêt public, seront possible sous la nouvelle proposition de l'UE puisqu'elle introduit les mêmes droits dont seules peuvent jouir certaines entreprises, telles que Philip Morris, qui s'est attaqué à la politique de lutte contre le tabagisme de l'Uruguay. Les formulations proposées par l'UE au sujet du droit à réglementer n'exempteraient pas les gouvernements de verser une indemnisation lorsqu'ils règlementent.

7 Selon la proposition de l'UE, la réglementation du travail, la négociation collective et les conventions collectives entre les partenaires sociaux pourraient devenir la cible des poursuites d'investisseurs lorsque l'État est partie à une convention collective ou la transpose en loi. Les investisseurs pourraient également prétendre que la non-intervention de l'État dans le contexte d'une convention collective – ou durant une grève prolongée – est en violation avec certaines dispositions énoncées dans la proposition de l'UE. Les nouvelles obligations en matière de participation des travailleurs au sein des conseils de surveillance pourraient elles aussi être contestées.

8 Avec la proposition de l'UE, des milliards de dollars collectés auprès des contribuables pourraient être reversés aux entreprises et ainsi restreindre la couverture des services publics universels, diminuer leur qualité et accentuer la pression en faveur de la privatisation. Les indemnités pourraient même inclure une compensation pour la perte éventuelle de profits futurs escomptés (à l'image du cas contre la Libye, condamnée à payer 905 millions de dollars américains à une entreprise n'en ayant investi que 5).

9 La proposition de l'UE accroît le risque de poursuites coûteuses contre des mesures d'intérêt général, puisque que l'on peut affirmer qu'elle octroie aux investisseurs des droits encore plus étendus que de nombreux accords d'investissement actuels, qui ont déjà conduit à des centaines de procédures entre investisseurs et États aux quatre coins du globe :

- a) En protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs, garanties dans la clause de « traitement juste et équitable », l'UE prend le risque de codifier une interprétation très large de la clause qui créerait le « droit » à un environnement réglementaire stable. Cela offrira aux investisseurs une arme puissante pour lutter contre les changements réglementaires, même si ces derniers sont mis en place à la lumière de nouveaux savoirs et de choix démocratiques.
- b) Le type de clause-parapluie proposé par l'UE est très dangereux, car il élèvera tous les contrats écrits signés par un État au niveau du droit international public, ce qui multipliera les risques de poursuites coûteuses.

- 10 Avec la proposition de l'UE, les entreprises multinationales pourront même poursuivre leur propre gouvernement** – en structurant leurs investissements à partir d'une filiale à l'étranger, ou en demandant à un actionnaire étranger de poursuivre l'État en question. Des poursuites parallèles engagées par des sociétés mères et des filiales seraient également envisageables puisque la proposition n'empêche en aucun cas le phénomène de « chalandage fiscal ».
- 11 La proposition de l'UE sur les droits des investisseurs est un moyen infaillible d'intimider les décideurs politiques, et de limiter potentiellement les prises de décision courageuses.** Il existe déjà des exemples où des propositions de réglementations environnementale et sanitaire ont dû être abandonnées, repoussées ou adaptées en fonction des souhaits des entreprises, à cause de poursuites coûteuses sur un sujet similaire ou de menaces de contentieux. Le Canada et la Nouvelle Zélande, par exemple, ont différé l'adoption de lois contre le tabagisme face à l'imminence de poursuites venant de l'investisseur Big Tobacco.
- 12 Le processus de règlement des différends proposé par l'UE n'est pas juridiquement indépendant, mais contient un biais intrinsèque en faveur des investisseurs.** Puisque seuls les investisseurs peuvent porter plainte, les arbitres (fallacieusement rebaptisés « juges » dans la proposition de l'UE) sont encouragés à se placer du côté des investisseurs, puisque cela encouragera de nouvelles poursuites, et donc plus d'honoraires et de prestige. Les critères de sélection restrictifs, le manque de délai de réflexion et les failles dans le code éthique proposé pour les arbitres suscitent particulièrement l'inquiétude. Les tribunaux emploieront les avocats privés qui ont jusqu'à présent encouragé la recrudescence de l'arbitrage d'investissement et ont fait prospérer leurs affaires personnelles, en encourageant les investisseurs à porter plainte et en interprétant le droit de l'investissement de façon très large pour susciter de nouvelles poursuites.
- 13 Il existe de nombreux doutes sur la compatibilité de cette proposition sur les droits des investisseurs avec le droit européen,** ce qui cause de grandes inquiétudes chez les juges. La proposition de la Commission marginalise les cours de justice européennes et est fondamentalement discriminatoire, puisqu'elle octroie des droits spéciaux aux investisseurs étrangers uniquement. Ceux-ci pourraient contester les décisions de justice ainsi que les mesures prises par les gouvernements et les lois adoptées par le parlement, du niveau local au niveau européen.
- 14 Plutôt qu'en finir avec le RDIE, le projet de protection de l'investissement de l'UE menace d'enfermer à perpétuité les États membres dans le mécanisme de règlement des différends.** Il leur sera pratiquement impossible de se défaire des privilèges des investisseurs une fois qu'ils seront inscrits dans des accords commerciaux extrêmement vastes comme le TTIP (pour y échapper ils devraient sortir de l'Union européenne). La cour multilatérale d'investissement proposée par l'UE – une cour suprême internationale au service exclusif des groupes privés – risque de perpétuer un système déjà intolérablement injuste où, d'un côté, de grands groupes ou individus extrêmement

riches obtiennent des droits exceptionnellement puissants et concrets, et de l'autre les populations nationales qui n'ont le droit que de remplir leurs devoirs face aux attentes de ces investisseurs.

La tentative d'expansion et de verrouillage du système d'arbitrage des investissements par l'UE intervient à un moment où de plus en plus de personnes, de tout le spectre politique, s'expriment contre le carcan de la justice privée et alors qu'un nombre croissant de gouvernements tente de s'en extirper.

Alors que le pouvoir des entreprises a déjà largement porté atteinte à nos droits, à nos économies et notre démocratie, il est grand temps d'abolir ce système néfaste qu'est le RDIE – sous quelque dénomination que ce soit. Il est temps de promouvoir une politique commerciale protégeant l'individu et la planète – et non les grandes sociétés et les riches.



CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

Dans une ancienne fable, un loup affamé se déguise en agneau pour tromper le berger qui, du coup, l'enferme avec les moutons. En matière de politique commerciale mondiale, l'équivalent du loup s'appelle mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États ou RDIE ; il s'agit d'un outil spécial dont disposent les entreprises multinationales pour intimider les gouvernements et leur extorquer de l'argent. Et dans l'actuelle controverse entourant ces dispositions dans les accords commerciaux de l'UE, la Commission européenne tente de déguiser le RDIE en agneau pour cacher sa véritable nature, qui est celle du loup.

Les dispositions du RDIE donnent aux entreprises étrangères les moyens de poursuivre en justice les pays dans lesquels elles investissent, en ayant recours à des tribunaux internationaux spécialisés qui peuvent leur accorder une indemnisation de plusieurs milliards de dollars. Ainsi, Vattenfall, un géant de l'énergie, réclame 4,7 milliards d'euros à l'Allemagne après sa décision

Avec le RDIE, il s'agit en fin de compte d'augmenter l'emprise des entreprises sur nos économies et de limiter la capacité des gouvernements à réglementer leur comportement.

Fédération syndicale américaine AFL-CIO¹

d'abandonner progressivement l'énergie nucléaire. Une autre entreprise, Mesa Power, a intenté un procès contre le Canada à propos de règles qui visent à stimuler la création d'emplois verts. Et Philip Morris, la multinationale du tabac, a intenté une action judiciaire en dommages-intérêts de plusieurs millions de dollars à l'encontre du petit pays qu'est l'Uruguay, en raison de l'adoption de mises en garde sanitaires de grand format sur les paquets de cigarettes.

La proposition de l'UE d'inclure ce puissant régime juridique qui favorise les entreprises dans l'accord commercial actuellement en négociation avec les États-Unis, le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), a déclenché une vive opposition. Devant le tollé général occasionné, l'opacité des quatre lettres « RDIE » a fait dire à Cecilia Malmström, Commissaire au commerce de l'UE, qu'il s'agit désormais de « l'acronyme le plus toxique en Europe ».²

L'appellation ICS n'est autre que le nouveau nom du RDIE.

*Professeur Gus Van Harten,
Osgoode Hall Law School³*

Ce ne fut donc pas une surprise que Malmström n'évoque plus le RDIE, quand à l'automne 2015, elle a diffusé une proposition révisée en vue des négociations commerciales actuelles et à venir de l'UE (TTIP compris). Au lieu de « l'ancien »

système RDIE, elle promettait un « nouveau » système censé être indépendant, dont elle prétendait qu'il protégerait le droit des gouvernements à réglementer : le Système juridictionnel des investissements ou ICS.

Ce système comprend un certain nombre de tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États dans le cadre de traités tels que le TTIP qui, à terme, pourraient être remplacés par une sorte de cour suprême mondiale pour les entreprises, compétente pour tous les traités commerciaux (« une cour multilatérale pour les investissements ») ; Malmström a proposé de la mettre en chantier à moyen terme, parallèlement aux nombreuses négociations bilatérales de l'UE.

Mais, malgré l'abandon de l'acronyme « toxique », le « nouvel » ICS est-il réellement si différent de « l'ancien » régime du RDIE si décrié ? Protège-t-il les normes du travail, les politiques relatives à la santé et les autres règles d'intérêt public des attaques des entreprises ? Instaure-t-il un système indépendant et équitable qui protège nos institutions démocratiques ?

Ce rapport confirme qu'il ne s'agit de rien d'autre que de propagande mensongère. L'approche par les droits des investisseurs de l'UE ne met pas fin au RDIE. Bien au contraire : la proposition autoriserait des milliers d'entreprises à contourner les systèmes juridiques nationaux et à poursuivre les gouvernements devant des juridictions parallèles si la législation et la réglementation portaient atteinte à leur capacité à réaliser des bénéfices. Cela reviendrait à reverser aux grandes entreprises l'argent des contribuables, en milliards d'euros. Elle entraverait l'élaboration de politiques pourtant souhaitables destinées à protéger la planète et ses habitants. Sa prise en compte dans des accords commerciaux majeurs consacrerait l'extension des privilèges accordés aux entreprises et soumettrait ainsi les États à une augmentation sans précédent de leurs obligations juridiques et financières.

En somme, l'ICS tel qu'il est proposé n'est autre que le RDIE déguisé, ce qui ne le rend pas moins indéfendable. Au dehors, un agneau innocent, mais au-dedans un loup vorace.



CHAPITRE 2

PERMETTRE AUX ENTREPRISES DE POURSUIVRE LES PAYS : INTRODUCTION AU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS (RDIE)

« Si vous deviez convaincre l'opinion publique que les accords commerciaux internationaux sont un moyen pour les multinationales de s'enrichir aux dépens du citoyen ordinaire, voici comment vous y prendre : donner aux entreprises étrangères le droit particulier de s'adresser à un tribunal secret composé d'avocats d'affaires grassement payés dès qu'un gouvernement adopte une loi, par exemple, pour lutter contre le tabagisme, protéger l'envi-

ronnement ou empêcher une catastrophe nucléaire. C'est précisément ce qu'ont permis des milliers de traités sur le commerce et l'investissement au cours des cinquante dernières années, par le biais d'un processus connu sous le nom de "mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États" ou RDIE. »

C'est ainsi qu'à l'automne 2014, le journal *The Economist* a présenté à ses lecteurs une donnée jusqu'alors inconnue dans les accords sur le commerce et l'investissement, « un privilège particulier dont plusieurs multinationales ont fait un usage abusif » selon les termes du magazine⁴. Dans le monde, plus de 2 500 traités qui lient des États⁵ accordent aux investisseurs étrangers des pouvoirs considérables. Notamment, le privilège singulier les autorisant à poursuivre des États devant des tribunaux internationaux sans passer d'abord devant une juridiction locale. Ils comprennent également d'importantes mesures de protection au profit des investisseurs qui ne sont pas contrebalancées par le droit des États à réglementer, par les droits de l'homme ou les obligations des investisseurs. Ils permettent aux entreprises de réclamer des dédommagements pour toute action décidée par le gouvernement hôte qui aurait nui à leurs investissements, soit, par exemple, directement par expropriation ou, indirectement, par toute forme de réglementation. En outre, les entreprises peuvent exiger une indemnisation

Le RDIE accorde à des investisseurs privés irresponsables, qui se livrent volontiers à la fraude fiscale, des pouvoirs inédits leur permettant de poursuivre les autorités publiques en dédommagement et de réclamer des sommes considérables au motif que leur capacité à réaliser des profits a été entravée par des lois d'intérêt général.

*Syndicat GMB, Royaume-Uni*⁶

non seulement pour l'argent qu'elles ont effectivement investi mais aussi pour les bénéfices anticipés à l'avenir.

Les litiges entre investisseurs et États sont généralement tranchés par un tribunal composé de trois avocats privés, les arbitres, qui sont désignés par l'investisseur plaignant et par l'État. À la différence des juges, ces arbitres travaillant à profit ne perçoivent pas un traitement fixe mais sont rémunérés au dossier. Au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), le tribunal le plus sollicité, les arbitres perçoivent 3 000 dollars américains par jour.⁷ Ce système à sens unique, où seuls les investisseurs peuvent porter plainte, incite fortement à se ranger de leur côté – car des jugements favorables aux investisseurs ouvrent la voie à de nouveaux procès et donc à des revenus supplémentaires. D'autres conflits d'intérêt concernent les différents rôles des arbitres, par exemple, lorsqu'ils font office d'arbitre un jour, puis d'avocat représentant une partie dans un autre litige le lendemain, leur fournissant ainsi une raison supplémentaire de trancher en faveur des investisseurs, de susciter de nouvelles affaires avec à la clef des emplois bien rémunérés.⁸

ENCADRÉ 1**QUELQUES PROCÈS EMBLÉMATIQUES ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS**

Entreprises et santé publique – Philip Morris contre Uruguay : Depuis 2010, Philip Morris est en procès contre l'Uruguay en vertu de son traité bilatéral d'investissement avec la Suisse, un paradis fiscal pour les entreprises. Le géant du tabac s'en prend aux mises en garde sanitaires de grand format imposées sur les paquets de cigarettes et autres mesures de lutte anti-tabac visant à réduire le tabagisme, faisant valoir que ces avertissements les empêchent d'afficher leur marque, avec des pertes considérables à la clef. Philip Morris réclame à l'Uruguay 25 millions de dollars américains de dédommagements.⁹

Entreprises et protection de l'environnement – Vattenfall contre Allemagne I & II : En 2009, la multinationale spécialisée dans le domaine de l'énergie a intenté un procès au gouvernement allemand, réclamant 1,4 milliard d'euros de dédommagements en raison des restrictions imposées à l'une de ses centrales au charbon. L'affaire, fondée sur le Traité sur la Charte de l'énergie (ou TCE, un accord international pour la coopération transfrontalière dans le secteur énergétique), a été réglée après que l'Allemagne consente à revoir à la baisse ses normes environnementales. En 2012, Vattenfall a intenté un second procès en s'appuyant sur le TCE et réclamé cette fois 4,7 milliards d'euros en indemnisation des profits non réalisés liés à deux de ses centrales nucléaires. L'action en justice faisait suite à la décision de l'Allemagne de sortir du nucléaire après la catastrophe nucléaire de Fukushima.¹⁰

Entreprises et mesures contre les crises financières – investisseurs contre Argentine : Lorsqu'en réponse à la crise économique de 2002-2003, l'Argentine a dévalué sa monnaie et gelé les tarifs des services publics pour garantir l'accès de la population aux services de base tels que l'énergie et l'eau, elle a dû faire face à près de trente procès intentés par des investisseurs et est devenu le pays le plus assigné en justice dans le monde en vertu des arbitrages relatifs aux investissements. De grandes entreprises comme Enron (États-Unis), Suez et Vivendi (France), Anglian Water (Royaume-Uni) ont réclamé des millions en dédommagement en raison d'un manque à gagner. Jusqu'à présent, l'Argentine a été condamnée à payer un total de 900 millions de dollars en réparation des mesures prises pour répondre à la crise financière et de nombreux dossiers sont toujours en cours.¹¹

Entreprises et émancipation des Noirs – Piero Forsti et autres contre Afrique du Sud : En 2007, des investisseurs d'Italie et du Luxembourg ont engagé des poursuites à l'encontre de l'Afrique du Sud pour sa loi sur l'émancipation économique des Noirs qui vise à réparer certaines des injustices liées au régime d'apartheid. Par exemple, elle impose aux compagnies minières de transférer une partie de leurs actions entre les mains des investisseurs Noirs. Le litige (qui s'inscrit dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement sud-africains avec l'Italie et le Luxembourg) a été réglé en 2010, après que les investisseurs ont reçu de nouvelles licences imposant une moindre cession d'actions.¹²

Entreprises et salaire minimum – Veolia contre Égypte : En 2012, Veolia, entreprise française de distribution de services collectifs, a assigné l'Égypte en justice, en vertu de son traité bilatéral d'investissement avec la France, au motif d'une prétendue rupture de contrat portant sur l'élimination des déchets dans la ville d'Alexandrie. La ville avait refusé d'apporter les modifications au contrat que souhaitait Onyx, filiale de Veolia, afin de couvrir des coûts plus élevés – liés, notamment, à l'instauration d'un salaire minimum. Selon Veolia, la police locale avait également échoué à empêcher les vols à grande échelle des poubelles par la population locale. Veolia aurait réclamé au moins 82 millions d'euros de dédommagements.¹³

Entreprises et accès à l'eau à un prix abordable – United Utilities contre Estonie : En 2014, la compagnie des eaux AS Tallinna Vesi et son actionnaire United Utilities B.V, une société de portefeuille enregistrée aux Pays-Bas appartenant au groupe britannique United Utilities, ont intenté un procès à l'Estonie en vertu de son traité bilatéral d'investissement avec les Pays-Bas. Les investisseurs prétendent que l'Estonie a manqué à ses obligations découlant du traité en refusant la proposition d'augmentation des tarifs de l'eau. Ils demandent une indemnisation de plus de 90 millions d'euros.¹⁴

Entreprises et régime public d'assurance maladie – Achmea contre République slovaque : En 2012, l'assureur hollandais Achmea (anciennement Eureko) s'est vu attribuer par la Slovaquie 22 millions d'euros plus intérêts et frais de justice en indemnisation. Achmea avait engagé des poursuites contre la Slovaquie en vertu de son traité bilatéral d'investissement avec les Pays-Bas car, en 2006, le gouvernement slovaque avait opéré un revirement de la politique de l'ancienne administration en matière de privatisation des systèmes de santé et exigé des assureurs qu'ils exercent leurs activités dans un but non lucratif.¹⁵

Entreprises et justice fiscale – Vodafone contre Inde : En 2014, Vodafone, le géant des télécommunications britannique, a intenté une procédure à l'encontre de l'Inde par l'entremise d'une filiale, en vertu du traité d'investissement de ce pays avec les Pays-Bas. Les fonctionnaires de l'administration indienne avaient ordonné à Vodafone de payer des impôts sur les gains en capital pour son acquisition d'une société de téléphonie mobile indienne. Vodafone a manifesté son désaccord, affirmant que l'opération conclue ne relevait pas de la compétence de l'Inde. Plusieurs sociétés offshore avaient servi à l'acquisition.¹⁶

FAIRE PAYER LES GOUVERNEMENTS POUR LEURS MESURES DE RÉGLEMENTATION

Depuis la fin des années 90, le nombre de poursuites engagées par des investisseurs a explosé (voir image 1, page 21) – et les sommes en jeu ont suivi (voir encadré 2, page 22). Au cours des vingt dernières années, nous avons également assisté à des demandes d'indemnisation de plusieurs millions de dollars pour le préjudice supposé à l'encontre des bénéficiaires des entreprises en raison des lois et mesures adoptées par les gouvernements dans l'intérêt public. Sur tous les continents, les pays industrialisés et les pays en développement ont été attaqués pour leurs mesures en faveur de la stabilité financière, de l'interdiction des produits chimiques toxiques, l'abrogation des

Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États fait passer les droits des entreprises avant les droits de la personne. Ses effets sont dévastateurs... – nous devons le supprimer.

Alfred de Zayas, expert des Nations Unies pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable¹⁷

allègements fiscaux, la législation anti-tabac, les politiques de lutte contre les discriminations, l'évaluation des répercussions environnementales et bien plus encore (voir encadré 1, page 19). Une question cruciale pour obtenir réparation est de savoir si ces politiques peuvent être interprétées comme étant « équivalentes à une expropriation », même si les actifs de l'investisseur – une usine, un terrain, par exemple – ne sont pas confisqués. En droit international de l'investissement, la définition de l'expropriation – autrefois exclusivement utilisée en cas de confiscation directe d'une propriété – a dorénavant été étendue à toute action gouvernementale qui nuit aux gains d'une entreprise. Selon un article très éclairant du journaliste William Greider, l'inscription de cette doctrine de « l'expropriation indirecte » dans des pactes commerciaux faisait partie « d'une stratégie de long terme mûrement réfléchie par les milieux d'affaires » visant à redéfinir « la réglementation publique comme étant une "appropriation" par le gouvernement de biens privés qui exige réparation ». Les implications, selon Greider, sont

d'une grande portée – et telle était précisément l'intention : « Toute nouvelle réglementation étant susceptible d'avoir une incidence économique sur les biens privés, cette doctrine est une formule qui vise à restreindre le champ d'action des gouvernements modernes et à paralyser l'État régulateur – fragilisant ainsi les mesures de protection sociale et de justice économique, les valeurs environnementales et les droits individuels établis de longue date. Les partisans de la droite n'hésitent pas à revendiquer cet objectif – restaurer la primauté de la propriété contre les revendications plus larges de la société.»¹⁸

Une étude analysant plus de 650 litiges relatifs aux investissements montre, en effet, que « la majorité des différends ne porte pas sur des appropriations directes mais sur des expropriations indirectes. Et la plupart des pays ayant répondu à l'étude ne sont pas des régimes en recherche de rente dotés d'un faible état de droit, mais des démocraties stables disposant d'appareils judiciaires indépendants. » L'auteur conclut : « La majeure partie des recours judiciaires liés au régime d'investissement, aujourd'hui, visent à obtenir une indemnisation pour le préjudice subi en raison des dispositions réglementaires mises en œuvre par les démocraties.»¹⁹

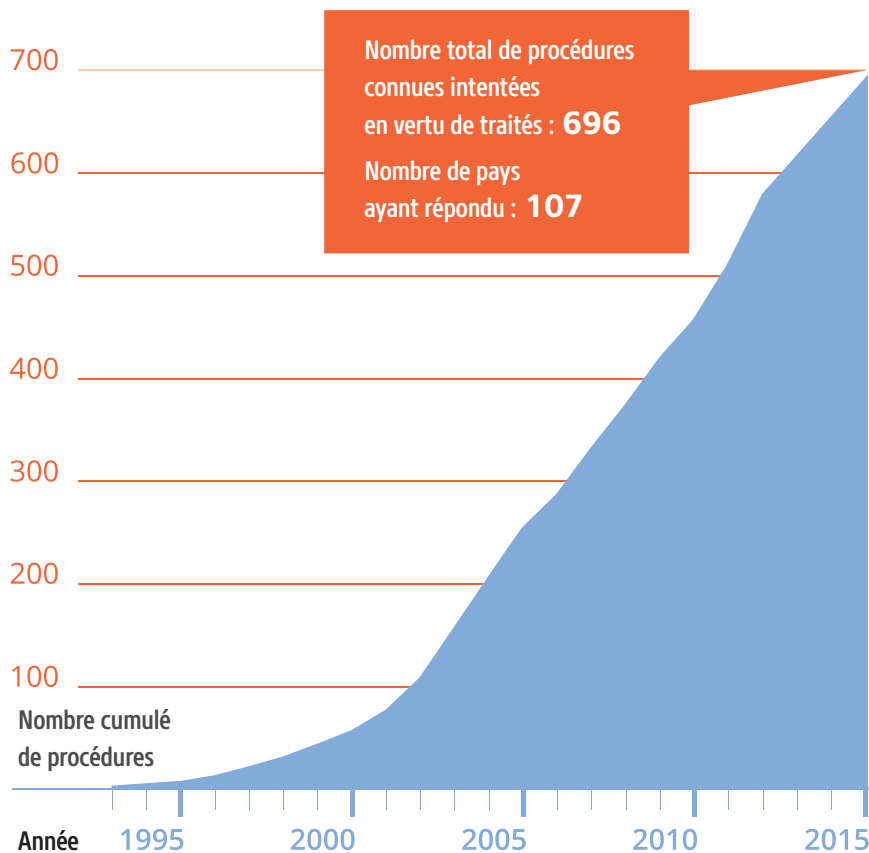


Image 1 : Une avalanche de litiges

Source: CNUCED²⁰

ENCADRÉ 2

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS (RDIE) EN CHIFFRES²¹

- Les procédures entre investisseurs et États ont proliféré au cours des deux dernières décennies, passant de trois instances connues en 1995 à plus de 50 nouveaux dossiers déposés chaque année depuis cinq ans. 2015 fut l'année de tous les records avec 70 nouveaux recours en RDIE.
- Dans le monde, 696 litiges opposant investisseurs et États avaient été dénombrés à la date du 1er janvier 2016 à l'encontre de 107 pays, mais en raison de l'opacité du système le chiffre réel est probablement plus élevé.
- À notre connaissance, 72 pour cent de l'ensemble des procédures intentées à la fin 2014 concernaient des pays en développement ou en transition.
- Mais les procès à l'encontre des pays développés sont à la hausse. En 2015, l'Europe occidentale était la région du monde la plus assignée en justice.²²
- Les investisseurs l'ont emporté dans 60 pour cent des procès opposant des investisseurs à des États lorsqu'une décision sur le fond a été rendue, alors que les États n'ont gagné que dans 40 pour cent des cas (même si, de fait, les États ne peuvent rien gagner car ils n'obtiennent jamais aucun dédommagement).
- Un quart des procédures en RDIE intentées sont résolues, la plupart entraînant le paiement de dommages-intérêts ou des modifications des lois et règlements afin de calmer des investisseurs mécontents.
- Le montant des indemnisations peut atteindre jusqu'à dix chiffres. Le plus haut niveau d'indemnités versées à ce jour, 50 milliards de dollars, a été ordonné à la Russie, au profit des anciens actionnaires majoritaires de la compagnie pétrolière et gazière Yukos.
- Les principaux bénéficiaires sont de grandes entreprises et de riches magnats : 94,5 pour cent des dédommagements ont bénéficié à des entreprises affichant au moins 1 milliard de dollars de chiffre d'affaires annuel ou à des personnes ayant une fortune nette supérieure à 100 millions de dollars.²⁴

Les requérants peuvent même sortir gagnants lorsqu'ils perdent un procès si, par suite de la procédure, les gouvernements revoient à la baisse leurs ambitions régulatrices.

Professeur Krzysztof Pelc, McGill University²³

94.5%

des dédommagements connus ont bénéficié à des entreprises affichant au moins 1 milliard de dollars de chiffre d'affaires annuel ou à des personnes ayant une fortune nette supérieure à 100 millions de dollars.

- Les frais de justice s'élèvent en moyenne à 4,5 millions de dollars par procès pour chacune des parties,²⁵ mais ils peuvent atteindre bien plus. Dans l'action intentée contre la Russie, les seuls avocats de Yukos avaient facturé leurs honoraires 74 millions de dollars et les trois arbitres du tribunal ont empoché, pour leur part, 7,4 millions de dollars.²⁶ Comme les frais judiciaires ne sont pas toujours alloués à la partie gagnante, les États finissent souvent par devoir payer la note même s'ils ne perdent pas le procès.

DES COÛTS RÉDHIBITOIRES POUR LES BUDGETS PUBLICS

Un certain nombre de pays ont, de fait, été contraints de verser des sommes considérables à des entreprises en vertu de différends entre État et investisseurs – de l'argent qui aurait pu être affecté au financement d'hôpitaux, d'écoles et d'autres services de base au profit de la population. En 2003, la République tchèque a versé 354 millions de dollars américains à une entreprise, soit l'équivalent du budget national de la santé publique.²⁷ L'Équateur vient de commencer à verser à une compagnie pétrolière implantée aux États-Unis l'une des indemnités les plus élevées connues à ce jour : 1,1 milliard de dollars.²⁸ Soit 1,1 pour cent du PIB du pays et 90 pour cent de son budget 2015 consacré aux dépenses sociales. Les frais de justice pour les litiges entre investisseurs et États peuvent à eux seuls vider les fonds publics.²⁹ Selon les comptes rendus des médias, le gouvernement des Philippines a dépensé 58 millions de dollars pour sa défense dans le cadre de deux procès intentés par Fraport, l'exploitant de l'aéroport – avec cet argent, le gouvernement aurait pu embaucher 12 500 enseignants, financer des vaccins au profit de 3,8 millions d'enfants contre des maladies telles que la tuberculose, la diphtérie, le tétanos et la polio ou aurait pu construire deux nouveaux aéroports.³¹

Il s'agit d'un outil de lobbying dans la mesure où vous pouvez y aller et dire « Ok, si vous agissez ainsi, nous vous assignons en justice en réparation. » Et dans certains cas, cela peut faire évoluer votre comportement.

Peter Kirby du cabinet Fasken Martineau au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États³⁰

GEL RÉGLEMENTAIRE

Il est arrivé que la menace d'une procédure coûteuse suffise à geler ou à différer l'action gouvernementale, dès lors que les décideurs prenaient conscience qu'ils devraient payer pour régler. Le Canada et la Nouvelle-Zélande, par exemple, ont différé leurs politiques de lutte contre le tabagisme en raison des menaces de recours ou des procès effectivement intentés par Big Tobacco.³² Cinq ans après l'entrée en vigueur des droits des investisseurs étrangers aux termes de l'ALENA, un ancien haut fonctionnaire du gouvernement a déclaré à un journaliste : « Au cours des cinq dernières années, à pratiquement chaque nouvelle réglementation ou proposition relative à l'environnement, j'ai vu affluer vers le gouvernement canadien les courriers des cabinets d'avocats de New York et de Washington. Qu'il s'agisse des produits chimiques du nettoyage à sec, des produits pharmaceutiques, des pesticides ou de droit des brevets. Presque toutes les initiatives étaient ciblées et la plupart n'ont jamais vu le jour.»³³

Avec l'augmentation du nombre de litiges entre investisseurs et États, l'arbitrage des différends est devenu une machine à sous à part entière. Aujourd'hui, un certain nombre de cabinets d'avocats et d'arbitres ont un modèle économique qui repose sur les procédures judiciaires intentées par les entreprises contre les États. Ce qui explique pourquoi ils encouragent sans cesse leurs entreprises clientes à assigner en justice – par exemple, lorsqu'un pays adopte des mesures visant à lutter contre la crise économique.³⁴

Dans le même temps, il a été constaté que les avocats d'affaires concernés,

Pourquoi les investisseurs étrangers ont-ils recours à des lois internationales ayant force exécutoire pour faire valoir leurs droits, alors que pratiquement personne d'autre n'en use.

Simon Lester, Cato Institute, groupe de réflexion de droite aux États-Unis³⁵

lorsqu'ils siègent en tant qu'arbitres, privilégient une interprétation des droits des sociétés favorable aux investisseurs dans le cadre des accords commerciaux et d'investissements, ouvrant ainsi, à l'avenir, la voie à de nouveaux procès contre les États et augmentant le risque lié à la responsabilité des gouvernements.³⁶ Les fonds d'investissement spéculatifs, qui ont récemment

commencé à aider au financement des différends entre investisseurs et États en échange d'une part des indemnités versées ou d'un règlement négocié, sont susceptibles d'accroître l'essor des arbitrages.³⁷

LA CRISE DE L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

Le nombre croissant de procès intentés par des entreprises a soulevé une tempête d'objections dans le monde entier vis-à-vis des traités et des arbitrages. Des groupes d'intérêt public, des syndicats, des petites et moyennes entreprises et des universitaires ont appelé les gouvernements à s'opposer aux arbitrages des différends entre investisseurs et États, au motif qu'ils ne

Le RDIE accorde aux grandes entreprises un statut comparable à celui d'un État en contexte international, dans la mesure où elles jouissent du privilège de pouvoir assiéger directement des gouvernements élus démocratiquement, dans le cadre de processus d'arbitrage qui échappent, dans une large mesure, à toute obligation de rendre des comptes. Cette situation peut être utilement comparée aux protections particulièrement limitées (certains n'hésiteraient pas à dire absentes) dont jouissent les travailleurs au titre de ces accords.

Congrès du travail du Canada³⁹

respectent pas les principes élémentaires d'indépendance judiciaire et d'équité et menacent la responsabilité incombant aux États d'agir dans l'intérêt de leur peuple, en faveur du développement économique et social et de la durabilité de l'environnement.³⁸ Les syndicats, notamment, ont fait part de leurs inquiétudes quant à l'absence criante de toute obligation imposée aux investisseurs et à la disparité frappante entre la force et le caractère exécutoire des droits des sociétés dans le cadre des accords commerciaux et d'investissements, d'une part, et le discours mièvre, flou, et sans portée concrète qui entoure le droit du travail et les droits de la personne, d'autre part.

Les défenseurs du libre-échange et de l'économie de marché, tels que le Cato Institute, groupe de réflexion de droite aux États-Unis, ont également rejoint le camp des opposants, dénonçant le fait que « l'approche du RDIE qui consiste à protéger... les seuls investisseurs étrangers... revient à dire que, dans une constitution nationale, les seuls droits qui seront protégés sont ceux des riches propriétaires. »⁴⁰ Il est à remarquer que, la plus importante association de magistrats d'Allemagne (qui revendique 15 000 membres parmi les 25 000 magistrats que compte le pays) a récemment exprimé des préoccupations semblables concernant l'octroi de droits exclusifs et l'instauration de pseudo-tribunaux au profit des investisseurs étrangers et a appelé les législateurs à « restreindre de manière significative le recours à l'arbitrage dans le cadre de la protection des investisseurs internationaux ». ⁴¹

Certains gouvernements ont, également, pris conscience des injustices liées à l'arbitrage des différends et s'efforcent de quitter le système. L'Afrique

du Sud, l'Indonésie, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela ont mis fin à plusieurs traités bilatéraux d'investissement (TBI). L'Afrique du Sud a rédigé un projet de loi qui élimine certaines des clauses les plus dangereuses du droit international des investissements. L'Inde a fait le même choix dans son nouveau modèle de traité sur l'investissement.⁴³ L'Indonésie emprunte également une voie similaire.⁴⁴ Et, en Europe, l'Italie s'est retirée du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) – un traité multilatéral créé après la guerre froide en vue d'intégrer le secteur énergétique de l'ancienne Union soviétique dans les marchés européens – notamment après avoir été menacée et victime de poursuites fondées sur le TCE dans le secteur des renouvelables.⁴⁵

Notre point de vue sur les TBI a évolué... Ces derniers semblent incliner en faveur des investisseurs. Notre problème prioritaire est le RDIE.

Abdulkadir Jaelani, ministre des Affaires étrangères de l'Indonésie⁴²

POURQUOI LES ÉTATS ONT-ILS SIGNÉ DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ?

Cette question est une énigme passionnante. Pourquoi, en premier lieu, les États ont-ils signé des traités d'investissement qui limitent leur souveraineté ? Pourquoi ont-ils donné aux avocats privés le pouvoir exceptionnel de contrôler toutes leurs actions, d'accorder des réparations coûteuses et d'imposer des limites à la réglementation publique ? La réponse est complexe et implique une combinaison d'intérêts, de fausses attentes et le manque de vigilance. Tout d'abord, les pays exportateurs de capitaux ont, sans aucun doute, un intérêt à accroître l'effet de levier de leurs entreprises à l'étranger. Deuxièmement, avant tout, les pays en développement espéraient que ces traités stimuleraient les investissements étrangers – même si cette conviction n'a jamais été étayée par aucune preuve solide et est, pour l'essentiel, restée lettre morte (voir encadré 3, page 27). Troisièmement, de nombreux gouvernements dans le monde n'ont pas fait preuve – et, dans une certaine mesure, ne font toujours pas preuve – d'une vigilance suffisante quant aux risques politiques et économiques induits par les traités. En fait, le plus souvent, les gouvernements n'avaient absolument rien compris – jusqu'à ce qu'ils soient assignés en justice.

Comme la majorité des pays dans les années 90, nous avons conclu de nombreux traités sans même savoir parfois à quoi nous nous engageons.

Un ancien négociateur chilien⁴⁶

Lauge Poulsen, qui a fait le tour du monde afin de demander aux fonctionnaires gouvernementaux pourquoi ils avaient signé, a produit un compte-rendu fascinant sur le manque de vigilance quant aux conséquences des traités d'investissement. Dans son livre⁴⁷, le lecteur sera surpris d'apprendre que, par le passé, les négociations qui entouraient un traité d'investissement duraient, le plus souvent, à peine quelques heures. Parfois, aucun juriste, sans parler des hauts fonctionnaires des ministères de la justice, n'y participait. Il est arrivé que la principale raison de signer un traité était « de profiter des visites de délégations de haut niveau pour prendre des photos ». ⁴⁸ Lorsque, la première fois, le Pakistan a été assigné en justice en 2001, en vertu du traité bilatéral signé avec la Suisse en 1995, personne au gouvernement n'a pu mettre la main sur le texte et ils ont dû se résoudre à en demander une copie à la Suisse. Poulsen en conclut que « en signant, la

majorité des pays en développement... ont souscrit à l'un des plus puissants régimes juridiques impliquant la mondialisation économique, sans même en être conscients, à l'époque ».49 Ils ne l'ont compris que des années plus tard en étant assignés en justice.

J'ai entendu plusieurs représentants qui avaient effectivement participé à ce processus de conclusion des traités dire...« Nous ne pensions vraiment pas que tout ceci aurait des conséquences concrètes dans le monde réel ».

*Christoph Schreuer, arbitre*⁵⁰

LE RDIE À LA CROISÉE DES CHEMINS

A l'heure où le nombre des méga-procès engagés par les investisseurs et les types de politiques sujettes à des attaques sont en plein essor, où les gouvernements sont toujours plus nombreux à vouloir modifier ou quitter le dispositif d'arbitrage des différends, une menace plus grande encore se profile à l'horizon. De nombreux traités couvrant plusieurs régions et impliquant près de 90 pays sont en cours de négociation⁵¹ et menacent d'étendre considérablement le régime du RDIE, soumettant comme jamais les États à des obligations accrues. Ces traités incluent le Partenariat transpacifique (PTP), conclu en 2015 entre 12 pays du Pacifique, notamment les États-Unis et le Japon ; le Partenariat économique intégral régional (RCEP) actuellement en cours de négociation entre 16 économies d'Asie et du Pacifique ; l'Accord de libre-échange tripartite (TFTA) négocié par 23 économies africaines ; un certain nombre d'accords bilatéraux, dont les traités d'investissement entre les États-Unis et la



ENCADRÉ 3 :**BRISER LE MYTHE SELON LEQUEL LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ATTIRENT LES INVESTISSEMENTS**

Les partisans des traités de protection des investissements affirment régulièrement qu'ils contribuent à attirer les investissements. Dans sa note d'information sur cette question, la Commission européenne soutient, par exemple, que « en offrant une sécurité accrue à ses investisseurs respectifs », le chapitre consacré à l'investissement dans le traité commercial entre l'UE et les USA (TTIP) créera « davantage de possibilités d'investissement dans l'UE comme aux États-Unis ».⁵² Les groupes de pression des entreprises tels que la Chambre de commerce internationale (CCI) affirment couramment que « l'adoption de normes strictes de protection des investissements devrait être une priorité politique pour l'ensemble des gouvernements en vue de promouvoir une nouvelle vague d'IDI qui favorise la prospérité » (investissements directs internationaux).⁵³

Mais le problème est qu'il n'est pas prouvé que les accords d'investissement attirent les investisseurs. Bien que certaines études économétriques démontrent que les traités favorisent l'investissement, d'autres considèrent qu'ils n'ont aucun effet – voire, qu'ils ont un effet négatif.⁵⁴ Les études qualitatives suggèrent que les traités n'influencent pas de manière déterminante la décision des investisseurs de s'engager à l'étranger.⁵⁵ Dans une réponse à une question parlementaire, Cecilia Malmström, Commissaire au commerce de l'UE, a également reconnu que « la Commission n'ignore pas que la plupart des études n'établissent pas de lien de causalité direct et exclusif » entre traités et investissement.⁵⁶

Certains gouvernements ont commencé à comprendre que la promesse d'investissements étrangers n'a pas été tenue. Après l'annulation par l'Afrique du Sud de quelques-uns de ses traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus avec des États membres de l'UE dans les années 90, un membre du gouvernement a expliqué : « L'Afrique du Sud ne reçoit pas d'importants apports d'IDI des nombreux partenaires avec lesquels nous avons des TBI et, en même temps, elle continue de bénéficier des investissements de pays avec lesquels nous n'avons pas conclu de TBI. En somme, les TBI n'ont pas été déterminants pour attirer les investissements en Afrique du Sud. »⁵⁷

C'est également ce qu'ont vécu d'autres pays : En Amérique latine⁵⁸, le Brésil est le pays qui bénéficie de la plus grande part des IDI – même s'il n'a jamais ratifié de traité autorisant le règlement des différends entre investisseurs et États. La Hongrie est l'un des deux États membres de l'UE en Europe centrale et orientale n'ayant pas conclu de traité d'investissement avec les États-Unis – bien qu'étant, toutefois, l'un des principaux bénéficiaires des IDI américains dans la région, au cours des dix dernières années.⁵⁹ D'autre part, les neuf membres de l'UE qui disposent d'un traité avec les États-Unis ne bénéficient que d'un pour cent de l'ensemble des investissements américains en Europe.

Il ne faut pas comparer les TBI avec un coup de baguette magique, qui, accompagné d'un nuage de fumée... pouf, pouf... fait apparaître un étranger, les poches débordant d'argent. Si les pays en développement souhaitent attirer les capitaux étrangers, ils ne peuvent se contenter de signer et de ratifier des TBI.

Professeur Jason Yacke, University Wisconsin Law School⁶⁰

Plus important encore, chacun s'accorde à reconnaître que, bien que les IDI peuvent contribuer au développement nécessaire, les bénéfices ne sont pas automatiques.⁶¹ La réglementation est indispensable pour éviter les risques que les IDI représentent pour l'environnement, les normes du travail, les collectivités locales, la balance des paiements d'un pays, etc. Et, de manière générale, les accords d'investissement « n'ont pas vocation à régler ces questions, dans la mesure où leur première préoccupation est de protéger les investissements étrangers, » comme l'a déclaré un membre du gouvernement de l'Afrique du Sud. Il a expliqué : « En fait, (les accords internationaux d'investissement) sont structurés de manière à imposer des obligations légales aux gouvernements et ainsi offrir une protection des droits très étendue aux investissements des pays qui sont parties au traité. Ce déséquilibre en faveur des investisseurs peut entraver la capacité des gouvernements à légiférer dans l'intérêt général. »⁶²

Tant que le système sera ce qu'il est aujourd'hui, toute signature d'un nouveau traité est une grave erreur. Les avantages doivent être pesés au regard des charges. Peut-être, qu'un jour, quelqu'un pourra m'expliquer en quoi consistent les bénéfices, mais, pour ma part, je n'en ai vu aucun.

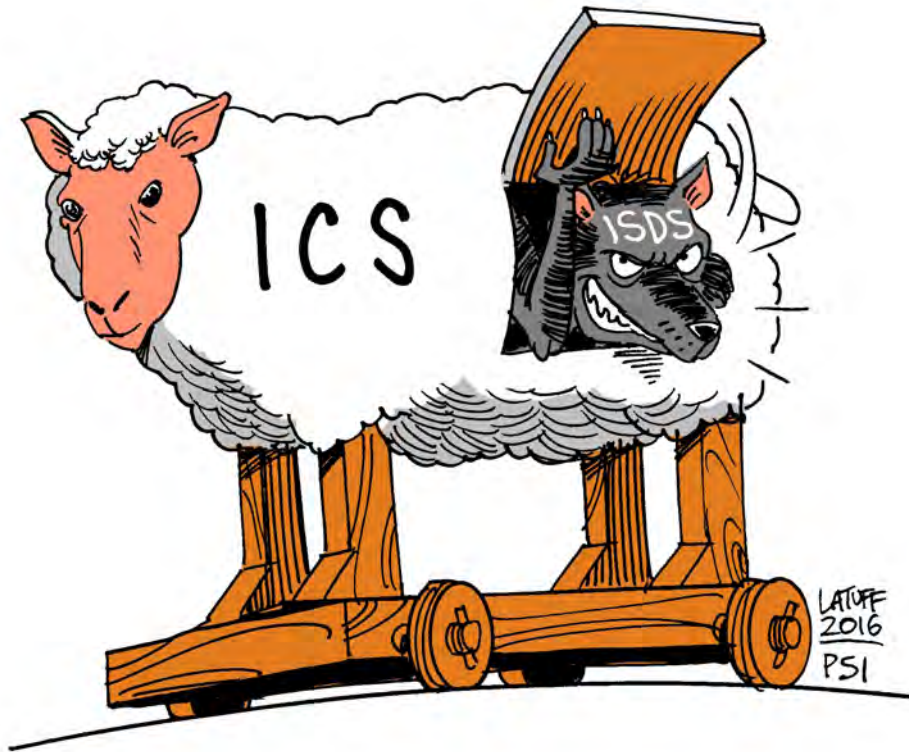
George Kahale III, un avocat qui a défendu les pays dans le cadre de procédures liées au RDIE.⁶³

Chine, l'UE et la Chine, et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'UE et les États-Unis.

Une analyse récente estimait que, alors que tous les accords d'investissement existants ne couvrent que 15 à 20 pour cent des flux d'investissements mondiaux, ces nouveaux traités devraient augmenter cette couverture à hauteur de 80 pour cent, multipliant ainsi le risque de procès pour les gouvernements en raison de leurs choix en matière de politique publique.⁶⁴

Le TTIP à lui seul reléguerait au second plan tous les traités actuels qui prévoient le règlement des différends entre investisseurs et États. Par

exemple, d'un seul coup, le nombre d'entreprises américaines qui pourraient remettre en cause le travail, la santé et les autres systèmes de protection publics en Europe devant des tribunaux internationaux serait multiplié par 11 (voir encadré 4, page 32).



CHAPITRE 3

LE CHEVAL DE TROIE DES ENTREPRISES : L'ICS, LA PROPOSITION DE L'UE POUR FAVORISER LES INVESTISSEURS DANS LES ACCORDS COMMERCIAUX

Dans la mythologie grecque, les Grecs gagnent la guerre contre Troie grâce à une ruse. Après un siège infructueux, feignant de renoncer, ils cachent leurs soldats dans un énorme cheval de bois aux flancs creux. Ils réussissent à convaincre les Troyens de laisser entrer le cheval dans la ville. Mais, la nuit suivante, les forces grecques en sortent discrètement, ouvrent les portes de la cité au reste de l'armée et détruisent la ville. À l'image de ce récit antique, après trois années marquées par une profonde inquiétude générale à l'égard du RDIE, la Commission européenne a également construit un cheval de Troie destiné à tromper les populations. Le Système juridictionnel des investissements ou ICS proposé par la Commission a vocation à masquer l'expansion massive du RDIE avant de verrouiller ce régime si méprisé.

Le TUC s'oppose vivement au RDIE. Nous estimons qu'il est, en principe, inacceptable que les investisseurs étrangers bénéficient d'un accès privilégié à un système de règlement des différends distinct des autres acteurs.

Le Trade Union Congress (Royaume-Uni), dans sa contribution à la consultation de la Commission au sujet du RDIE⁶⁵

L'étendue de l'opposition au mécanisme de RDIE autrefois obscur s'est clairement manifestée en début d'année 2015, avec la publication par la Commission des résultats d'une consultation publique sur les droits accordés aux investisseurs étrangers dans le cadre de l'accord commercial en cours de négociation entre l'UE et les États-Unis (TTIP ou TAFTA) : plus de 97 pour cent des 150 000 participants, un taux de participation record, a rejeté ces privilèges ainsi octroyés aux entreprises. Le tollé provient d'un ensemble large et varié de répondants, incluant entreprises, collectivités locales et régionales, universitaires, syndicats et autres groupes d'intérêt public.⁶⁶ Et un plus grand nombre encore, à savoir 3,3 millions d'Européens, a signé une pétition contre le TTIP et le traité déjà conclu entre l'UE et le Canada (AECG, CETA en anglais) « parce qu'ils comprennent plusieurs questions critiques telles que le règlement des différends investisseur-État (...) qui constituent une menace pour la démocratie et la primauté du droit ».⁶⁷

À l'automne 2015, dans une tentative visant à apprivoiser l'opposition publique au RDIE, la Commission européenne a choisi de renommer le mécanisme lors de la publication d'une proposition révisée, pour l'ensemble des négociations de l'UE – en cours ou à venir – en matière d'investissements. Au lieu de « l'ancien système traditionnel de règlement des différends », qui souffre d'un « profond déficit de confiance », Cecilia Malmström, Commissaire européenne au commerce, a fait la promesse d'« un nouveau système reposant sur les éléments qui forgent la confiance des citoyens dans les juridictions nationales et internationales ».

Pour améliorer le système international de protection des investissements, il faut repartir de zéro et ne pas se contenter de réformer le système actuel.

Contribution de la Confédération européenne des syndicats (CES) à la consultation 2014 de l'UE sur le RDIE⁶⁸

À présent, le sujet de toutes les conversations était l'ICS (système juridictionnel des investissements) – un système censé « protéger le droit des États à régler et statuer sur les différends en matière d'investissements dans le plein respect de l'état de droit », pour reprendre les propos de Timmermans, premier vice-président de la Commission.⁶⁹

LE SUBTERFUGE DU CHANGEMENT DE NOM

Bien que la Commission évoque le nouveau système en des termes positifs, sa proposition reprend pourtant bon nombre des éléments composant l'ancien mécanisme d'arbitrage des investissements. Ainsi, les poursuites entre investisseurs et États en vertu de futurs traités de l'UE resteront soumises aux règles traditionnelles d'arbitrage du RDIE.⁷⁰ C'est pour cette raison que, selon l'expert en droit international de l'investissement Gus van Harten, de la Osgoode Hall Law School au Canada, « L'ICS n'est autre qu'une manœuvre visant à présenter le RDIE sous un nouveau nom. »⁷¹

Van Harten a par ailleurs averti que l'emploi, par l'UE, d'un jargon juridique risquerait de masquer le fait que l'inclusion du RDIE dans des accords commerciaux tels que le TTIP entraînerait une extension considérable de son champ d'application. Il écrit : « Si le TTIP est conclu, il entraînera le quasi triplement du champ d'application du système de protection des investisseurs

étrangers au-delà de tous les traités en vigueur en matière de RDIE. Il accentuera également de manière considérable l'exposition des gouvernements des États-Unis et d'Europe occidentale au RDIE. » De plus, on assistera à un effet de verrouillage puisque l'inclusion du RDIE dans des accords commerciaux de grande envergure dont les économies peuvent devenir dépendantes au fil du temps « rendrait pratiquement impossible tout retrait des pays du RDIE en mettant fin aux centaines de traités d'investissement bilatéraux autorisant le RDIE ». ⁷³

En vertu du TTIP, de nouveaux pouvoirs coercitifs seraient offerts à plus de 47 000 entreprises (aujourd'hui, seules 4 500 peuvent en faire usage) ; 19 États membres de l'UE supplémentaires pourraient être poursuivis directement par des investisseurs américains (contre 9 à peine ayant conclu un traité d'investissement avec les États-Unis aujourd'hui) ; le TTIP couvrirait 99 pour cent d'investissements américains supplémentaires dans l'UE (contre seulement 1 pour cent en vertu des traités en vigueur). A l'appui des accords existants, les investisseurs américains ont poursuivi des États membres de l'UE à 9 reprises au moins. Si le nombre d'affaires est proportionnel aux flux d'investissements couverts par les accords, ce chiffre record suggère que le TTIP est en mesure d'ouvrir la voie à quelque 900 poursuites d'investisseurs états-uniens contre les États membres de l'UE. ⁷⁴

Je suis préoccupé par le fait que la Commission s'exprime tel un tribunal international d'arbitrage des investissements pour masquer ce qui n'est autre qu'une expansion considérable du RDIE.

Professeur Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School⁷²



ENCADRÉ 4**QU'IMPLIQUERAIT L'ICS DANS LE CADRE DU TTIP ?⁷⁵**

Le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) en cours de négociation entre l'UE et les États-Unis a vocation à devenir le plus vaste accord commercial de tous les temps. Si le TTIP incluait les mêmes droits étendus en faveur des investisseurs que ceux proposés par l'UE, il entraînerait une expansion massive du système d'arbitrage des investissements. La responsabilité et les risques financiers incombant aux États membres de l'UE seraient démultipliés et seraient de loin supérieurs à ceux déjà induits par tout accord en vigueur auquel ils sont partis.

- A l'heure actuelle, seuls 9 États membres, tous situés en Europe orientale, ont signé un accord d'investissement bilatéral avec les États-Unis.⁷⁶ Les accords en question ne représentent qu'un pour cent des investissements états-unis dans l'UE. La proposition d'ICS porterait cette couverture à 100 pour cent des investissements états-unis dans l'UE puisqu'elle couvrirait chacun des 28 États membres dont la responsabilité serait par ailleurs engagée.
- Sur les 51 495 filiales américaines opérant actuellement sur le sol de l'UE, plus de 47 000 seraient alors habilitées à lancer des attaques contre les politiques européennes devant des tribunaux internationaux. Ainsi dans le cadre du TTIP, l'ICS multiplierait par onze le nombre d'investisseurs américains susceptibles d'intenter des poursuites.
- Sur la base des accords existants (couvrant à peine un pour cent des investissements états-unis dans l'UE), les investisseurs états-unis ont poursuivi des États membres de l'UE à 9 reprises au moins. Si le nombre d'affaires est proportionnel aux flux d'investissements couverts par les accords, ce chiffre record suggère que l'ICS dans le cadre du TTIP est en mesure d'ouvrir la voie à quelque 900 poursuites d'investisseurs états-unis contre les États membres de l'UE.

28 États membres pourraient être poursuivis directement, contre **9** actuellement



100% des investissements états-unis dans l'UE contre à peine **1%** aujourd'hui



51 495 entreprises pourraient être poursuivies directement, contre **4 500** actuellement



Près de **900** poursuites d'investisseurs pourraient toucher les pays de l'UE, contre **9** litiges enregistrés aujourd'hui



LA GRANDE IMPOSTURE JURIDIQUE

Évoquant les lacunes de la procédure de nomination proposée pour les soi-disant juges ainsi que les doutes quant à leur indépendance financière, la plus importante association allemande de juges et de procureurs remet elle aussi en question la démarche de l'UE visant à renommer le RDIE en « système juridictionnel ». « Ni la procédure proposée pour la nomination des juges de l'ICS, ni leur statut ne satisfont les exigences internationales pour garantir l'indépendance des tribunaux, » ont précisé les magistrats dans une déclaration en février 2016. « Comme tel, l'ICS apparaît, non pas comme une cour internationale, mais plutôt comme un tribunal permanent d'arbitrage. »⁷⁷

Mais en fait, la proposition de « Système juridictionnel des investissements » (ICS) n'équivaut pas même à un tribunal. Le terme juridictionnel est trompeur car le système s'entend plutôt comme une cour d'arbitrage composée de quinze membres appelés « juges », à qui 2 000 euros d'honoraires seraient versés tous les mois pour assurer leur disponibilité, en ajoutant une rémunération au dossier plutôt lucrative, se montant à 3 000 dollars par jour.⁷⁹ Sur quoi l'Association Européenne des Magistrats a rebondi : « Étant donné que les juges ne bénéficient pas d'une rémunération à proprement parler, leur indépendance financière est menacée. »⁸⁰ En d'autres termes : l'UE propose que les poursuites intentées par les investisseurs à l'encontre des gouvernements soient tranchées par des « juges » qui seraient fortement incités à interpréter la législation en faveur des investisseurs – puisque les investisseurs pourraient ainsi plus aisément intenter des actions à l'avenir et obtenir gain de cause, ce qui impliquerait des affaires en plus grand nombre pour les « juges » et donc, des revenus accrus.

La Commissaire européenne en charge du commerce Malmström semble parfaitement consciente de l'absence flagrante d'un « tribunal » indépendant dans sa proposition. Au moment de présenter la vision de la Commission six mois avant la publication de la proposition officielle, elle a déclaré au Parlement européen : « Bien sûr, cela ne va pas dans le sens de la création d'un tribunal permanent sur l'investissement, avec des juges permanents qui n'auraient aucune tentation de penser à des opportunités d'affaires futures. »⁸²

« Bien sûr, cela ne va pas dans le sens de la création d'un tribunal permanent sur l'investissement, avec des juges permanents qui n'auraient aucune tentation de penser à des opportunités d'affaires futures. »

*Cecilia Malmström, Commissaire européenne en charge du commerce*⁷⁸

Ni la procédure proposée pour la nomination des juges de l'ICS, ni leur statut ne satisfont les exigences internationales pour garantir l'indépendance des tribunaux.

*Association des Magistrats allemands, la première association allemande de juges et de procureurs.*⁸¹

ICS & RDIE : DES JUMEAUX AUSSI DANGEREUX L'UN QUE L'AUTRE

Qu'y a-t-il donc dans la proposition de l'UE sinon un tribunal ? Que cache le cheval de Troie de l'ICS ? Hormis quelques améliorations des procédures – un meilleur processus de sélection des arbitres (rebaptisés « juges » de manière trompeuse) et l'instauration d'une chambre d'appel – le nouvel ICS proposé

par l'UE est sensiblement identique à « l'ancien » système du RDIE que l'on trouve dans les traités d'investissement existants (voir annexe 1 en page 53). La proposition relative à l'ICS comprend des droits des investisseurs tout aussi considérables que ceux auxquels les multinationales recouraient lorsqu'elles demandaient des milliards d'euros en réparation des politiques mises en œuvre en vue de protéger la planète et ses habitants. Dès lors, elle implique les mêmes risques majeurs que « l'ancien » système du RDIE pour les contribuables, les politiques d'intérêt général, et la démocratie.

DANGER N° 1 : la proposition de l'UE donnerait à des dizaines de milliers d'entreprises les moyens d'attaquer en justice

La proposition de la Commission n'empêche pas le phénomène de chalandage fiscal. Les sociétés mères et les filiales peuvent engager des poursuites parallèlement.

Professeur Markus Krajewski & Rhea Tamara Hoffmann, Université d'Erlangen-Nuremberg⁸⁴

La proposition de la Commission européenne en matière de protection des investissements permettrait aux investisseurs étrangers qui exercent leurs activités dans l'UE et aux investisseurs américains qui opèrent à l'étranger de contourner les systèmes juridiques nationaux et d'engager des poursuites devant des tribunaux internationaux⁸³ – dès lors qu'ils pensent que les actions des États violent les considérables droits essentiels des investisseurs que leur confère la proposition de l'UE.

Du fait du sens multiple des termes « investisseur » et « investissement », les entreprises transnationales pourraient même en venir à assigner leur propre gouvernement – en structurant leurs investissements dans le cadre d'une filiale implantée à l'étranger. Une analyse récente de la proposition de l'UE constate : « Si une société mère a structuré son investissement dans le pays hôte par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs sociétés de portefeuille implantées dans d'autres pays, toutes ces sociétés peuvent tenter une action en justice (même dans le cas d'actionnaires minoritaires) si les pays respectifs disposent d'un traité d'investissement avec l'État hôte ».⁸⁵ Comme la dimension internationale des entreprises s'est développée, le grand capital et ses avocats d'affaires participent activement à la pratique connue sous l'appellation « montage des sociétés pour la protection des investisseurs. » Selon le cabinet d'avocats Freshfields, cette pratique « accompagne maintenant la planification fiscale au moment de la réalisation des investissements » et les investissements existants sont « contrôlés pour optimiser les risques ».⁸⁶

DANGER N° 2 : la proposition de l'UE autoriserait les poursuites contre des mesures d'intérêt public

La proposition de l'UE comprend les mêmes considérables droits des investisseurs dits « essentiels » que les traités existants qui ont servi de base légale aux attaques des investisseurs à l'encontre des politiques gouvernementales, pourtant tout à fait légitimes et non discriminatoires, destinées à protéger la santé, l'accès aux services essentiels, la stabilité économique et

d'autres domaines d'intérêt public. Par exemple :

- L'UE propose que les investisseurs soient protégés contre les **expropriations indirectes** (section 2, article 5). Du point de vue des investisseurs, pratiquement toute loi ou réglementation peut être considérée comme une « expropriation indirecte » si elle a pour effet de diminuer les profits. Par exemple, lors d'un recours en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), les arbitres ont jugé que le Mexique avait exproprié l'investisseur américain Metalclad et a condamné le pays à payer 16,2 millions de dollars américains en réparation – car le refus de la demande de permis pour la construction d'une installation d'élimination de déchets toxiques et une loi visant à convertir la zone du site en réserve naturelle portaient atteinte de manière notable aux biens de l'entreprise. Les arbitres ont affirmé clairement que les répercussions de ces décisions suffisaient à établir l'existence d'une expropriation et que les objectifs des autorités mexicaines n'avaient aucune importance.⁸⁸ Si l'on oppose cela au fait que, dans la plupart des pays du monde, seules les expropriations directes – par exemple, un gouvernement qui saisit vos terres ou votre usine – créent un droit à réparation.

- L'UE propose que les investisseurs soient traités de manière **juste et équitable** (section 2, article 3). Cette clause fourre-tout s'est révélée très dangereuse pour le contribuable et le législateur car les arbitres l'ont interprétée de telle manière qu'il est quasiment impossible pour les États de la respecter et, de facto, elle leur impose de verser une indemnisation dès qu'ils modifient la loi. Par exemple, dans un autre procès relevant de l'ALENA à l'encontre du Mexique, où l'agence de l'environnement avait refusé de renouveler la licence d'un site d'enfouissement de déchets dangereux, les arbitres ont jugé que le Mexique avait violé la règle de traitement juste et équitable car plusieurs autorités n'avaient pas toujours été « exemptes de toute ambiguïté ni totalement transparentes » et avaient porté atteinte « aux principales attentes qui avaient motivé l'investisseur étranger à réaliser son investissement ».⁹⁰

Comparée à de nombreux traités d'investissement existants qui ont déjà conduit à des centaines de procès investisseurs/États dans le monde, la proposition de l'UE pourrait sans doute élargir les droits des investisseurs, augmentant les risques de poursuites coûteuses à l'encontre de politiques souhaitables. Par exemple :

- Dans le passé, les tribunaux d'arbitrage sur les investissements ont interprété la notion de traitement juste et équitable comme imposant aux gouvernements d'indemniser les investisseurs pour tout changement politique non conforme à leurs « attentes ». En précisant expressément les **attentes légitimes** en matière de protection des investisseurs dans la clause (section 2, article 3.4), l'UE risque de faire de cette interprétation très large de la

Personnellement, j'estime que, du point de vue de l'avocat cupide et avare, il s'agit d'une obligation particulièrement bienvenue.

Jonathan Kallmer du cabinet Crowell Moring sur la formulation par l'UE d'un traitement juste et équitable⁸⁷

Les tentatives précédentes de réglementer les services publics ont déjà été la cible de demandes d'indemnisation en vertu du RDIE par des fournisseurs privés et l'AECG menace de prolonger cette tendance – rendant les secteurs comme l'éducation, l'eau, la santé, la sécurité sociale et les retraites vulnérables à toute sorte d'attaque de la part des investisseurs.

Fédération syndicale européenne des services publics (FSESP) sur l'ICS dans le cadre de l'accord commercial AECG entre l'UE et le Canada.⁸⁹

norme un « droit » à un environnement réglementaire stable. Ce qui reviendrait à donner aux investisseurs une arme redoutable pour s'attaquer aux évolutions réglementaires, même si ces dernières sont appliquées à la lumière de faits nouveaux ou d'un choix démocratique. En général, la protection explicite des attentes des investisseurs ne figure pas dans les traités existants.

- L'UE propose également une forme particulièrement dangereuse de **clause-parapluie** (section 2, article 7). Les contrats privés d'un État et de

Le RDIE peut également avoir un effet indirect sur la législation du travail fondée sur des conventions collectives.

*Professeur Markus Krajewski,
Université d'Erlangen-Nuremberg*⁹¹

ses entités relatifs à un investissement seraient alors élevés au niveau d'une loi internationale, multipliant ainsi le risque de procès coûteux. Imaginez, par exemple, un contrat entre une ville et un investisseur étranger exploitant son réseau de distribution d'eau. Si l'investisseur pense que la municipalité n'a pas respecté l'un des droits prévus au contrat, la clause-parapluie autorise l'investisseur à assigner l'État en justice devant un tribunal international d'arbitrage – même si le contrat prévoit que les problèmes entre l'investisseur et l'État soient réglés devant une juridiction nationale. La clause-parapluie ne fait pas partie de l'AECG entre le Canada et l'UE. Elle a été rejetée par le Canada dont les traités ne comportent pas cette clause.

La possibilité pour les investisseurs de contester une grève de longue durée parce qu'ils considèrent qu'elle porte atteinte à la sécurité de leur investissement pose un réel problème.

*Confédération syndicale allemande (DGB)*⁹²

Alors que les partisans de l'arbitrage soutiennent qu'il protège uniquement contre les discriminations, la liste des droits susmentionnés montre que la proposition de l'UE va bien au-delà. Avec des droits des entreprises si radicaux, de nombreux cas de poursuites outrageuses, passées et présentes, contre des mesures visant à protéger la planète et ses habitants pourraient à nouveau se présenter (voir, par exemple, encadré 5, page 31). Les citoyens, qui ont voté pour des mesures telles que l'interdiction des produits chimiques dangereux, le salaire minimum ou pour des initiatives destinées à limiter la pollution, pourraient se retrouver à devoir payer des millions d'indemnités à des investisseurs.

Les investisseurs pourraient même poursuivre des États pour des mesures pourtant conformes à leur constitution et à leurs lois – comme le géant du tabac Philip Morris qui maintient ses poursuites à l'encontre de l'Uruguay, même si la plus haute cour de justice du pays a jugé légale sa politique de lutte contre le tabagisme.⁹³ Cette possibilité est liée au fait que, comme l'a expliqué ClientEarth, un groupe de défense des droits de l'environnement, les droits des investisseurs étrangers tels que ceux proposés par l'UE « ont été explicitement créés pour donner... aux investisseurs étrangers un recours et des droits individuels supplémentaires à l'encontre de l'État, indépendamment de la légalité de la mesure aux termes de la législation nationale ». ⁹⁴ En d'autres termes, les droits des investisseurs sont une façon détournée pour les multinationales lésées d'éviter les tribunaux nationaux et d'obtenir des décisions bien plus avantageuses devant des pseudo-tribunaux d'entreprise ayant un parti pris en leur faveur.

DANGER N° 3 : Aux termes de la proposition de l'UE, la législation du travail, les négociations collectives et les conventions collectives entre les partenaires sociaux pourraient devenir la cible de recours de la part des investisseurs.

Alors que les accords entre parties privées ne peuvent être contestés directement (car les droits des investisseurs de l'UE ne s'appliquent qu'aux activités ou à l'inactivité de l'État), les choses sont différentes une fois que l'État devient partie à une convention collective ou en fait une loi. Un investisseur peut également alléguer que le manque d'action de l'État dans le contexte d'une convention collective contrevient à certaines dispositions de la proposition de l'UE.⁹⁵

De même, un investisseur pourrait estimer que le manque de réaction d'un État dans le cas d'une grève de longue durée viole son droit à une protection et une sécurité complètes, une autre disposition de la proposition de l'UE. Les obligations récemment introduites relatives à la participation des travailleurs dans les conseils de surveillance peuvent également faire l'objet de recours, car un investisseur pourrait prétendre que le blocage de certaines décisions d'entreprise par les représentants syndicaux constitue une expropriation indirecte.⁹⁷

Il me semble que nous avons donné aux investisseurs étrangers la possibilité de porter plainte contre toute décision gouvernementale qui leur déplaît.

Simon Lester, Cato Institute, groupe de réflexion de droite aux États-Unis⁹⁶

DANGER N° 4 : la proposition de l'UE ouvre la voie au versement de milliards en indemnités payées par les contribuables aux entreprises

Dès qu'un tribunal d'arbitrage des investissements estime qu'un État a violé les droits des investisseurs – et ne pas en respecter un seul suffit – en se fondant sur la proposition de l'UE, il peut condamner au versement de gigantesques sommes d'argent public en réparation.⁹⁸ Comme rien dans le texte ne pose de limites aux sommes exigibles par une entreprise, les procès déjà en cours dans le monde avec des millions voire des milliards à la clef sont appelés à se poursuivre. Ces décisions peuvent être exécutées par la saisie de biens publics dans plusieurs pays et risquent d'assécher les finances publiques, avec l'effet d'amputer la couverture des services publics universels, d'abaisser leur qualité et d'augmenter les pressions exercées en vue de la privatisation.

À ce jour, l'un des montants d'indemnisation les plus élevés, 1,06 milliard de dollars plus intérêts, a été imposé à l'Équateur.¹⁰⁰ Soit un pour cent du PIB total du pays et 90 pour cent de son budget 2015 consacré aux dépenses sociales.¹⁰¹ En 2003, la République tchèque a versé 354 millions de dollars à

La proposition de la Commission n'exclut pas que les mesures réglementaires prises dans l'intérêt public telles que la législation relative au travail, les lois de protection sociale et environnementale puissent conduire à des obligations financières.

Professeur Markus Krajewski & Rhea Tamara Hoffmann, Université d'Erlangen-Nuremberg⁹⁹

ENCADRÉ 5

ÉTUDE DE CAS, PHILIP MORRIS CONTRE URUGUAY : BIG TOBACCO (TERME AMÉRICAIN DÉSIGNANT LES GÉANTS DU TABAC) POURRAIT-IL POURSUIVRE LES ÉTATS MEMBRES DE L'UE SUR LA LÉGISLATION ANTI-TABAC EN VERTU DE L'ICS ?

Des fonctionnaires de l'UE et des États membres ont affirmé que les attaques des investisseurs contre les décisions visant à protéger la santé publique et l'environnement seraient dorénavant impossibles dans le cadre du régime « modifié » des droits des investisseurs, appelé Système juridictionnel des investissements ou ICS.¹⁰² Intéressons-nous plus particulièrement à l'un de ces procès – Philip Morris International (PMI) contre les politiques anti-tabac en Uruguay¹⁰³ – et demandons-nous si ce géant du tabac pourrait, de la même manière, assigner en justice en s'appuyant sur le nouveau RDIE modifié proposé par la Commission.¹⁰⁴

PMI soutient que la législation anti-tabac adoptée par le gouvernement uruguayen, en particulier l'interdiction de vendre plus d'un type de cigarettes sous une marque unique et l'obligation d'apposer des mises en garde graphiques sur les risques du tabagisme couvrant au moins 80 pour cent du paquet, « vont bien au-delà de tout objectif légitime de santé publique »¹⁰⁵ et prive la marque PMI de sa valeur commerciale. PMI réclame 25 millions de dollars d'indemnités.¹⁰⁶

Il y a quelque chose de fondamentalement faussé dans le monde si une société peut contester des politiques que le secteur public a introduites pour protéger la population contre un produit qui tue.

Dr Margaret Chan, Secrétaire générale de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS)¹⁰⁷

Parmi les principales affirmations de PMI, l'Uruguay aurait violé le principe de **traitement juste et équitable** dans le cadre du traité d'investissement du pays avec la Suisse, car les lois de lutte contre le tabagisme étaient « excessives », « déraisonnables » et « arbitraires », sans « aucun lien rationnel avec la politique de santé publique du gouvernement ».¹⁰⁸ Selon PMI, des images plus petites et moins choquantes, par exemple, auraient suffi pour informer des risques du tabac pour la santé. Il est difficile d'expliquer en quoi cela ne pourrait pas constituer un argument grâce auquel Big Tobacco pourrait s'en tirer à bon compte en vertu d'un traité de l'UE qui accorderait « un traitement juste et équitable », notamment à l'encontre de mesures qui sont manifestement arbitraires (section 2, article 3.2 de la proposition de l'UE) ?

Selon PMI, les mesures de lutte contre le tabagisme adoptées par l'Uruguay avaient également un effet équivalent à **une expropriation** de ses marques déposées – elles privaient l'entreprise de ses droits de propriété intellectuelle et « ruinent (ruinaient) le capital sympathie associé aux... marques déposées, les dépossédant ainsi de leur valeur commerciale ».¹⁰⁹ Le même point pourrait être évoqué dans le cadre d'un futur traité de l'UE exigeant une indemnisation en réparation de « mesures ayant un effet équivalent à ... une expropriation », notamment « à des fins publiques » (section 2, article 5.1).

Mais l'**annexe 1** de la proposition de l'UE relative à l'ICS précise que « des mesures non discriminatoires... destinées à protéger des objectifs politiques légitimes puis appliquées à cet effet, telles que la protection de la santé publique, la sécurité, l'environnement ou les bonnes mœurs... **ne constituent pas des expropriations indirectes** ». L'argument de PMI sur l'expropriation serait-il pour autant vide de sens ? Pas nécessairement. PMI conteste le fait que les lois de lutte contre le tabagisme adoptées par l'Uruguay étaient motivées par un objectif légitime de politique publique, affirmant qu'elles étaient « excessives » et « sont sans lien rationnel avec une politique gouvernementale légitime ».¹¹⁰ Au final, ce serait au tribunal d'interpréter ces recours et de juger les arguments de l'entreprise, laissant ainsi la porte ouverte à un procès favorable.

Les investisseurs étrangers ne devraient pas pouvoir cibler des lois visant à promouvoir la santé publique, la stabilité financière, la protection de l'environnement et les droits des travailleurs. Les questions d'intérêt public au sens large ne devraient jamais être évaluées au travers de la seule loupe du commerce et de l'investissement.

Fédération syndicale américaine AFL-CIO¹¹¹

L'UE souhaite également protéger « l'attente légitime » des investisseurs. Encore une fois, PMI base son argumentaire sur ces éléments. L'entreprise prétend que l'Uruguay « a échoué à maintenir un cadre réglementaire stable et prévisible compatible avec les attentes légitimes de Philip Morris ». ¹¹² Selon PMI, l'Uruguay a activement « encouragé » l'entreprise à poursuivre ses investissements au cours des 30 dernières années et à « étendre ses opérations en accordant à ABAL (la filiale locale de PMI) un ensemble d'exemptions fiscales et de crédits à l'appui du plan de la filiale consistant à investir dans l'usine uruguayenne pour moderniser les équipements ». ¹¹³ Dans une certaine mesure, ces points laissent entendre qu'un investisseur pourrait les considérer comme « des représentations spécifiques » d'un État qui « ont suscité une attente légitime... invoquée par l'investisseur pour réaliser ou poursuivre » un investissement et que l'État a « ensuite contrariée » comme l'énonce la proposition (section 2, article 3.4) ?

Mais qu'en est-il de la **formulation de la proposition de l'UE relative au droit à réglementer** ? Elle stipule que les droits de l'investisseur « ne devront pas porter atteinte aux droits des parties de réglementer sur leur territoire au moyen de mesures indispensables pour réaliser des objectifs légitimes en matière de politique publique » (section 2, article 2.1). Cette formulation suffirait-elle à empêcher les poursuites d'investisseurs comme PMI ? Pas vraiment. Alors que le gouvernement uruguayen peut considérer ses mesures anti-tabac comme indispensables pour réduire le tabagisme et protéger la santé publique, PMI met en cause cette nécessité au prétexte que « le même objectif politique aurait pu être atteint par une mesure plus restreinte et mieux adaptée », par exemple, des avertissements moins choquants et de moindre format. PMI affirme également que « nombre de ces pictogrammes n'ont pas pour but d'avertir des réels effets du tabagisme sur la santé; mais qu'il s'agit d'images choquantes destinées à susciter des sentiments de répulsion et de dégoût voire d'horreur ». ¹¹⁴ Compte tenu des préoccupations liées à l'absence d'indépendance judiciaire, comment être sûr qu'il ne sera pas fait droit à un recours de ce genre contre un État de l'UE ?

Cela génère très peu de contraintes réelles sur le pouvoir des avocats et des tribunaux chargés de statuer sur les investissements.

Professeur David Schneiderman, Université de Toronto, sur la formulation de l'UE relative au droit de réglementer. ¹¹⁵

PMI exige que l'Uruguay suspende la législation et paie « des réparations pour perte de revenus et de profits ». ¹¹⁶ La première exigence serait impossible en vertu d'un traité d'investissement tel que celui que propose la Commission, car un tribunal arbitral « ne peut pas ordonner l'abrogation, la cessation ou la modification du traitement concerné » (section 3, article 28.1). Mais Big Tobacco exiger des réparations – y compris pour la perte présumée de futurs profits. Les indemnités pourraient atteindre des milliards. Alors que la Commission exclut expressément cette possibilité pour des décisions portant sur des subventions (section 2, article 2.4), elle n'offre aucune protection « aux mesures nécessaires à la réalisation des objectifs politiques légitimes » (section 2, article 2.1) face au versement d'indemnités exorbitantes. ¹¹⁷

Il nous est impossible de savoir comment un potentiel recours contre l'UE ou un État membre, semblable à celui de PMI serait tranché (l'entreprise n'aurait qu'à faire valoir un seul de ses arguments pour que le tribunal condamne au versement d'indemnités). Pas plus que nous ne connaissons l'effet dissuasif sur une législation anti-tabac dans le monde (ainsi que l'ont démontré la plainte contre l'Uruguay et une plainte similaire contre l'Australie ¹¹⁸). Mais il est très clair que les droits des investisseurs tels que proposés par la Commission européenne n'empêcheraient pas le dépôt d'une telle plainte.

Même dans le cas où des arbitres constatent une violation par un État, cet État est souverain et n'est pas tenu de changer la loi ou le règlement. Même si, bien entendu, il peut être condamné à une indemnisation.

Stuart Eizenstat, cabinet juridique Covington & Burling et ancien ambassadeur des États-Unis auprès de l'UE¹²⁰

une entreprise – soit l'équivalent du budget que le pays consacrait à cette époque à la santé.¹¹⁹ Le plus haut niveau d'indemnités versées à ce jour, 50 milliards de dollars, a été ordonné en condamnation de la Russie, au profit des anciens actionnaires majoritaires de la compagnie pétrolière et gazière Yukos. À l'heure actuelle, cet argent public a été presque exclusivement attribué à des entreprises et des personnes riches (voir encadré 2, page 22).

Les tribunaux condamnent souvent au paiement d'indemnités pour de futurs bénéfices escomptés, comme ce fut le cas avec la Libye qui a été condamnée à payer 900 millions de dollars en raison de « pertes de bénéfices » liés « à des opportunités réelles et perdues » dans le cadre d'un projet de tourisme, même si ici l'investisseur n'avait investi que 5 millions de dollars et que les travaux n'avaient jamais commencé.¹²¹

Rien dans la proposition de l'UE n'interdirait ces coûts potentiellement exorbitants. Et rien n'empêcherait les tribunaux de condamner au versement d'indemnités en réparation d'une nouvelle législation ou réglementation adoptée dans l'intérêt public. Bien au contraire : alors que le texte de l'UE sur le droit à légiférer stipule que les pays ne peuvent être condamnés à ver-

ser une indemnisation aux investisseurs en cas de suppression de subventions (section 2, article 2.4), il n'exclut pas de telles condamnations en cas de « mesures nécessaires à la réalisation d'objectifs politiques légitimes » et « de modification(s) du cadre légal et réglementaire » (section 2, articles 2.1 et 2.2).¹²²

En d'autres termes, l'UE, ses États membres et ses partenaires commerciaux auront toute liberté de légiférer comme ils l'entendent – mais, un jour ou l'autre, l'adoption d'une loi ou d'un règlement pourrait leur coûter des millions. Et

cela se traduit par un « prix élevé » pour les décisions politiques comme l'a formulé l'expert juridique Gus van Harten – et rend tout changement de cap potentiellement très coûteux pour les dirigeants politiques, si les choses tournent mal ou si les électeurs souhaitent le changement.¹²⁴

Face à des procès de RDIE avec des millions de dollars à la clef, de nombreux États, notamment en ces temps de crise et d'austérité, penseront tout simplement qu'ils n'ont d'autre choix que de s'abstenir de légiférer dans l'intérêt public afin de se protéger de la fureur des géants de l'industrie.

Syndicat GMB, Royaume-Uni¹²³

DANGER N° 5 : la proposition de l'UE pourrait entraver le processus de prise de décisions souhaitables

Selon la nouvelle proposition de l'UE, les tribunaux d'arbitrage ne pourront pas condamner les gouvernements à revenir sur une loi ou à la réécrire (section 3, article 28.1). Mais il ne faut pas beaucoup d'imagination pour prédire comment, en permettant aux multinationales de réclamer **des montants colossaux** en réparation de l'adoption de décisions politiques, les droits des investisseurs pourraient rendre les dirigeants politiques réticents à prendre des mesures de protection souhaitables pour les travailleurs, la santé pu-

blique et l'environnement, si ces dispositions sont contestées par le grand capital.

Quand être poursuivi en justice devient coûteux, les gouvernements préfèrent minimiser les risques juridiques. Un avocat d'affaires spécialisé dans les investissements à la fois arbitre explique : « Aucun État ne souhaite être assigné en justice dans un procès international en raison d'un traité. Les conséquences sont diplomatiques, elles peuvent aussi affecter la solvabilité du pays voire dissuader tout futur investissement étranger. En tant que praticien, je peux dire que certains États consultent maintenant des experts juridiques avant de promulguer des politiques particulières afin de savoir s'il existe un risque de recours de la part d'un investisseur. »¹²⁶ Et si c'est le cas, ils y réfléchissent à deux fois.

De fait, il s'avère que des lois déjà proposées et adoptées en matière de protection de la santé et de l'environnement ont été abandonnées, différées voire adaptées aux souhaits des grandes entreprises en raison des recours en indemnisations coûteuses ou des menaces de poursuite. Parmi les exemples de gel réglementaire, la réduction des mesures de contrôle environnemental concernant une centrale au charbon après le règlement par l'Allemagne d'une demande d'indemnisation réclamée par Vatenfall, entreprise suédoise du secteur énergétique (voir encadré 1, page 19) et la mise en œuvre différée de lois anti-tabac au Canada et en Nouvelle-Zélande suite à des menaces de procès et des recours concrets déposés par les géants du tabac.¹²⁸

Il est généralement admis que les menaces de procès coûteux à l'encontre des gouvernements sont plus nombreuses et plus courantes que les procès réels. À huis clos, les multinationales admettent ouvertement que, pour elles, « le RDIE est important car il a un effet dissuasif » vis-à-vis des décisions qui leur déplaisent, comme l'ont formulé les lobbyistes du géant du pétrole américain Chevron lors d'une réunion avec des négociateurs de l'UE au printemps 2014.¹²⁹ Par ailleurs, les cabinets d'avocats spécialisés dans l'arbitrage encouragent sans cesse leurs multinationales clientes à recourir à l'arme qu'est le RDIE pour soumettre les gouvernements par la peur.

Des universitaires comme David Schneiderman de l'Université de Toronto ont parfaitement décrit le caractère anti-démocratique des traités internationaux d'investissement : « une forme émergente de supra-constitution... conçue pour isoler la politique économique des politiques

Lorsqu'ils envisagent de porter plainte... les investisseurs ne doivent pas oublier que 30 à 40 pour cent des différends relatifs aux investissements sont en général réglés avant qu'une décision finale ne soit rendue. Entamer une procédure peut créer un effet de levier aidant l'investisseur à obtenir un résultat positif.

« Conseils pratiques » du cabinet d'avocats Dentons aux investisseurs étrangers¹²⁵

Ces protections peuvent servir à prévenir toute conduite fautive de la part des États, en premier lieu. En tant que telles, elles représentent un outil précieux pour les investisseurs étrangers et les associations industrielles dans leur défense contre les amendements législatifs.

Cabinet d'avocats Steptoe & Johnson sur la protection des investisseurs étrangers¹²⁷

Certains des plus remarquables progrès en matière de santé publique sont dus à l'adoption de lois relatives à l'âge légal pour la consommation de l'alcool, l'obligation du port de la ceinture de sécurité, l'essence sans plomb et le salaire minimum vital... Le RDIE signifie que les gouvernements sont moins enclins à légiférer pour le changement, de crainte d'être poursuivis dans des secteurs où ces lois pourraient avoir des conséquences pour le grand capital. Nous ne pouvons pas y être favorables... nous nous opposons au RDIE.

Lettre ouverte du personnel infirmier, des sages-femmes et des travailleurs de la santé¹³⁰

majoritaires ». ¹³¹ D'autres considèrent que le régime international d'investissement est « un programme d'assurance publique surdimensionné au profit des investisseurs étrangers contre les risques liés à la démocratie, la politique et le processus de décision judiciaire dans les pays du monde entier. » ¹³²

DANGER N° 6 : le processus de règlement des litiges proposé par l'UE est biaisé en faveur des investisseurs et des intérêts commerciaux

Le processus de règlement des litiges proposé par l'UE n'est pas indépendant au plan judiciaire mais témoigne d'un parti pris de principe en faveur des investisseurs. Les procès seront tranchés par un tribunal composé de trois arbitres rémunérés (rebaptisés « juges » par l'UE de manière trompeuse) ayant des intérêts directs. À la différence des juges, leur salaire ne serait pas fixe mais ils seraient rémunérés par dossier – des honoraires avantageux de 3 000 dollars par jour à quoi s'ajoute un acompte mensuel de 2 000 euros pour assurer leur disponibilité. ¹³³ Dès lors, plus nombreux seront les procès d'arbitrage des investissements, plus leurs honoraires seront élevés.

Les dispositions relatives à l'élection, à la durée du mandat et à la rémunération des juges du Système juridictionnel des investissements ne répondent pas aux normes minimales... d'indépendance des juges.

Association Européenne des Magistrats ¹³⁴

Un système partial où seuls les investisseurs peuvent poursuivre en justice crée une forte incitation systémique à défendre leur cause – car tant que le système indemnise les investisseurs, les arbitres verront les recours et l'argent affluer. Une étude empirique portant sur 140 procès relatifs à des traités d'investissement jusqu'en mai 2014 révèle que les arbitres ont considérablement étendu les droits des investisseurs étrangers par une interprétation large de la loi. ¹³⁵

La partialité en faveur des investisseurs ne disparaîtrait pas même si l'UE et ses partenaires commerciaux décidaient finalement d'instaurer un salaire régulier pour les arbitres. Même sans incitation financière, les conciliateurs seraient fortement motivés à favoriser ceux qui peuvent porter plainte – car dans un système judiciaire partial les décisions favorables aux plaignants garantissent un flux régulier de procès, soit un pouvoir et une autorité renforcés à leur profit. Ainsi, le problème est lié à la partialité qui privilégie les droits des investisseurs : d'un côté, en général de grandes entreprises ou

Les chapitres du RDIE sont aberrants en ce qu'ils assurent une protection pour les investisseurs mais pas pour les États ni pour la population.

Lettre ouverte de dix experts indépendants et de rapporteurs spéciaux de l'ONU ¹³⁶

des personnes riches qui bénéficient de droits considérables et recevables et de l'autre, la population d'un pays, qui n'a que des obligations. Selon la proposition de l'UE, cette dernière n'aurait même pas droit à un statut juridique pour pouvoir prendre part à une procédure sur un pied d'égalité qui les concernerait directement – par exemple, un syndicat engagé dans une grève de longue durée contesté par un investisseur. ¹³⁷

D'autres failles font que la proposition de l'UE est sujette à des biais. Par exemple, il n'existe pas de délai d'attente obligatoire pour les arbitres pré-désignés qui décideraient des futurs litiges entre investisseurs et États.

Ils pourraient passer directement du rôle d'avocat à celui de juge et inversement. Ainsi, ces mêmes avocats d'affaires qui ont, jusqu'à présent, alimenté l'essor de l'arbitrage des différends tout en développant leur propre activité – en encourageant les investisseurs à assigner en justice et en donnant une interprétation large de la législation relative aux investissements en vue de susciter de nouveaux procès¹³⁹ – pourraient se contenter de passer la porte tambour pour devenir les « super arbitres » de l'UE, avec la possibilité de statuer tout en gardant en vue les intérêts d'anciens clients et du secteur de l'arbitrage. À l'issue de leur mandat comme super-arbitres, ils pourraient retourner dans le secteur privé et profiter de leurs interprétations juridiques passées à des fins personnelles, y compris pour le bénéfice de leurs futurs employeurs.

Et, tout le temps qu'ils figureront sur la liste présélectionnée de l'UE, ces super arbitres pourront toucher de confortables honoraires en tant qu'arbitres dans d'autres procès, tout en travaillant pour des cabinets juridiques privés (même s'il leur est interdit d'agir en qualité de conseiller dans le cadre d'autres litiges relatifs à la protection des investissements).¹⁴⁰ Ces nombreux rôles ouvrent une boîte de Pandore de conflits d'intérêts qui pourraient remettre en cause leur indépendance. Enfin, les critères de sélection suggèrent également que les arbitres pré-désignés de l'UE seraient issus du cercle rapproché des avocats spécialisés dans les investissements, dont le comportement dans les procès s'est avéré si téméraire jusqu'à présent, excluant ainsi l'expertise d'autres domaines juridiques moins dominés par les intérêts commerciaux, mais qui pourraient se révéler pertinents pour leurs décisions tels que le droit administratif national, le droit du travail et le droit de l'environnement.¹⁴¹

Rebaptiser le système du RDIE « système judiciaire » et les arbitres « juges » comme le fait la Commission européenne n'est pas sérieux. Il ne peut s'agir d'un véritable tribunal tant que les investisseurs étrangers sont les seuls à pouvoir intenter une action en justice et tant que les tribunaux ne prendront pas en compte les droits de l'homme et le droit du travail, ou tout autre élément non constitué en société, qu'un véritable juge doit généralement mettre en balance.

Il reste trop d'imperfections dans le RDIE – notamment des éléments qui donnent une inacceptable impression de partialité de la part des « juges » de l'ICS – pour employer des termes comme tribunal et juge sans chercher à tromper les non-initiés.

Professeur Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School¹³⁸

Quand, la nuit, je me réveille et que je pense à l'arbitrage des différends, je ne cesse de m'étonner que les États souverains aient tout simplement accepté le principe d'arbitrage des différends relatifs aux investissements. Les trois personnes privées sont investies du pouvoir de passer au crible, sans aucune restriction ni procédure d'appel, toutes les actions du gouvernement, toutes les décisions de justice, et toutes les lois et règlements émanant du parlement... Les hommes politiques n'ont jamais conféré tant d'autorité à un tribunal national et aucun État n'a jamais donné à un tribunal international autant de pouvoir.

Juan Fernández-Armesto, arbitre originaire de l'Espagne¹⁴²

DANGER N° 7 : la proposition de l'UE fragilise le pouvoir des tribunaux

La proposition de l'UE permettrait aux entreprises étrangères de remettre en question pratiquement toutes les prérogatives d'une nation souveraine : les lois adoptées par les parlements, les actions gouvernementales et les déci-

ENCADRÉ 6 :**PRIVILÈGES DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS : PAS DE SOLUTION POUR LES TRIBUNAUX NATIONAUX PEU FIABLES**

Un argument traditionnellement avancé en faveur de l'arbitrage des différends entre investisseurs et États est qu'il protège les investisseurs dans les pays où la démocratie et l'état de droit sont faibles voire inexistantes. Mais, même lorsqu'existent des préoccupations légitimes concernant des tribunaux non fonctionnels, partiels ou corrompus, l'arbitrage des différends reste particulièrement discutable.

- En accordant aux investisseurs étrangers un moyen supplémentaire de protéger leurs intérêts, l'arbitrage des investissements les privilégie par rapport aux autres – des entreprises nationales aux citoyens. Cette discrimination est incompatible avec les principes fondamentaux de la démocratie et de l'état de droit tels que l'égalité devant la loi.
- L'arbitrage des différends et le Système juridictionnel des investissements ont fait l'objet de critiques pour leur manque d'indépendance judiciaire et leur partialité en faveur des investisseurs. Un système partial peut difficilement passer pour une alternative convaincante à des tribunaux prétendument impartiaux.
- En accordant aux investisseurs étrangers le privilège exclusif de tourner le dos aux systèmes juridiques nationaux, on se prive des mesures qui pourraient inciter ce petit groupe doté d'importantes ressources à améliorer le système judiciaire d'un pays.
- Dans les démocraties naissantes, notamment, là où les lois dans tous les domaines possibles doivent encore progresser, le développement démocratique peut être mis en péril si les évolutions politiques futures sont remises en cause par des investisseurs étrangers aux ressources financières illimitées, dès lors que leurs investissements sont menacés.¹⁴⁴

Pour les traités qui concernent les pays dotés d'un système judiciaire moins avancé, le premier objectif devrait être d'améliorer ces systèmes afin d'instaurer des niveaux de protection comparables pour les investisseurs, mais également pour la population.

Confédération syndicale allemande (DGB)¹⁴³

Les entreprises soutiennent que le RDIE est nécessaire pour protéger les droits de propriété lorsque l'état de droit et les tribunaux fiables sont inexistantes. Mais au lieu de réformer pour améliorer l'efficacité et la réputation judiciaires, le RDIE exposera la Malaisie à de nouveaux risques et responsabilités.

Congrès des syndicats de Malaisie¹⁴⁵

- L'arbitrage des différends relatifs aux investissements fonctionne comme une subvention publique cachée : il permet de réduire certains risques pour les investisseurs étrangers, mais seulement pour eux. Des économistes ont avancé que cela pourrait se traduire par des pertes de productivité, dans la mesure où des producteurs locaux performants se voient supplantés par des entreprises étrangères moins efficaces mais mieux protégées.¹⁴⁶
- Les traités conclus avec des régimes non démocratiques sont souvent frauduleux ou vont à l'encontre des intérêts des populations de ces pays. L'application effective de traités frauduleux et anti-démocratiques est une injustice à double titre. Contraindre les futurs gouvernements démocratiques à appliquer ces traités est moralement injustifiable et sans pertinence pour les jeunes démocraties.

sions de justice censées nuire à leurs investissements – de l'échelon local à l'échelon fédéral voire européen.¹⁴⁷

Un certain nombre de décisions judiciaires sont déjà remises en question par les tribunaux d'arbitrage : Chevron, le géant du pétrole américain, est actuellement en procès pour un différend investisseurs/États afin d'éviter de payer 9,5 milliards de dollars à des groupes autochtones pour nettoyer les dégâts causés par une ample contamination par forage pétrolier dans la forêt tropicale amazonienne, ainsi que l'ont ordonné les tribunaux équatoriens. Pour le moment, le tribunal composé de trois membres chargé de l'affaire a pris fait et cause pour Chevron et exigé de l'Équateur que l'exécution de la décision soit bloquée. Mais comme cette décision violerait le principe de séparation des pouvoirs inscrit dans la constitution de l'Équateur, le gouvernement ne s'est pas plié à l'ordonnance du tribunal. À présent, Chevron prétend que cette décision viole son droit à un traitement juste et équitable dans le cadre du traité d'investissement entre les États-Unis et l'Équateur, et exige réparation. Dans ce flagrant détournement de l'arbitrage des différends dans le but d'échapper à la justice, ce sont les Équatoriens eux-mêmes qui pourraient être appelés à payer pour l'empoisonnement de leur écosystème – en lieu et place du pollueur responsable.¹⁴⁸

Dans un autre procès en cours, la société pharmaceutique Eli Lilly remet en cause les décisions prises par le tribunal fédéral canadien d'invalider les deux brevets de l'entreprise concernant deux médicaments (Strattera pour traiter le TDAH et Zyprexa pour la schizophrénie). Les tribunaux canadiens en ont décidé ainsi après avoir constaté que les éléments de preuve fournis par Eli Lilly démontrant que ces médicaments auraient les résultats escomptés à long terme étaient insuffisants. Strattera, par exemple, n'a été expérimenté que dans le cadre d'une étude de 3 semaines auprès de 21 patients. Eli Lilly réclame 500 millions de dollars canadiens en réparation.¹⁴⁹

En bref, la proposition de l'UE instaurerait une pseudo-cour suprême qui éclipserait tous les tribunaux des États membres de l'UE et la Cour européenne de justice. Mais cette pseudo-cour serait exclusivement accessible aux investisseurs étrangers et son seul objectif serait de protéger leurs investissements et leurs perspectives de profit.

La mise à l'écart des tribunaux a également suscité des inquiétudes chez les juges. En février 2016, la plus importante association de magistrats d'Allemagne a fermement rejeté la proposition de la Commission européenne, au motif que le système juridictionnel des investissements proposé priverait les tribunaux des États membres de l'UE et la Cour européenne de justice des pouvoirs essentiels à la préservation de la législation de l'UE. Les juges ont également contesté qu'il existait une base légale autorisant la Commission à apporter des changements aussi radicaux au système judiciaire existant.¹⁵¹ L'Association Européenne des Magistrats s'est fait l'écho de ces « sérieux doutes » quant à la proposition de la Commission.¹⁵²

Le RDIE déstabilise les systèmes judiciaires nationaux car les mesures publiques peuvent être sujettes à deux analyses juridiques divergentes.

Confédération européenne des syndicats (CES)¹⁵⁰

DANGER N° 8 : la proposition de l'UE risque de rendre le RDIE éternel

La création de tribunaux spéciaux pour des groupes particuliers de justiciables est la mauvaise voie.

*Association des Magistrats allemands, la plus vaste association allemande composée de juges et de procureurs.*¹⁵⁴

Plusieurs pays dans le monde se retirent des accords d'investissement qui se sont avérés trop coûteux pour eux (voir encadré 7, page 47). Mais, bien que plusieurs traités existants pourraient être résiliés à tout moment¹⁵³ il sera pratiquement impossible de ne pas reconnaître les droits supplémentaires accordés aux investisseurs étrangers une fois qu'ils sont inscrits dans un pacte commercial plus large tel que le propose la Commission européenne.

Par exemple, il serait tout simplement impossible pour un État membre de l'UE de se soustraire aux droits des investisseurs dans le cadre d'un accord plus large tel que le TTIP. Il devrait renoncer à l'intégralité de l'accord – et serait ainsi contraint de quitter l'UE, car les accords internationaux conclus par l'UE deviennent partie intégrante de son ordre juridique.¹⁵⁵ À défaut, l'UE dans son ensemble pourrait mettre fin à l'intégralité de l'accord. Il s'agit, dans les deux cas, d'un scénario très improbable.

La Commission européenne a également annoncé « l'objectif à moyen terme »¹⁵⁶ de créer un tribunal multilatéral pour l'investissement, parallèlement à ses négociations bilatérales en cours. L'accord de libre-échange récemment conclu entre l'UE et le Vietnam comprend déjà une section consacrée aux « dispositifs multilatéraux de règlement des différends » stipulant que le Vietnam et l'UE « entameront des négociations en vue d'un accord international instituant un tribunal multilatéral des investissements ».¹⁵⁷ L'accord économique commercial global (AECG) entre l'UE et le Canada précise également que les deux parties « devront œuvrer avec d'autres partenaires commerciaux à l'instauration d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un dispositif d'appel pour le règlement des différends relatifs aux investissements. »¹⁵⁸ Bien que nous ne disposions pas encore de plus de détails sur le profil de ces tribunaux, il est clair qu'une cour suprême mondiale exclusivement réservée aux entreprises contribuerait à formaliser davantage les droits au profit des entreprises étrangères dont ne pourraient pas bénéficier les investisseurs nationaux.

Ainsi, plutôt que mettre fin au système du RDIE tel que nous le connaissons, le programme de protection des investissements de l'UE menace d'enfermer définitivement les États membres de l'UE dans un régime juridique où les profits privés priment sur l'intérêt public et la démocratie.

ENCADRÉ 7 :**IL Y A DES ALTERNATIVES AU RDIE**

Les gouvernements ont à leur disposition un certain nombre de solutions de remplacement face aux droits excessifs des entreprises : tout d'abord, ne pas les leur accorder. Ni l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie (en vigueur depuis 2005) ni le traité Japon-Australie (en vigueur depuis 2015), par exemple, ne prévoient l'arbitrage des différends entre investisseurs et États. En cas de problème, les investisseurs doivent s'adresser aux tribunaux nationaux – comme tout un chacun.

Les pays qui ont des accords d'investissement considérés comme dangereux peuvent suivre l'exemple de l'Afrique du Sud, de l'Indonésie, de la Bolivie, de l'Équateur et du Venezuela et y mettre fin. Cette option vaut également pour les accords bilatéraux d'investissement que les États membres de l'UE ont signé entre eux (appelés TBI intra-UE). Ils représentent un nombre croissant de procès auxquels font face les États membres de l'UE : 99 au total, soit environ 16 pour cent de l'ensemble des litiges connus dans le monde à la fin 2014.¹⁵⁹ La résiliation est également une option pour les traités bilatéraux d'investissement entre les membres de l'UE d'Europe de l'Est et le Canada ou les États-Unis.

Les entreprises multinationales sont les dernières à avoir besoin de nouveaux droits spéciaux.

Rosa Pavanelli, Secrétaire générale, Internationale des services publics (ISP)¹⁶⁰

Les pays peuvent aussi suivre l'exemple de l'Afrique du Sud et actualiser leur législation nationale relative à l'investissement, s'ils souhaitent clarifier ou modifier les protections dont jouissent les investisseurs étrangers (voir encadré 3, page 27).

Les investisseurs qui se rendent à l'étranger peuvent assurer leur investissement face aux risques politiques en souscrivant une assurance privée. Ils peuvent également signer un contrat d'investissement avec l'État hôte.

Enfin, le fait que les entreprises continuent de commettre de graves violations des droits de l'homme et du droit du travail dans le monde entier souligne le besoin de rompre avec un système qui a consacré des droits et des privilèges, toujours plus nombreux, au profit des entreprises internationales, sans les obligations correspondantes. Des initiatives comme l'Alliance Traité visent à instaurer à l'ONU un instrument international contraignant pour mettre fin aux violations des droits de l'homme par les entreprises.¹⁶¹ Malheureusement, l'UE et ses États membres fragilisent avec succès le processus du Traité des Nations Unies, en soutenant la cause des intérêts des entreprises au détriment des droits de l'homme.¹⁶²



CHAPITRE 4

CONCLUSION : 10 RAISONS DE METTRE FIN AUX SUPER-PRIVILÈGES ACCORDÉS AUX ENTREPRISES

Interrogée au sujet du Système juridictionnel des investissements (ICS) proposé par l'UE, l'ancienne ministre allemande de la Justice, Herta Däubler-Gmelin, a déclaré : « La proposition est dangereuse parce qu'elle s'appuie sur des concepts laissant à penser que le système repose sur une juridiction ordinaire composée de tribunaux indépendants, mais ce n'est pourtant pas ce que propose l'UE. »¹⁶³ Présenté comme un soi-disant tribunal, le système proposé accorderait aux grandes entreprises de nouveaux droits exceptionnellement puissants pour intimider les gouvernements et les contraindre à verser de l'argent lorsqu'ils règlent.

Nous allons élever les populations contre les privilèges spéciaux dont bénéficient les investisseurs étrangers, que ce soit au travers du RDIE ou de tout autre mécanisme analogue.

*Owen Tudor, Trade Union Congress, Royaume-Uni*¹⁶⁴

Il ne faut pas duper les citoyens européens et ceux des pays auxquels l'UE propose l'ICS. L'ICS **est tout aussi dangereux** pour les personnes actives, pour l'environnement et pour notre système politique que l'« ancien » mécanisme, tant décrié, de RDIE. D'aucuns prétendent même que l'ICS serait plus menaçant encore – car il pourrait bien enfermer à jamais les États dans un cadre juridique où les bénéficiaires privés supplantent l'intérêt général et la démocratie.

Voici un aperçu des dix raisons majeures expliquant un tel jugement :

RAISON N° 1 : l'ICS permettrait à des dizaines de milliers de grandes entreprises de contourner les tribunaux et d'intenter directement des poursuites contre les États auprès de tribunaux internationaux qui leur sont favorables, dans le cadre desquelles des milliards de dollars collectés auprès des contribuables seraient reversés aux entreprises, y compris pour compenser la perte éventuelle de profits futurs escomptés

RAISON N° 2 : l'ICS autoriserait les poursuites d'investisseurs contre des mesures légitimes de protection des travailleurs, de la santé, de la stabilité économique et, de manière générale, d'intérêt public

RAISON N° 3 : la réglementation du travail, la négociation collective et les conventions collectives entre les partenaires sociaux pourraient devenir la cible des poursuites d'investisseurs au titre de l'ICS

Le renforcement des privilèges des investisseurs au travers de procédures et droits internationaux supplémentaires constitue un problème fondamental, alors qu'il conviendrait d'accorder la priorité à d'autres problèmes, comme une meilleure application du droit du travail, par exemple.

Confédération syndicale allemande (DGB)¹⁶⁵

RAISON N° 4 : l'ICS est un moyen infaillible d'intimider les décideurs, en entravant la prise de décisions pourtant souhaitables, par exemple en réponse à l'injustice sociale, aux crises économiques ou au changement climatique

RAISON N° 5 : l'ICS accorderait aux investisseurs étrangers des droits et des privilèges exceptionnellement puissants, sans exiger aucune obligation en retour et sans aucune preuve attestant de bienfaits plus généraux pour la société

RAISON N° 6 : étant donné que seuls les investisseurs sont autorisés à intenter des poursuites au titre de l'ICS, les arbitres seront encouragés à se placer du côté des investisseurs puisque cela encouragera de nouvelles poursuites, et donc plus d'honoraires et de prestige

RAISON N° 7 : l'ICS affaiblit le pouvoir de nos tribunaux et pourrait même ouvrir la voie à des attaques détournées des entreprises contre les décisions de justice

RAISON N° 8 : l'ICS est fondamentalement discriminatoire puisqu'il accorde des privilèges spéciaux aux seuls investisseurs étrangers et fait ainsi encore davantage basculer l'équilibre des pouvoirs au sein de la société en faveur des détenteurs du capital







RAISON N° 9 : consacré dans les principaux accords commerciaux, l'ICS entraînerait une expansion massive du régime des privilèges accordés aux grandes entreprises, exposant les États à un alourdissement sans précédent de leurs responsabilités juridiques et financières

RAISON N° 10 : lors de la consultation publique menée par l'UE elle-même, les privilèges spéciaux accordés aux investisseurs étrangers ont été massivement rejetés

Il existe bien des exemples des atteintes déjà portées à nos droits, à nos économies et à notre démocratie sous l'effet du pouvoir des entreprises. Nous avons conscience du niveau extrême et croissant des inégalités de revenus. Les pratiques antisyndicales et le travail précaire sont monnaie courante. De nombreux États ont déréglementé ou n'ont pas appliqué la législation du travail afin de se montrer « favorables aux investisseurs ». Leur dynamique de privatisation a miné l'accès aux services essentiels tels que les soins de santé et l'éducation. Et les multinationales échappent encore et toujours à leurs responsabilités grâce au dédale de sous-traitants mis en place. Il est temps d'abolir ce système néfaste. Il est temps de promouvoir une politique commerciale protégeant l'individu et la planète.

ANNEXE 1

DES PRIVILÈGES QUASI INCHANGÉS POUR LES GRANDES ENTREPRISES : COMPARATIF RDIE / ICS

PRÉOCCUPATIONS RELATIVES AU RDIE	L'UE RÉPOND-ELLE À CES PRÉOCCUPATIONS DANS SES PROPOSITIONS DE RDIE ?	« ANCIEN » RDIE (P.EX. UE-SINGAPOUR)	« NOUVEAU » RDIE (ICS)
Le RDIE privilégie les investisseurs étrangers	Non. L'« ancien » comme le « nouveau » RDIE accordent aux investisseurs étrangers des droits – fondamentaux et procéduraux – supérieurs à quiconque. Seuls les investisseurs étrangers peuvent contourner les tribunaux nationaux et tenter directement des poursuites contre les États auprès de tribunaux parallèles habilités à réclamer aux États des dommages et intérêts dans des cas où bon nombre de systèmes juridiques n'accorderaient aucune indemnisation. Les entreprises nationales et les gens ordinaires ne jouissent pas d'un tel privilège.		
Les grandes entreprises usent de l'ICS pour remettre en cause des mesures de protection de l'environnement, de la santé et, de manière générale, d'intérêt public.	Non. Les poursuites d'investisseurs contre des décisions légitimes, non discriminatoires et licites de protection des travailleurs, de la santé publique et, de manière générale, d'intérêt public, seraient possible sous l'« ancien » comme le « nouveau » mécanisme RDIE (voir par exemple l'encadré 5 en page 31). Et les investisseurs pourraient aisément obtenir gain de cause.		
Les tribunaux intervenant en matière de RDIE peuvent réclamer aux États des dommages et intérêts sans limites financières.	Non. Sous l'« ancien » comme le « nouveau » mécanisme de RDIE, il peut être demandé aux pays de verser d'importantes sommes d'argent public afin de dédommager les investisseurs, y compris pour des lois et règlements non-discriminatoires et constitutionnels adoptés dans l'intérêt général et pour compenser une hypothétique perte future de bénéfices. Ces indemnisations peuvent avoir des conséquences désastreuses pour le budget de l'État.		

PRÉOCCUPATIONS RELATIVES AU RDIE	L'UE RÉPOND-ELLE À CES PRÉOCCUPATIONS DANS SES PROPOSITIONS DE RDIE ?	« ANCIEN » RDIE (P.EX. UE-SINGAPOUR)	« NOUVEAU » RDIE (ICS)
Les grandes entreprises font appel aux possibilités de poursuites et de plaintes offertes par l'ICS pour retarder, affaiblir et annihiler des politiques plus que nécessaires.	Non. Les propositions de RDIE de l'UE accordent aux investisseurs des droits exceptionnellement puissants, pouvant servir à intimider les décideurs politiques. Aucun élément de ces propositions n'empêcherait les gouvernements de reporter, annuler ou affaiblir volontairement des politiques pourtant souhaitables lorsqu'une entreprise financièrement solide tente une action de RDIE ou menace de le faire.		
Le RDIE présente un fort déséquilibre puisqu'il confère de puissants droits aux investisseurs étrangers, sans aucune obligation en contrepartie.	Non. Les propositions de RDIE de l'UE accordent des droits puissants et très concrets aux investisseurs étrangers, mais sans exiger d'obligation en contrepartie. Le système ne peut être utilisé par un État hôte, des syndicats ou les collectivités locales afin de tenir les investisseurs pour responsables en cas de violation des droits humains ou syndicaux, de destruction environnementale et de tout autre type de comportement déviant.		
Le mécanisme de RDIE est généralement tenu secret et peu (voire pas du tout) d'informations sont communiquées au public.	Oui. Le RDIE serait plus transparent, puisqu'il propose des audiences accessibles au public et tient la plupart des documents à la disposition de ce dernier (à l'instar des traités américain et canadien, qui ont commencé à s'ouvrir davantage il y a une dizaine d'années). Cette transparence pourrait toutefois demeurer limitée en raison d'exceptions concernant les informations confidentielles et du pouvoir des tribunaux de limiter l'accès du public aux audiences. Qui plus est, les règlements occultes impliquant les deniers publics et un gel réglementaire n'auraient pas à être publiés.		

PRÉOCCUPATIONS RELATIVES AU RDIE	L'UE RÉPOND-ELLE À CES PRÉOCCUPATIONS DANS SES PROPOSITIONS DE RDIE ?	« ANCIEN » RDIE (P.EX. UE-SINGAPOUR)	« NOUVEAU » RDIE (ICS)
Les litiges sont tranchés par des arbitres travaillant à profit et nommés par les parties, fortement incités à se ranger du côté des investisseurs, et les conflits d'intérêts sont nombreux	<p>L'« ancien » RDIE n'aborde pas cette préoccupation, mais le « nouveau » l'aborde partiellement. La proposition de « nouveau » RDIE de l'UE énonce quelques mesures positives quant à l'indépendance des arbitres (rebaptisés « juges ») : ils ne seraient plus choisis par les parties en conflit mais assignés de manière aléatoire à partir d'une liste préalablement définie. Dès lors, ils ne pourraient plus agir en qualité d'avocats dans d'autres différends en matière d'investissement (mais pourraient continuer d'exercer le droit ou d'agir comme arbitres rémunérés dans le cadre d'autres procédures de RDIE ; l'ICS ne prévoit pas non plus de délai d'attente obligatoire afin de limiter les conflits d'intérêts potentiels avant et après avoir servi sur une liste).</p> <p>Toutefois, le principal parti pris en faveur des investisseurs demeure : dans les deux systèmes, les différends ne seront pas tranchés par des juges indépendants jouissant d'un salaire fixe. Les décisions seront plutôt rendues par des arbitres travaillant à profit, rémunérés au dossier et clairement incités à rendre des décisions favorables à la partie qui leur apportera de l'eau au moulin dans le futur : l'investisseur.</p>		
Les décisions en matière de RDIE ne peuvent pas être revues.	<p>L'« ancien » RDIE n'aborde pas cette préoccupation, mais le « nouveau » l'aborde. Tandis que l'accord UE-Singapour proposé, par exemple, ne contient qu'une vague intention d'établir potentiellement un mécanisme d'appel à l'avenir, le texte du « nouveau » RDIE de l'UE inclut un tribunal d'appel composé de membres permanents. Cette caractéristique pourrait contribuer à des décisions plus cohérentes mais ne règle aucun des problèmes fondamentaux précédemment mentionnés (le traitement privilégié des investisseurs, des tribunaux qui ne sont pas totalement indépendants, un système unilatéral, etc.).</p>		
Le RDIE pourrait être incompatible avec le droit communautaire	<p>Non. Les deux mécanismes de RDIE permettent aux investisseurs étrangers de marginaliser les tribunaux nationaux et la Cour de justice européenne – et portent ainsi atteinte aux pouvoirs de ces institutions – lorsqu'elles poursuivent des gouvernements pour des décisions fondées sur le droit communautaire. Par ailleurs, l'« ancien » tout autant que le « nouveau » RDIE sont fondamentalement discriminatoires puisque ni les citoyens, ni les collectivités, ni les investisseurs au sein de l'UE ne peuvent y faire appel. Le principe est profondément injuste et nuit au bon fonctionnement de l'UE et de son marché intérieur.</p>		



ANNEXE 2 : DÉMASQUER LE LOUP

ANNEXE JURIDIQUE À L'ANALYSE DU SYSTÈME JURIDICTIONNEL DES INVESTISSEMENTS (ICS) PROPOSÉ PAR L'UE

La Commission européenne a publié à l'automne 2015 une proposition de projet conférant des droits considérables aux investisseurs étrangers dans tous les accords commerciaux à venir de l'Union européenne : le Système juridictionnel des investissements, ou ICS d'après son acronyme anglais. Selon la Commission, ce « nouveau » système prétendument indépendant protégerait les droits des gouvernements à promulguer des lois et se substituerait à l'« ancien » mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) qui a suscité des cas outrageux de poursuites d'investisseurs contre des politiques d'intérêt public aux quatre coins du globe.

Depuis la publication de cette proposition, diverses associations de magistrats ont mis en question la prétendue indépendance du système juridictionnel proposé.¹⁶⁶ Les milieux universitaires, les syndicats et les groupes de la société civile soutiennent que le système proposé par l'UE, usant d'un jargon juridique trompeur, accorderait aux grandes entreprises de nouveaux droits exceptionnellement puissants pour intimider les gouvernements et les contraindre à verser de l'argent lorsqu'ils promulguent des lois destinées à protéger les travailleurs, la santé publique ou l'environnement.¹⁶⁷

L'appellation ICS n'est autre que le nouveau nom du RDIE.

*Professeur Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School*¹⁶⁸

En effet, la proposition d'ICS de l'UE contient divers risques sérieux longuement décrits aux chapitres 1 à 4.

En vertu de l'ICS, les investisseurs se verraient encore accorder des droits spéciaux par rapport à d'autres groupes de la société afin de poursuivre des gouvernements dans le cadre de politiques menaçant leurs bénéfices.

*Fédération Syndicale Européenne des Services Publics (FSESP)*¹⁶⁹

Pour les identifier toutefois, un certain travail décodage du texte s'avère nécessaire. Le tableau ci-après constitue une bonne entrée en matière :

LE JARGON DE L'INVESTISSEMENT : CE QUE L'UE SOUHAITE NÉGOCIER ¹⁷⁰	TRADUCTION : CE QUE CELA SIGNIFIE EN PRATIQUE
LA PORTÉE ILLIMITÉE DES DROITS DES INVESTISSEURS	
<p>Définition du terme investissement : Le terme investissement s'entend des actifs de toute nature qui ont les caractéristiques d'un investissement, notamment une durée définie ainsi que d'autres caractéristiques... S'ensuit une longue liste non exhaustive des formes que peuvent prendre les investissements, incluant actions, titres de créance et droits de propriété intellectuelle. Les investissements couverts par le chapitre doivent être détenus ou contrôlés directement ou indirectement par un investisseur d'une Partie, sur le territoire de l'autre Partie. (chapitre 2, articles x1 et x2)</p>	<p>La définition de l'« investissement » est très importante, car elle détermine les capitaux étrangers qui sont protégés. Une vaste définition ouverte comme celle qui figure dans la proposition de l'UE, couvre non seulement les entreprises établies dans l'État hôte, mais aussi un vaste éventail de biens depuis les maisons de vacances, en passant par les investissements spéculatifs à court terme jusqu'aux dettes souveraines. Cela permet aux entreprises n'ayant pas investi concrètement de déposer une plainte et expose les États à des risques juridiques imprévisibles¹⁷¹</p> <p>La proposition de la Commission n'empêche pas le phénomène de chalandage fiscal. Les sociétés mères et les filiales peuvent engager des poursuites parallèlement.</p> <p><i>Professeur Markus Krajewski & Rhea Tamara Hoffmann, Université d'Erlangen-Nuremberg¹⁷²</i></p>
<p>Définition du terme investisseur : « Le terme «investisseur» s'entend de toute personne physique ou morale relevant d'une Partie contractante, qui cherche à réaliser, réalise ou a réalisé des investissements sur le territoire de l'autre Partie. » Dans le cas des personnes morales, il est précisé qu'elles doivent mener « des activités commerciales importantes ». (chapitre 1, article 1-1 (c) et (q))</p>	<p>La définition du terme investisseur a son importance car elle détermine qui est protégé. La proposition de la Commission devrait permettre de prévenir les abus flagrants de traités par des entreprises à boîte postale (ex. : une entreprise canadienne qui poursuit le Canada en passant par une coquille vide aux Pays-Bas). Cependant, cela n'empêchera pas les milliers d'investisseurs visés de poursuivre des gouvernements, exposant l'UE et ses partenaires commerciaux à des risques juridiques incalculables.</p>
<p>Définition du terme mesure : Le terme « mesure » s'entend de toute mesure prise par une Partie, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative ou sous toute autre forme. (chapitre 1, article 1-1 (n))</p>	<p>Cela permet à un investisseur étranger de contester tout ce que peut faire un État membre de l'UE, l'UE elle-même ou l'un de ses partenaires commerciaux. Les mesures comprennent les lois locales, les lois européennes que promulguent les parlementaires, les décisions exécutives, voire les verdicts de tribunaux.</p>
DES PRIVILÈGES CONSIDÉRABLES POUR LES INVESTISSEURS	
<p>Le traitement juste et équitable : « Chacune des Parties accorde aux investissements visés effectués par l'autre Partie sur son territoire, et aux investisseurs ayant effectué des investissements visés, un traitement juste et équitable. » S'ensuit une liste d'exemples qui constitueraient des manquements à cette obligation : déni de justice, violation fondamentale de la légalité, situations d'arbitraire manifeste, discrimination ciblée, et harcèlement, coercition, abus de pouvoir ou autre forme semblable de conduite de mauvaise foi. (chapitre 2, section 2, article 3.2)</p>	<p>Cette potentielle clause fourre-tout est la plus dangereuse pour les contribuables et les organismes de régulation : le plus souvent, elle est invoquée avec succès par des investisseurs pour s'attaquer à des mesures d'intérêt public. Par exemple, dans son action contre l'Uruguay, Philip Morris prétend que le pays a enfreint la clause en adoptant de manière « arbitraire » sa politique antitabac, même si d'autres politiques de réduction du tabagisme sans effet négatif sur Philip Morris existaient (mises en garde sanitaires plus petites, images moins choquantes, etc.)¹⁷³. Un tel argument pourrait être invoqué sans aucune difficulté au motif de « situations d'arbitraire manifeste » dans le texte de l'UE.</p> <p>Personnellement, j'estime que, du point de vue de l'avocat cupide et avaro, il s'agit d'une obligation particulièrement bienvenue.</p> <p><i>Jonathan Kallmer du cabinet d'avocats Crowell Moring au sujet du libellé adopté par l'UE concernant le traitement juste et équitable¹⁷⁴</i></p>

LE JARGON DE L'INVESTISSEMENT : CE QUE L'UE SOUHAITE NÉGOCIER ¹⁷⁰	TRADUCTION : CE QUE CELA SIGNIFIE EN PRATIQUE
DES PRIVILÈGES CONSIDÉRABLES POUR LES INVESTISSEURS	
<p>La protection des attentes légitimes des investisseurs : « Dans l'application de l'obligation susmentionnée, un tribunal peut tenter de déterminer si une Partie a effectué une représentation particulière auprès d'un investisseur, en vue de susciter un investissement visé, laquelle aurait créé une attente légitime, et sur laquelle un investisseur aurait fondé sa décision d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé avant d'être contrarié par la Partie en question. » (chapitre 2, section 2, article 3.4)</p>	<p>Des tribunaux ont déjà interprété le concept du traitement juste et équitable comme un concept qui protège les « attentes légitimes » des investisseurs, et ce, même si l'expression n'est généralement pas utilisée dans le libellé de traités existants. De plus, ils ont jugé que ce concept crée le droit à un cadre réglementaire stable qui empêche les gouvernements de modifier des lois, règlements ou autres mesures même à la lumière de nouvelles connaissances ou de choix démocratiques. Philip Morris, par exemple, soutient que l'Uruguay n'a « pas réussi à maintenir un cadre réglementaire stable et prévisible conforme aux attentes légitimes de Philip Morris » lorsque le pays a mis en œuvre sa législation anti-tabac afin de protéger la santé publique.¹⁷⁵ Le texte de l'UE semble codifier de telles interprétations élargies du traitement juste et équitable, élargissant du coup la portée du concept et accordant aux investisseurs une redoutable arme pour contester tout resserrement des règles. Il est notamment préoccupant que l'UE ne définisse pas quel type de « représentation particulière » d'un État créerait une « attente légitime ».</p>
<p>Investissements et mesures réglementaires : « Il est entendu que les dispositions de la présente section ne doivent pas être interprétées comme un engagement de l'une des Parties à ne pas modifier le cadre légal et réglementaire, y compris d'une manière susceptible d'affecter négativement les investissements ou d'interférer avec les attentes des investisseurs en matière de profits. » (chapitre 2, section 2, article 2.2)</p>	<p>En étudiant plus en détail ce paragraphe, on s'aperçoit qu'il donne une fausse impression de sécurité. À la différence de l'article 2.4 qui interdit clairement toute exigence imposant aux États d'indemniser les investisseurs en cas de suppression des subventions, l'article 2.2 n'exclut pas les obligations d'indemnisation lorsque les États modifient la législation et la réglementation. En d'autres termes : les gouvernements ont la possibilité d'amender la législation mais peuvent ensuite être contraints à verser des milliards en dommages-intérêts si un tribunal établit que les amendements enfreignent les droits substantiels des investisseurs.</p> <p>La Commission européenne prétend protéger le droit de réglementer, alors que certains passages du texte reprennent les éléments déjà préoccupants du RDIE. Les passages concernés de la proposition illustrent dans quelle mesure le jargon juridique peut permettre de donner une fausse impression de sécurité aux non-initiés.</p> <p><i>Professeur Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School</i> ¹⁷⁶</p>
<p>Investissements et mesures réglementaires II : « Les dispositions de la présente section ne doivent pas affecter le droit des Parties de réglementer sur leur propre territoire en édictant les mesures nécessaires pour atteindre des objectifs politiques légitimes tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle. » (chapitre 2, section 2, article 2.1)</p>	<p>Il s'agit à nouveau ici d'un paragraphe trompeur. En le comparant à l'article 2.4, nul doute que l'UE ne cherche aucunement à protéger les mesures de politique publique face à l'obligation d'indemnisation. Ainsi, les gouvernements auront la capacité de réglementer mais restent potentiellement contraints à verser des milliards d'indemnisation. En outre, le droit de réglementer est associé à un critère de nécessité au titre duquel les arbitres travaillant à profit décideront si une mesure est « nécessaire » pour atteindre un objectif donné et si cet objectif est « légitime ». Cet obstacle est aisément surmontable pour les arbitres cherchant à obtenir une indemnisation publique en faveur d'un investisseur.</p>

**LE JARGON DE L'INVESTISSEMENT :
CE QUE L'UE SOUHAITE NÉGOCIER¹⁷⁰**
**TRADUCTION :
CE QUE CELA SIGNIFIE EN PRATIQUE**
DES PRIVILÈGES CONSIDÉRABLES POUR LES INVESTISSEURS

L'expropriation : « Aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen d'une mesure ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation [...], sauf si elle : a) agit à des fins d'intérêt public ; b) conformément aux principes de l'application régulière de la loi ; c) de façon non discriminatoire ; et d) moyennant le versement rapide et efficace d'une indemnité adéquate. » (chapitre 2, section 2, article 5.1)

Annexe I sur l'expropriation : « 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, par exemple la protection de la santé publique, la sécurité, l'environnement ou la morale publique, la protection sociale ou du consommateur et la promotion et la protection de la diversité culturelle, ne constituent pas une expropriation indirecte. » (chapitre 2, section 2, annexe I.3)

Le traitement national : « Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie et à ses investissements (...) un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des situations similaires, à ses propres investisseurs et aux investissements qu'effectuent ces derniers. » (chapitre 2, section 1, article 2-3.2)

D'une certaine perspective favorable aux investisseurs, pratiquement toute mesure législative ou réglementaire peut être considérée comme une « expropriation » indirecte lorsqu'elle a pour effet de réduire les profits, y compris des mesures de protection légitimes de la santé, des travailleurs et d'autres enjeux publics. L'annexe de l'UE sur les mesures d'intérêt public préviendrait-elle une telle interprétation ? Pas nécessairement. Un État aurait à démontrer qu'une mesure a été conçue et appliquée dans l'optique de protéger des objectifs légitimes d'intérêt public. A l'instar de l'affaire opposant Philip Morris à l'Uruguay, les investisseurs pourraient contester cela (prétextant, par exemple, que les mises en garde sanitaires sur les paquets de cigarettes n'ont « pas été conçues pour mettre en garde contre les effets réels du tabagisme sur la santé », mais pour « susciter un sentiment de répulsion et de dégoût, voire d'horreur », et ainsi parvenir efficacement à « ruiner le bon vouloir » de la marque).¹⁷⁷ Selon le texte de l'UE, dans de « rares circonstances », une mesure pourrait néanmoins être considérée comme une expropriation et le public serait tenu de verser des dommages-intérêts. Ce serait à un tribunal formé d'arbitres non tenus de rendre des comptes de décider.

Si certains libellés des accords commerciaux prétendent protéger les droits des gouvernements de réglementer, de nombreux groupes d'arbitrage ont ignoré ou interprété de façon étroite ces dispositions, les rendant pratiquement inutiles.

*Dr David R. Boyd, professeur à l'université Simon Fraser*¹⁷⁸

Les investisseurs étrangers doivent avoir droit à un traitement au moins aussi favorable que celui réservé aux investisseurs nationaux. Cela a été interprété comme une interdiction de toute mesure qui désavantage de facto les étrangers, y compris en l'absence d'intention. Par exemple, il a été jugé qu'une décision prise par le Canada d'interdire l'exportation de déchets toxiques (interdiction applicable à tous les investisseurs et compatible avec un traité international) privilégiait les entreprises canadiennes, car ces dernières pouvaient continuer à mener leurs activités alors que des concurrents américains se voyaient interdits d'envoyer leurs déchets aux États-Unis pour fins de traitement.¹⁷⁹

LE JARGON DE L'INVESTISSEMENT : CE QUE L'UE SOUHAITE NÉGOCIER ¹⁷⁰	TRADUCTION : CE QUE CELA SIGNIFIE EN PRATIQUE
DES PRIVILÈGES CONSIDÉRABLES POUR LES INVESTISSEURS	
<p>Le traitement de la nation la plus favorisée : « Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie et à ses investissements (...) un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des situations similaires, aux investisseurs et aux investissements qu'effectuent ces derniers dans un État tiers non-partie. » La proposition de l'UE précise que cela « ne vise pas les procédures de règlement des différends entre les investisseurs et l'État » prévues dans d'autres accords commerciaux et que « les obligations de fond de tels accords ne constituent pas en soi un « traitement » (...) en l'absence de mesures adoptées par une Partie conformément à de telles obligations. » (chapitre 2, section 1, article 2-4.4).</p>	<p>Des arbitres ont utilisé des dispositions sur la nation la plus favorisée comme des « baguettes magiques »¹⁸⁰ permettant aux investisseurs du pays x de poursuivre le pays y en vertu d'un accord entre les deux pays mais « d'importer » des droits plus favorables d'autres accords signés par le pays y. Des arbitres ont permis à un investisseur argentin de poursuivre l'Espagne en invoquant des droits découlant d'un accord entre l'Espagne et le Chili,¹⁸¹ et à un investisseur australien de poursuivre l'Inde en invoquant des droits émanant d'un accord entre l'Inde et le Koweït.¹⁸² Ces possibilités multiplient les risques de voir aboutir avec succès des atteintes aux politiques publiques. Le libellé de l'UE aborde en quelque sorte cette sélection choisie, mais il laisse la voie ouverte à l'interprétation des arbitres et est ambigu. Pour quelle raison l'UE n'interdit-elle pas en termes clairs l'« importation » d'obligations matérielles d'autres accords ? C'est le cas uniquement en l'absence de « mesures [...] en vertu de telles obligations » dans d'autres traités et le terme « mesure » est défini très largement (voir ci-dessus).</p>
<p>La libre circulation des capitaux : « Chacune des Parties permet que tous les transferts se rapportant à un investissement visé soient effectués librement ou promptement... » S'ensuit une liste d'exemples de types de transferts, incluant bénéfiques, intérêts et paiements faits au titre d'un contrat. (chapitre 2, section 1, article 6.1).</p>	<p>Cette disposition permettrait à l'investisseur de retirer systématiquement tout transfert monétaire lié à un investissement, réduisant ainsi la capacité des pays de gérer les entrées et les sorties soudaines et massives de capitaux, la balance des paiements et les diverses crises macro-économiques. Il s'agit ici d'une interdiction de facto du contrôle des capitaux et des taxes sur les transactions financières.</p> <p>Les pays devraient envisager avec prudence les traités d'investissement bilatéraux.... susceptibles de limiter leur capacité à « re-réguler » les flux de capitaux.</p> <p><i>Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)¹⁸³</i></p>
<p>Le type de clause-parapluie : « Lorsqu'une Partie a pris un engagement contractuel écrit vis-à-vis d'investisseurs de l'autre Partie ou à l'égard d'investissements visés par elle, ladite Partie ne doit pas (...) enfreindre ledit engagement en exerçant son pouvoir gouvernemental. » (chapitre 2, section 1, article 7).</p>	<p>Cette clause élèverait tous les contrats écrits signés par un État eu égard à un investissement au niveau du droit international public, ce qui multiplierait les risques de poursuites coûteuses. Ainsi, un investisseur pourrait par exemple lancer une procédure de RDIE pour violation présumée d'un contrat vis-à-vis d'une municipalité – bien que le contrat exige d'en référer à des juridictions nationales.</p>

INVESTMENT LINGO: WHAT THE EU WANTS TO NEGOTIATE ¹⁷⁰	TRANSLATION: WHAT IT MEANS IN PRACTICE
UN PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS BIAISÉ EN FAVEUR DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS	
<p>Le consentent à l'arbitrage : « La Partie visée par la plainte consent à la présentation d'une plainte à l'arbitrage en vertu de la présente section. » Les plaintes peuvent être présentées en vertu des règles traditionnelles d'arbitrage des différends investisseur-État, à l'instar de la Convention du CIRDI et du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. (chapitre 2, section 3, article 6.2 et article 7.1). Nulle part le texte ne précise qu'il est nécessaire d'épuiser d'abord les recours internes.</p>	<p>C'est à cet égard que l'UE affirme, dans les faits, que ses tribunaux ne sont pas assez compétents pour instruire les affaires d'investisseurs étrangers. Contrairement aux firmes nationales et aux gens ordinaires, les investisseurs étrangers auront le droit exclusif de contourner les systèmes juridiques internes et de poursuivre l'UE et ses États membres en s'adressant directement à des tribunaux internationaux qui statueront sur le bien-fondé des politiques et pourront condamner les États au paiement de lourds dommages et intérêts prélevés sur les deniers publics.</p> <p>La création de tribunaux spéciaux pour des groupes particuliers de justiciables est la mauvaise voie.</p> <p><i>Association des Magistrats allemands, la plus importante association allemande de juges et de procureurs.</i>¹⁸⁴</p>
<p>La constitution du tribunal d'arbitrage : Les recours des investisseurs seront tranchés par un « tribunal » formé de trois arbitres sélectionnés parmi un groupe de quinze « juges » nommés par l'UE et son partenaire commercial. Deux-mille euros d'honoraires leur seront versés tous les mois pour assurer leur disponibilité et ils seront rémunérés en vertu du « Règlement administratif et financier de la Convention du CIRDI ». (chapitre 2, section 3, article 9).</p>	<p>Les différends investisseur-État ne seront pas tranchés par des juges indépendants jouissant d'un salaire fixe. Les décisions seront plutôt rendues par des arbitres travaillant à profit, rémunérés au dossier ou à l'heure – bénéficiant d'une rémunération lucrative de 3000 dollars américains par jour conformément au barème des frais du CIRDI¹⁸⁵ – et clairement incités à rendre des décisions favorables à la partie qui leur apportera de l'eau au moulin dans le futur : l'investisseur.</p> <p>« Étant donné que les juges ne bénéficient pas d'une rémunération à proprement parler, leur indépendance financière est menacée. »</p> <p><i>Association Européenne des Magistrats</i>¹⁸⁶</p>
<p>Éthique : Les « juges » « seront choisis parmi des personnes offrant toutes les garanties d'indépendance ». Ils devront se conformer à un code de bonne conduite et « s'abstenir d'agir à titre d'avocat, d'expert nommé par une partie ou de témoin dans quelque différend né ou à naître en matière de protection des investissements ». (chapitre 2, section 3, article 11,1)</p>	<p>Nous sommes loin de réelles réformes institutionnelles visant à assurer l'indépendance et l'impartialité des arbitres (par ex. : salaire fixe). Il est particulièrement préoccupant de constater que les soi-disant « juges » pourront toujours siéger en tant qu'arbitres dans d'autres affaires ou exercer le droit à titre privé (mais pas en qualité d'avocats dans le cadre d'autres poursuites liées à des investissements) et que l'ICS ne prévoit pas de délai d'attente obligatoire avant et après avoir servi sur une liste. Ils pourraient ainsi faire partie du club sélect d'arbitres ayant rendu des décisions dans la majorité des différends investisseur-État, ayant encouragé les contestations et assuré le développement de l'industrie de l'arbitrage en interprétant la loi très largement en faveur des investisseurs.</p>

INVESTMENT LINGO: WHAT THE EU WANTS TO NEGOTIATE ¹⁷⁰	TRANSLATION: WHAT IT MEANS IN PRACTICE
UN PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS BIAISÉ EN FAVEUR DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS	
<p>La sentence définitive : Lorsqu'un tribunal conclut qu'un État a violé les droits des investisseurs tels que proposés par l'UE, il peut accorder « (a) des dommages-intérêts et tout intérêt applicable ; (b) la restitution de biens ». « Les dommages-intérêts ne doivent pas être supérieurs à la perte subie par l'investisseur. » (chapitre 2, section 3, article 28.1 et 2)</p>	<p>Les montants accordés en dommages-intérêts peuvent lourdement hypothéquer les budgets publics et les ordonnances peuvent être mises en œuvre par la saisie de biens de l'État dans de nombreux endroits de la planète. L'Équateur a été condamné à l'un des montants les plus élevés, soit 1,1 milliard de dollars américains.¹⁸⁷ En 2003, la République tchèque a été condamnée à verser à une entreprise un montant de 354 millions de dollars américains, soit l'équivalent du budget national de la santé du pays à l'époque.¹⁸⁸ Souvent, les tribunaux ordonnent le paiement de dommages-intérêts basés sur les prévisions de bénéfices à venir dans le cadre des pertes essuyées par l'investisseur, comme ce fut le cas dans une affaire contre la Libye qui a été condamnée à payer 900 millions de dollars américains pour « pertes de profits » découlant de la « perte d'occasions réelles et certaines » subie par un projet de tourisme et ce, même si l'investisseur n'avait investi qu'un montant de 5 millions de dollars américains et alors que la construction n'avait jamais été entreprise.¹⁸⁹</p>
<p>L'indemnisation : Un tribunal ne peut accorder que des dommages-intérêts ou la restitution de biens (chapitre 2, section 3, article 28.1). Selon l'UE, cela signifie que l'ordonnance d'un tribunal ne peut mener à l'abrogation d'une mesure adoptée par les parlementaires de l'UE et de ses pays partenaires.</p>	<p>Cela n'empêchera pas les gouvernements d'abroger volontairement des mesures une fois qu'une poursuite majeure aura été intentée ou qu'ils auront fait l'objet de menaces de la part d'une entreprise financièrement avantagée. Des exemples d'un tel gel réglementaire incluent la dilution des contrôles environnementaux imposés à une centrale au charbon lorsque l'Allemagne a réglé une plainte déposée par la société énergétique suédoise Vattenfall et la mise en œuvre différée des réglementations anti-tabac au Canada et en Nouvelle-Zélande, suite aux menaces de poursuites émanant des géants du tabac (Big Tobacco).¹⁹⁰ Certains prétendent que cet effet paralysant sur la réglementation gouvernementale est la raison d'être du régime d'investissement mondial.</p>
<p>Nulle part le texte n'évoque les obligations des investisseurs.</p> <p><i>L'approche de l'UE ne prévoit aucune disposition quant aux obligations des investisseurs ni ne promeut les droits de la personne, les droits des travailleurs et les normes environnementales. Ceci est regrettable.</i></p> <p style="text-align: right;"><i>Confédération européenne des syndicats (CES)</i> ¹⁹¹</p>	<p>L'UE propose d'établir des droits puissants et très concrets au profit des investisseurs étrangers, mais sans exiger d'obligation. Le système ne peut être invoqué par un pays hôte ou de tierces parties affectées, à l'instar des syndicats ou des collectivités locales, afin de tenir les investisseurs pour responsables en cas de violation des droits humains ou des normes du travail, environnementales ou autres, et les institutions nationales ne proposent pas de recours efficace.</p>

NOTES

- 1 AFL-CIO, « End corporate courts now ! », septembre 2014, http://www.aflcio.org/content/download/138571/3647761/file/AFL-CIO_ISDSReport_5.pdf
- 2 Extrait de : Paul Ames, « ISDS : The most toxic acronym in Europe », Politico, 17 septembre 2015, <http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/>
- 3 Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 4 *The Economist*, « Investor-state dispute settlement. The arbitration game », 11 octobre 2014, <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>
- 5 Le navigateur relatif aux accords internationaux d'investissement de la CNUCED donne le meilleur aperçu des différents accords internationaux d'investissement actuels : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (consulté le 14 mars 2016)
- 6 Contribution de GMB à la consultation publique en ligne initiée par la Commission européenne relative à la protection des investissements et au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans l'accord de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), <http://trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds/index.cfm?id=057233240021518214&type=2>
- 7 CIRDI, « Barème des frais », au 1er janvier 2013, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Bareme-des-Frais.aspx>
- 8 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, « Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », novembre 2012, chapitre 4, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>
- 9 Campaign for Tobacco-Free Kids, « Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay », <http://www.tobaccocontrolaws.org/litigation/decisions/uy-20130702-philip-morris-brands-v-urugua>
- 10 IISD, « The State of Play in Vattenfall v. Germany II : Leaving the German public in the dark », décembre 2014, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>
- 11 Federico Lavopa, « Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System : The case of Argentina », South Centre Investment, Policy Brief n° 2, juillet 2015, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf
- 12 IAPP, « Forestic v South Africa (Italy-South Africa BIT) », février 2011, http://iiapp.org/media/uploads/foresti_v_south_africa.rev.pdf
- 13 Kyriaki Karadelis, « Can Veolia trash Egypt at ICSID ? », Global Arbitration Review, 28 juin 2012, <http://globalarbitrationreview.com/news/article/30644/can-veolia-trash-egypt-icsid/>
- 14 The Baltic Course, « Estonia to spend EUR 3.4 mln. on arbitration proceeding with Tallinna Vesi », 6 janvier 2016, <http://www.baltic-course.com/eng/legislation/?doc=115104>
- 15 Affaire de la Cour permanente d'arbitrage n° 2008-13 entre Achmea B.V. et la Slovaquie, « Final Award », 7 décembre 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf> ; Unité de recherche internationale sur les services publics (PSIRU), « Challenges to Slovakia and Poland health policy decisions : use of investment treaties to claim compensation for reversal of privatisations/ liberalisation policies », janvier 2010, http://gala.gre.ac.uk/2744/1/PSIRU_Report_9828_-_2010-02-H-tradelaw.pdf
- 16 Global Justice Now and Transnational Institute, « Taxes on trial. How trade deals threaten tax justice », 15 février 2016, p.6, <https://www.tni.org/en/publication/taxes-on-trial>
- 17 Alfred de Zayas, « How can Philip Morris sue Uruguay over its tobacco laws ? », The Guardian, 16 novembre 2015, http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/nov/16/philip-morris-uruguay-tobacco-isds-human-rights?CMP=share_btn_tw
- 18 William Greider, « The Right and US Trade Law : Invalidating the 20th Century », The Nation, 17 novembre 2001, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century/>
- 19 Krzysztof J. Pelc, « Does the Investment Regime Induce Frivolous Litigation ? », février 2016, p.2, <http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/42486/frivolity.pdf>
- 20 CNUCED, « Investment Dispute Settlement Navigator », <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (consulté le 14 mars 2016)
- 21 CNUCED, « World Investment Report 2015 : Reforming International Investment Governance », 2015, chapitre III, http://unctad.org/en/publicationchapters/wir2015ch3_en.pdf ; CNUCED, « Investment Dispute Settlement Navigator », <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (consulté le 14 mars 2016)
- 22 CIRDI, « Affaires du CIRDI - Statistiques (No 2016-1) », p.24f. [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(French\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(French)%20final.pdf)
- 23 Krzysztof J. Pelc, « Does the Investment Regime Induce Frivolous Litigation ? », février 2016, p.2, <http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/42486/frivolity.pdf>
- 24 Gus Van Harten et Pavel Malysheuski, « Who has benefited financially from investment treaty arbitration ? An evaluation of the size and wealth of claimants », document de recherche, Études juridiques Osgoode n° 14, 12:3, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713876
- 25 Matthew Hodgson, « Counting the Costs of Investment Treaty Arbitration », Global Arbitration Review, 24 mars 2014, http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf
- 26 Sebastian Perry, « The cost of Yukos », Global Arbitration Review, 29 juillet 2014, <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32852/the-cost-yukos/>
- 27 Mihir A. Desai and Alberto Moel, « Czech Mate : Expropriation and Investor Protection in a Converging World », 2006, p.14, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=585843
- 28 Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company contre la république d'Équateur, CIRDI, Affaire n° ARB/06/11, décision sur l'annulation de l'indemnisation, 2 novembre 2015, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC6912_En&caseId=C80
- 29 En 2015, le budget consacré aux dépenses sociales de l'Équateur s'élevait à 1,115 milliard de dollars. Voir ici : <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/12/Bolet%C3%ADn-Ejecuci%C3%B3n-Presupuestaria-Nro.-19-Julio-Septiembre-2015.pdf>
- 30 Extrait de : Kip Keen, « Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners », Mineweb, 23 octobre 2013, <http://www.mineweb.com/archive/landmark-canadaeu-trade-agreement-could-have-major-implications-for-miners/>
- 31 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, « Profiting from injustice : How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », novembre 2012, p.15, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>
- 32 Campaign for Tobacco Free Kids et Cancer Action Network, « The Trans-Pacific Partnership (TPP) presents an opportunity to end the abusive tobacco industry trade lawsuits which are both undermining legitimate tobacco control policies and complicating trade negotiations », mai 2015, https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf. Pour une analyse plus approfondie de l'arbitrage des différends relatifs

- aux investissements et de la renonciation des gouvernements à légiférer en raison des menaces de demandes d'indemnisation, voir : Kyla Tienhaara, « Regulatory chill and the threat of arbitration », 2010, dans : C. Brown and K. Miles (eds) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 606-627
- 33 Extrait de : W. Greider, « The Right and US Trade Law : Invalidating the 20th Century », *The Nation*, 17 novembre 2001, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century/>
- 34 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, « Profiting from injustice : How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », novembre 2012, chapitre 3, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>; Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, « Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries », mars 2014, chapitre 5, <http://corporateeurope.org/eu-crisis/2014/03/profitting-crisis-how-corporations-and-lawyers-are-scavenging-profits-europe-crisis>
- 35 Simon Lester, « Debating ISDS », *Kluwer Arbitration Blog*, 20 juin 2015, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/06/20/debating-isds-2/>
- 36 Gus van Harten, « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication : An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *Osgoode Hall Law Journal* 50:1, 2012, 211-268, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=ohlj> ; Gus van Harten, « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two) : An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration », document de recherche, *Études juridiques Osgoode* n° 31/2016, 2016 ; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920
- 37 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, « Profiting from injustice : How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », novembre 2012, chapitre 5, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>
- 38 Voir, par exemple : <http://www.isdscorporateattacks.org/> ; <http://justinvestment.org/> ; Déclaration publique sur le régime international d'investissement, 31 août 2010, <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/> ; lettre ouverte des avocats aux négociateurs du Partenariat transpacifique exhortant au refus du règlement des différends entre investisseurs et États, 8 mai 2012, <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/> ; Déclaration de préoccupation concernant les dispositions envisagées en matière de protection des investissements et de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement (TTIP), 14 juillet 2014, https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html ; Lettre ouverte aux membres du Congrès américain, 30 avril 2015, https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf
- 39 Congrès du travail du Canada, Lettre à la ministre du Commerce international Chrystia Freeland, 27 janvier 2016, <http://canadianlabour.ca/sites/default/files/media/FreelandChrystia-2016-01-27-EN.pdf>
- 40 Simon Lester, « Debating ISDS », *Kluwer Arbitration Blog*, 20 juin 2015, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/06/20/debating-isds-2/>
- 41 Deutscher Richterbund (Association des Magistrats allemands), « Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl – proposition de la Commission européenne des 16.09.2015 et 11.12.2015 », n° 04/16, 4 février 2016, <http://www.drj.de/cms/index.php?id=952>, traduction non officielle : <http://isds.bilaterals.org/?prise-deposition-sur-la-creation&lang=fr>
- 42 Extrait de : Eve Schram, « American Mining Giant Escaped Indonesian Law with ISDS », *Inter Press Service*, 28 décembre 2015, <http://www.ipsnews.net/2015/12/american-mining-giant-escaped-indonesian-law-with-isds>
- 43 La loi adoptée par l'Afrique du Sud et le nouveau traité type indien excluent les notions de traitement juste et équitable et le principe de la nation la plus favorisée. Selon le traité type indien, avant de se tourner vers la solution de l'arbitrage des différends entre investisseurs et États, les recours internes devront être expérimentés pendant une période de cinq ans. La loi sud-africaine exclut totalement le recours à l'arbitrage international. En outre, la protection des investisseurs a été alignée sur la constitution – n'accordant ainsi aucun droit supplémentaire aux investisseurs étrangers. Voir Maxim Bönnemann, « Towards Post-Western Investment Law ? Alternative Visions in the Making », *Völkerrechtsblog*, 14 septembre 2015, <http://www.bilaterals.org/?towards-post-western-investment&lang=en>
- 44 Abdulkadir Jailani, « Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements », *South Centre Investment, Policy Brief* n° 1, juillet 2015, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB1_Indonesia-Perspective-on-Review-of-Intl-Inv-Agreements_EN.pdf
- 45 Gaetano Iorio Fiorelli, « Italy withdraws from Energy Charter Treaty », *Global Arbitration Review*, 6 mai 2015, <http://globalarbitrationnews.com/italy-withdraws-from-energy-charter-treaty-20150507/>
- 46 Lauge N. Skovgaard Poulsen, « Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties », *International Studies Quarterly* 58:1, 1-14, p.10
- 47 Lauge N. Skovgaard Poulsen, « Bounded Rationality and Economic Diplomacy : The Politics of Investment Treaties in Developing Countries », 2015, Cambridge University Press.
- 48 Ibid., p. xv
- 49 Ibid., p. xvi
- 50 Ibid., p.20f.
- 51 CNUCED, « World Investment Report 2014 : Investing in the SDGs: an action plan », 2014, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf
- 52 Commission européenne, « Investment », janvier 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153018.5%20Investment.pdf
- 53 CCI, « Bilateral Investment Treaties and Investor-State Dispute Resolution », 2014, <http://www.icc-austria.org/fxddata/iccws/prod/media/files/20140616%20ICC%20Key%20facts%20on%20Bilateral%20Investment%20Treaties.pdf>
- 54 Pour un aperçu de la documentation, voir : Lauge Skovgaard Poulsen, « The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance : Revisiting the Evidence », 2010, http://works.bepress.com/lauge_poulsen/4/ ; Jason W. Yacke, « Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment ? Some Hints from Alternative Evidence », 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594887
- 55 Ibid.
- 56 Parlement européen, « Answer given by Ms Malmström on behalf of the Commission », 14 septembre 2015, E-008187/2015, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-008187&language=EN>
- 57 Xavier Carim, « International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation : A Perspective from South Africa », *South Centre Investment, Policy Brief* n° 4, août 2015, p.3, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf
- 58 OCDE, « Encours d'IDI », <https://data.oecd.org/fr/fdi/encours->

- d-idi.htm (consulté le 10 février 2016)
- 59 CNUCED, « Bilateral FDI statistics », <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/FDI%20Statistics/FDI-Statistics-Bilateral.aspx> (consulté le 10 février 2016)
- 60 Xavier Carim, « International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation : A Perspective from South Africa », South Centre Investment, Policy Brief n° 4, août 2015, p.3, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf
- 61 CNUCED, « World Investment Report 2014 : Investing in the SDGs: an action plan », 2014, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf
- 62 Xavier Carim, « International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation : A Perspective from South Africa », South Centre Investment, Policy Brief n° 4, août 2015, p.3, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf
- 63 Extrait de : Jess Hill, « TPP's clauses that let Australia be sued are weapons of legal destruction, says lawyer », The Guardian, 10 novembre 2015, <http://www.theguardian.com/business/2015/nov/10/tpps-clauses-that-let-australia-be-sued-are-weapons-of-legal-destruction-says-lawyer>
- 64 Gus van Harten, « A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA », document de recherche, Études juridiques Osgoode n° 16, 11:4, 2015, p.12f, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595189
- 65 TUC, « TUC statement on European Parliament TTIP resolution », 27 mai 2015, <https://www.tuc.org.uk/international-issues/trade/world-tradetrade-justice/tuc-statement-european-parliament-ttip>
- 66 Corporate Europe Observatory, « Droits des investisseurs dans le TTIP/TAFTA : les nombreuses voix ignorées par la Commission », 3 février 2015, <http://corporateeurope.org/fr/international-trade/2015/02/droits-des-investisseurs-dans-le-ttipafta-les-nombreuses-voix-ignor-es>
- 67 Initiative européenne (IE) contre le TTIP et le CETA : https://stop-ttip.org/fr/signer/?noredirect=fr_FR
- 68 Contribution de la CES à la consultation en ligne de la Commission européenne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) - en anglais, <http://trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds/index.cfm?id=863044642481417614&type=2>
- 69 Commission européenne, « La Commission propose un nouveau système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP et des autres négociations européennes sur les échanges et les investissements », 16 septembre 2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1367&serie=991&langl=fr>
- 70 Conformément à la section 3, article 6.2 de la proposition de la Commission, les réclamations entre investisseurs et États peuvent être portées en vertu des règles du CIRDI, des règles de la CNUDCI ou toutes autres règles arbitrales convenues entre les parties en conflit. Voir : Commission européenne, « Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment », 12 novembre 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- 71 Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 72 Ibid., note de bas de page 26, pages 6-7
- 73 Ibid., p.5
- 74 CNUCED, « Investor-state dispute settlement: an information note on the United States and the European Union », juin 2014, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/INVESTOR%20STATE%202020%20JUNE%202014_1.pdf ; Public Citizen, « Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP », 2014, p.1, <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>
- 75 Ibid.
- 76 Les États membres suivants de l'UE ont conclu un traité d'investissement bilatéral avec les États-Unis : Bulgarie, Croatie, République tchèque, Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie.
- 77 Deutscher Richterbund (Association des Magistrats allemands), « Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl – proposition de la Commission européenne des 16.09.2015 et 11.12.2015 », n° 04/16, 4 février 2016, traduction non officielle : <http://isds.bilaterals.org/?prise-de-position-sur-la-creation&lang=fr>
- 78 Cecilia Malmström, « Opening remarks : Discussion on Investment in TTIP », 18 mars 2015, p.4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf
- 79 Pour reprendre les termes de la section 3, article 9.14 de la proposition de la Commission, dans la mesure où les « juges » qui statuent sur les litiges entre investisseurs et États ne perçoivent pas de salaire régulier, leurs honoraires et leurs frais seront « déterminés en vertu de l'article 14(1) du Règlement administratif et financier de la Convention du CIRDI ». Cet article renvoie aux honoraires journaliers dont le montant « est périodiquement fixé par le Secrétaire général (du CIRDI), avec l'accord du Président ». (CIRDI, « Convention et règlements du CIRDI », 2006, p.60, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_French-final.pdf). Pour cela, le Barème des frais est appliqué, en vigueur depuis le 1er janvier 2013, qui précise au point (3) que les arbitres « ont le droit de recevoir des honoraires de 3 000 dollars par journée pendant laquelle ils ont siégé ou se sont livrés à d'autres activités se rapportant à l'instance » (CIRDI, « Barème des frais », en vigueur depuis le 1er janvier 2013 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Bareme-des-Frais.aspx>)
- 80 Association Européenne des Magistrats, « Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the proposal from the European Commission on a new investment court system », 9 novembre 2015, <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf>
- 81 Deutscher Richterbund (Association des Magistrats allemands), « Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl – proposition de la Commission européenne des 16.09.2015 et 11.12.2015 », n° 04/16, 4 février 2016, traduction non officielle : <http://isds.bilaterals.org/?prise-de-position-sur-la-creation&lang=fr>
- 82 Cecilia Malmström, « Opening remarks : Discussion on Investment in TTIP », 18 mars 2015, p.4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf
- 83 Selon l'article 6 de la proposition de la Commission, les investisseurs peuvent « déposer un recours » en première instance. Aux termes de l'article 7, le défendeur « consent au dépôt d'une plainte ». Nulle part le texte ne précise qu'il est nécessaire d'épuiser d'abord les recours internes. Voir : Commission européenne, « Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapitre II – Investment », 12 novembre 2015, Section 3, article 6 et 7, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- 84 Markus Krajewski et Rhea Tamara Hoffmann, « Der Vorschlag der

- EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP », 2016, p.8, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf> ; traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 85 Markus Krajewski et Rhea Tamara Hoffmann, « Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP », 2016, p.8, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf> ; traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 86 Freshfields Bruckhaus Deringer, « Will growth in BIT claims really slow down ? », 2013, <http://www.freshfields.com/foresight/article-06.html>
- 87 Extrait de : Inside US Trade, « U.S. Investment Protection Advocates Wary Of Possible TTIP Outcome », 24 juin 2014
- 88 Metalclad Corporation contre États-Unis mexicains, CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/97/1, Décision, 2000, para 102f.
- 89 FSESP, « EPSU calls for the rejection of CETA because it's a bad deal for citizens », 14 mars 2016, <http://www.epsu.org/a/12103>
- 90 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre États-Unis mexicains, CIRDI, Affaire n° ARB (AF)/00/2, Décision, 2003, para 152f.
- 91 Markus Krajewski, « Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective », p.7
- 92 DGB, « Bewertung des Deutschen Gewerkschaftsbundes : Investitionsschutz in TTIP & anderen internationalen Verträgen », 24 février 2016, p.8, <http://www.dgb.de/themen/++co++f0ecc59a-e1e9-11e5-98b7-52540023ef1a>, traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 93 Abal Hermanos, S.A. contre Uruguay, Sentencia n° 1713, Suprema Corte de Justicia, 17 novembre 2010
- 94 ClientEarth, « Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law », 22 octobre 2015, p.17, <http://documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf>
- 95 Markus Krajewski et Rhea Tamara Hoffmann, « Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP », 2016, p.16, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf>
- 96 Simon Lester, « Debating ISDS », Kluwer Arbitration Blog, 20 juin 2015, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/06/20/debating-isds-2/>
- 97 Markus Krajewski et Rhea Tamara Hoffmann, « Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP », 2016, p.16, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf>
- 98 Selon l'article 28, les tribunaux peuvent condamner les États à payer « des indemnités pécuniaires et tout intérêt applicable » lorsqu'est constatée la violation de l'un des vastes droits des investisseurs.
- 99 Markus Krajewski et Rhea Tamara Hoffmann, « Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP », 2016, p.5, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf> ; traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 100 Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company contre la république d'Équateur, CIRDI, Affaire n° ARB/06/11, décision sur l'annulation de l'indemnisation, 2 novembre 2015, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC6912_En&caselid=C80
- 101 En 2015, le budget consacré aux dépenses sociales de l'Équateur s'élevait à 1,115 milliard de dollars. Voir ici : <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/12/Bolet%C3%ADn-Ejecuci%C3%B3n-Presupuestaria-Nro.-19-Julio-Septiembre-2015.pdf>
- 102 Par exemple, lors d'un débat public sur la proposition relative à l'ICS, Rupert Schlegelmilch de la Commission européenne affirmait que les procès entre investisseurs et États tels que ceux intentés par Vattenfall ou Philip Morris s'appuyaient sur le système non réformé et que « ce que nous proposons dans la réforme est la solution » à ce genre de procédures. Voir : TNI, « Does the EU's "Investment Court System" put an end to ISDS ? », vidéo, 23 novembre 2015, <https://www.tni.org/en/article/does-the-eus-investment-court-system-put-an-end-to-isds>
- 103 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 104 Commission européenne, « Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment », 12 novembre 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- 105 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 48, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 106 Le différend juridique entre Philip Morris International (2014) PMI et l'Uruguay : un coup de projecteur sur les faits <http://justthefacts.pmi.com/pmi-uruguay-legal-dispute-spotlight-on-the-facts/>
- 107 Docteur Margaret Chan, « La santé a obligatoirement sa place dans tout programme de développement pour l'après-2015 », 19 mai 2014, <http://www.who.int/dg/speeches/2014/wha-19052014/fr/>
- 108 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 79, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 109 Ibid., para 48
- 110 Ibid., para 81
- 111 AFL-CIO, « End corporate courts now ! », septembre 2014, http://www.aflcio.org/content/download/138571/3647761/file/AFL-CIO_ISDSReport_5.pdf
- 112 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 84 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 113 Philip Morris Brands sàrl, Philip Morris products s.a. et Abal Hermanos S.A. contre Uruguay (CIRDI, Affaire n° ARB/10/7), « Decision on jurisdiction », para 192, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>
- 114 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 4 et 81, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 115 David Schneiderman, « A CETA investment court is not the solution », The Globe and Mail, 5 mars 2016, <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/a-ceta-investment-court-is-not-the-solution/article29034167/>
- 116 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 94, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 117 Voir également le site : Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.4-5, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 118 Campaign for Tobacco Free Kids et Cancer Action Network, « The Trans-Pacific Partnership (TPP) presents an opportunity to end the abusive tobacco industry trade lawsuits which are both undermining legitimate tobacco control policies and complicating trade negotiations », mai 2015, https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf
- 119 Mihir A. Desai and Alberto Moel, « Czech Mate : Expropriation

- and Investor Protection in a Converging World, » 2006, p.14, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=585843
- 120 Extrait de : Alex Newman, « TTIP of the iceberg – what the Transatlantic Trade and Investment Partnership means for lawyers on both sides of the Pond », LegalWeek, 12 février 2014, <http://www.legalweek.com/legal-week/analysis/2327975/ttip-of-the-iceberg-what-the-transatlantic-trade-and-investment-partnership-trade-deal-means-for-lawyers-on-both-sides-of-the-atlantic>
- 121 Diana Rosert, « Libya ordered to pay US\$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project ; jurisdiction established under Unified Agreement for the Investment of Arab Capital », Investment Treaty News, 19 janvier 2014, <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>
- 122 Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.4-5, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 123 Contribution de GMB à la consultation publique en ligne initiée par la Commission européenne relative à la protection des investissements et au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans l'accord de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), <http://trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds/index.cfm?id=057233240021518214&type=2>
- 124 Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.4, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 125 Liz Tout, Michelle Bradfield et Lucille De Silva, « The latest renewables claim : Abengoa's subsidiary launches investment treaty proceedings against Spain », Lexology, 29 novembre 2013, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6b-0271ca-b6d2-4d9b-8475-0247e401b735>
- 126 Extrait de : Trade Justice Movement, « Worried about UK BITs ? The case for reviewing UK investment protection provisions », octobre 2015, p.11, http://www.tjm.org.uk/documents/Worried_about_your_BITS_report_FINAL.pdf
- 127 Matthew Coleman et autres, « Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector », 26 septembre 2014, <http://www.steptoe.com/publications-9889.html>
- 128 Campaign for Tobacco Free Kids et Cancer Action Network, « The Trans-Pacific Partnership (TPP) presents an opportunity to end the abusive tobacco industry trade lawsuits which are both undermining legitimate tobacco control policies and complicating trade negotiations », mai 2015, https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf.
- 129 Rapport interne de la Commission européenne relatif à une réunion avec Chevron sur le RDIE dans le cadre du TTIP, en date du 29 avril 2014. Information obtenue grâce à une demande d'accès aux documents via le règlement sur la divulgation de l'information de l'UE. Dossier disponible au Corporate Europe Observatory.
- 130 Internationale des services publics, « Lettre ouverte : Le personnel infirmier, les sages-femmes et les travailleurs de la santé dénoncent certains aspects du PTP », 24 juin 2015, <http://www.world-psi.org/fr/lettre-ouverte-le-personnel-infirmier-les-sages-femmes-et-les-travailleurs-de-la-sante-denoncent>
- 131 David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization, Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge University Press, p.3
- 132 Gus van Harten, extrait de : Danielle Mackey, « The US-EU trade treaty that could let corporations sue governments », Al Jazeera America, 27 mai 2015, <http://america.aljazeera.com/articles/2015/5/27/a-eu-us-trade-agreement-could-allow.html>
- 133 Pour reprendre les termes de la section 3, article 9.14 de la proposition de la Commission, dans la mesure où les « juges » qui statuent sur les litiges entre investisseurs et États ne perçoivent pas de salaire régulier, leurs honoraires et leurs frais seront « déterminés en vertu de l'article 14(1) du Règlement administratif et financier de la Convention du CIRDI ». Cet article renvoie aux honoraires journaliers dont le montant « est périodiquement fixé par le Secrétaire général (du CIRDI), avec l'accord du Président ». (CIRDI, « Convention et règlements du CIRDI », 2006, p.60, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_French-final.pdf). Pour cela, le Barème des frais est appliqué, en vigueur depuis le 1er janvier 2013, qui précise au point (3) que les arbitres « ont le droit de recevoir des honoraires de 3 000 dollars par journée pendant laquelle ils ont siégé ou se sont livrés à d'autres activités se rapportant à l'instance » (CIRDI, « Barème des frais », en vigueur depuis le 1er janvier 2013 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Pages/Bareme-des-Frais.aspx>)
- 134 Association Européenne des Magistrats, « Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the proposal from the European Commission on a new investment court system », 9 novembre 2015, <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf>
- 135 Gus van Harten, « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication : An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », Osgoode Hall Law Journal 50:1, 2012, 211-268, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=ohlj> ; Gus van Harten, « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two) : An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration », document de recherche Études juridiques Osgoode n° 31/2016, 2016 ; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920
- 136 HCDH, « UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights », 2 juin 2015, <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>
- 137 Selon la section 2, sous-section 5, article 23.1, « le tribunal autorisera toute personne physique ou morale qui peut établir un intérêt direct et présent au résultat du litige... à intervenir comme tierce partie ». Mais l'intervention est « limitée au soutien, total ou partiel, de la sentence demandée par l'une des parties en litige ».
- 138 Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 139 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, « Profiting from injustice : How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », novembre 2012, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>
- 140 La proposition de l'UE interdit seulement aux 15 arbitres pré-sélectionnés d'intervenir « à titre d'avocat, d'expert nommé par une partie ou de témoin dans quelque différend né ou à naître en matière de protection des investissements ». Ils peuvent donc siéger comme arbitres dans d'autres procédures – et continuer d'exercer le droit. Voir section 4, article 11 de la proposition de l'UE
- 141 Selon la proposition de l'UE, les membres du tribunal « devront avoir fait la preuve de leurs compétences en matière de droit international public. Il est souhaitable qu'ils soient notamment compétents en droit international des investissements, en droit commercial international et dans le règlement de différends découlant des accords internationaux sur le commerce et

- l'investissement. » Voir section 4, article 9,5 de la proposition de l'UE
- 142 Extrait de : Sebastian Perry, « STOCKHOLM : Arbitrator and counsel : the double-hat syndrome », *Global Arbitration Review* 7:2, 15 mars 2012, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30399/stockholm-arbitrator-counsel-double-hatsyndrome>
- 143 DGB, « Bewertung des Deutschen Gewerkschaftsbundes : Investitionsschutz in TTIP & anderen internationalen Verträgen », 24 février 2016, p.9, <http://www.dgb.de/themen/++co++f0ec-c59a-e1e9-11e5-98b7-52540023ef1a>, traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 144 Cet argument a été, par exemple, invoqué par plus de 200 organisations de la société civile de Myanmar, un pays avec lequel l'UE négocie également un accord d'investissement. Voir : Déclaration des OSC sur les traités d'investissement de Myanmar, 25 juin 2014, <https://www.tni.org/en/declaration/cso-statement-myanmar-investment-treaties>
- 145 Congrès des syndicats de Malaisie, « Discuss TPPA in public's interest – Jomo Kwame Sundaram », 25 janvier 2016, <http://www.mtuc.org.my/discuss-tpa-in-publics-interest-jomo-kwame-sundaram/>
- 146 Jonathan M. Bonnitcha et Emma Aisbett, Emma, « Submission to the Productivity Commission's review of bilateral and regional trade agreements », p.4, 2010
- 147 En vertu de la proposition de l'UE, les mesures suivantes peuvent être attaquées par des investisseurs : le terme « mesure » s'entend de toute mesure prise par une Partie, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative ou sous toute autre forme. Ces mesures peuvent être prises « par des gouvernements et des autorités à tous les niveaux » et « par des instances non gouvernementales dans l'exercice des pouvoirs délégués par les gouvernements ou par les autorités à tous les niveaux ». Voir : Commission européenne, « Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce », 31 juillet 2015, article 1-1 (o), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf
- 148 Public Citizen, « Ecuador's Highest Court vs. a Foreign Tribunal : Who Will Have the Final Say on Whether Chevron Must Pay a \$9.5 Billion Judgment for Amazon Devastation ? », 11 décembre 2013, <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2013/12/ecuadors-highest-court-vs-a-foreign-tribunal-who-will-have-the-final-say-on-whether-chevron-will-pay.html>
- 149 Public Citizen, « U.S. Pharmaceutical Corporation Uses NAFTA Foreign Investor Privileges Regime to Attack Canada's Patent Policy, Demand \$100 Million for Invalidation of a Patent », mars 2013, <https://www.citizen.org/documents/eli-lilly-investor-state-factsheet.pdf>
- 150 Contribution de la CES à la consultation en ligne de la Commission européenne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) - en anglais, <http://trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds/index.cfm?id=863044642481417614&type=2>
- 151 Deutscher Richterbund (Association des Magistrats allemands), « Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl – proposition de la Commission européenne des 16.09.2015 et 11.12.2015 », n° 04/16, 4 février 2016, traduction non officielle : <http://isds.bilaterals.org/?prise-de-position-sur-la-creation&lang=fr>
- 152 Association Européenne des Magistrats, « Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the proposal from the European Commission on a new investment court system », 9 novembre 2015, <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf>
- 153 CNUCED, « International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal », juin 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d9_en.pdf
- 154 Deutscher Richterbund (Association des Magistrats allemands), « Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl – proposition de la Commission européenne des 16.09.2015 et 11.12.2015 », n° 04/16, 4 février 2016, traduction non officielle : <http://isds.bilaterals.org/?prise-de-position-sur-la-creation&lang=fr>
- 155 Article 216(2) TFUE
- 156 Cecilia Malmström, « Opening remarks : Discussion on Investment in TTIP », 18 mars 2015, p.4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf
- 157 Accord commercial entre l'UE et le Vietnam : Texte convenu à la date de janvier 2016, Chapitre 8 relatif au commerce des services, aux investissements et au e-commerce, chapitre II investissement, sous-section 3, article 15, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf
- 158 Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne, publié le 29 février 2016, chapitre 8, article 8.29, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf
- 159 CNUCED, « Investor-state dispute settlement: review of developments in 2014 », p.3, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf
- 160 Internationale des services publics, « ITUC delegates give a resounding «No» to Trans Pacific Partnership », 22 mai 2014, http://www.world-psi.org/sites/default/files/attachment/media/en_psi_ituc_congress_no_tpp.pdf
- 161 Voir : <http://treatymovement.com/>
- 162 Les Amis de la Terre Europe, « Rights for business, not for people », novembre 2015, <https://www.foeeurope.org/rights-business-not-people-EU-agenda-271115>
- 163 Extrait de : Campact, « Experten-Check : Was der Handelsgesichtshof in TTIP wirklich bedeutet », vidéo, 9 décembre 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwf0> ; traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 164 Owen Tudor, « #TTIP news : 10 reasons why the latest #ISDS compromise is a bad deal », blog ToUChstone, 2 juillet 2015, <http://touchstoneblog.org.uk/2015/07/ttip-news-10-reasons-why-the-latest-isds-compromise-is-a-bad-deal/>
- 165 DGB, « Bewertung des Deutschen Gewerkschaftsbundes : Investitionsschutz in TTIP & anderen internationalen Verträgen », 24 février 2016, p.2, <http://www.dgb.de/themen/++co++f0ec-c59a-e1e9-11e5-98b7-52540023ef1a>, traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 166 Deutscher Richterbund (Association des Magistrats allemands), « Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl – proposition de la Commission européenne des 16.09.2015 et 11.12.2015 », n° 04/16, 4 février 2016, traduction non officielle : https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf ; Association Européenne des Magistrats, « Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the proposal from the European Commission on a new investment court system », 9 novembre 2015, <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf>
- 167 Cf. par exemple : Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122 ; Markus Krajewski et Rhea Tamara Hoffmann, « Der Vorschlag der EU-Kommission zum Inves-

- tionsschutz in TTIP », 2016, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf> ; Transatlantic Consumer Dialogue, « Response to the European Commission's Investor-State Dispute Settlement 'Reform' Proposal », janvier 2016, <http://tacd.org/wp-content/uploads/2015/02/TACD-resolution-ICS-proposal.pdf> ; Seattle to Brussels Network, « ISDS : Courting foreign investors », 6 octobre 2015, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/10/S2B_ISDS.pdf
- 168 Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 169 FSESP, « EPSU calls for the rejection of CETA because it's a bad deal for citizens », 14 mars 2016, <http://www.epsu.org/a/12103>
- 170 La proposition de la Commission est présentée en deux volets : le projet de chapitre global relatif au commerce des services, aux investissements et au e-commerce publié en juillet 2015, d'une part, et le sous-chapitre 2 sur l'investissement, publié en novembre 2015, d'autre part. Voir : Commission européenne, « Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce », 31 juillet 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf ; Commission européenne, « Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment », 12 novembre 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- 171 Consulter les Options politiques proposées par la CNUCED au sujet des Accords internationaux d'investissement, pour une présentation générale des concepts clés des traités internationaux en matière d'investissement, allant de la définition des termes « investissement » et « investisseur » aux dispositions de fond et aux procédures de règlement des différends : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd/policy-options-ii>
- 172 Markus Krajewski et Rhea Tamara Hoffmann, « Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP », 2016, p.8, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf> ; traduction en anglais de Pia Eberhardt
- 173 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 4, 79 et 81, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 174 Extrait de : Inside US Trade, « U.S. Investment Protection Advocates Wary Of Possible TTIP Outcome », 24 juin 2014
- 175 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 84, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 176 Gus van Harten, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », 18 novembre 2015, p.5, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 177 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. contre République orientale de l'Uruguay, « Request for Arbitration », 19 février 2010, para 81, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 178 David R. Boyd, « Don't let trade deals hamper climate progress », Toronto Star, 11 janvier 2016, <https://www.thestar.com/opinion/commentary/2016/01/11/dont-let-trade-deals-hamper-climate-progress.html>
- 179 IIAPP « SD Myers v Canada (NAFTA Chapter 11) », février 2011, http://www.iiapp.org/media/cases_pdfs/SD_Myers_v_Canada_rev.pdf
- 180 Kahale, George III, « Keynote Speech at the Eighth Annual Juris Investment Treaty Arbitration Conference », Washington, 28 mars 2014, p.5, <http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/8TH%20Annual%20Juris%20Investment%20Treaty%20Arbitration%20Conf.%20-%20March%2028%202014.pdf>
- 181 Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne, CIRDI, Affaire n° ARB/97/7
- 182 White Industries Australia Limited contre République de l'Inde, CNUDCI
- 183 CNUCED, « Capital account regulations and global economic governance: the need for policy space », novembre 2013, p.4, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/presspb2013d2_en.pdf
- 184 Deutscher Richterbund (Association des Magistrats allemands), « Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl – proposition de la Commission européenne des 16.09.2015 et 11.12.2015 », n° 04/16, 4 février 2016, traduction non officielle : <http://isds.bilaterals.org/?prise-de-position-sur-la-creation&lang=fr>
- 185 Pour reprendre les termes de la section 3, article 9.14 de la proposition de la Commission, dans la mesure où les « juges » qui statuent sur les litiges entre investisseurs et États ne perçoivent pas de salaire régulier, leurs honoraires et leurs frais seront « déterminés en vertu de l'article 14(1) du Règlement administratif et financier de la Convention du CIRDI ». Cet article renvoie aux honoraires journaliers dont le montant « est périodiquement fixé par le Secrétaire général (du CIRDI), avec l'accord du Président ». (CIRDI, « Convention et règlements du CIRDI », 2006, p.60, https://icsid.worldbank.org/ICSID/Static-Files/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Pour cela, le Barème des frais est appliqué, en vigueur depuis le 1er janvier 2013, qui précise au point (3) que les arbitres « ont le droit de recevoir des honoraires de 3 000 dollars par journée pendant laquelle ils ont siégé ou se sont livrés à d'autres activités se rapportant à l'instance » (CIRDI, « Barème des frais », en vigueur depuis le 1er janvier 2013 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Bareme-des-Frais.aspx>)
- 186 Association Européenne des Magistrats, « Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the proposal from the European Commission on a new investment court system », 9 novembre 2015, <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf>
- 187 Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company contre la république d'Équateur, CIRDI, Affaire n° ARB/06/11, décision sur l'annulation de l'indemnisation, 2 novembre 2015, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC6912_En&caselId=C80
- 188 Mihir A. Desai and Alberto Moel, « Czech Mate : Expropriation and Investor Protection in a Converging World », 2006, p.14, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=585843
- 189 Diana Rosert, « Libya ordered to pay US\$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project; jurisdiction established under Unified Agreement for the Investment of Arab Capital », Investment Treaty News, 19 janvier 2014, <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>
- 190 Campaign for Tobacco Free Kids et Cancer Action Network, « The Trans-Pacific Partnership (TPP) presents an opportunity to end the abusive tobacco industry trade lawsuits which are both undermining legitimate tobacco control policies and complicating trade negotiations », mai 2015, https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf
- 191 Contribution de la CES à la consultation en ligne de la Commission européenne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) - en anglais, <http://trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds/index.cfm?id=863044642481417614&type=2>



Public Services International (PSI)
45, avenue Voltaire
01210 Ferney-Voltaire - France
www.world-psi.org