

L'ISDS mort-vivant

Rebaptisée « ICS », la « Charte des pleins pouvoirs »
des entreprises refuse de mourir





AUTEUR : Pia Eberhardt (Corporate Europe Observatory)

ÉDITEURS : Katharine Ainger & Amélie Canonne et Lora Verheecke pour la version française

TRADUCTION : Charlélie Pottier

MISE EN PAGES ET ILLUSTRATIONS : Brigitte Vos

Publié par : Corporate Europe Observatory (CEO), Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), Attac Autriche, Campact, ClientEarth, Ecologistas en acción, Forum Umwelt & Entwicklung, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), PowerShift, Seattle to Brussels Network (S2B), Traidcraft, Transnational Institute (TNI), Umanotera, War on Want, Védegylet, Vrijschrift, 11.11.11.

Mars 2016 (version actualisée)

Sommaire

Résumé exécutif	5
Chapitre 1 Introduction	9
Chapitre 2 Quand les sociétés multinationales poursuivent les États : une introduction au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS)	11
Chapitre 3 L'ISDS sous un autre nom : l'ICS, la dernière proposition de l'UE pour les droits des investisseurs dans les accords de libre-échange	19
Chapitre 4 TAFTA/TTIP, CETA, ISDS, ICS : plusieurs sigles pour le même programme en faveur des entreprises privées	33
Chapitre 5 Conclusion : 7 raisons de combattre et abolir les privilèges accordés aux entreprises	40
Annexe : ISDS, le diable se trouve dans les détails	42
Notes	48

Résumé exécutif

Depuis deux ans, une controverse sans précédent en Europe, à propos d'un élément des accords de libre-échange inconnu auparavant, tient les citoyens, les politiciens et les médias en alerte. Elle concerne le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, en abrégé, ISDS (de l'anglais *Investor-State Dispute Settlement*).

L'ISDS est inclus dans des milliers d'accords internationaux. Il permet aux entreprises de poursuivre les gouvernements si elles estiment que des changements politiques nuisent à leurs profits, même quand ils visent à protéger la santé publique ou l'environnement. De telles poursuites contournent les tribunaux nationaux et se déroulent devant un tribunal d'arbitrage international composé de trois arbitres commerciaux privés qui décident de ce qui est le plus important : les profits privés ou l'intérêt général. Partout dans le monde, les tribunaux d'arbitrage investisseur-État ont accordé aux grandes entreprises des milliards de dollars piochés dans les poches des contribuables, souvent en dédommagement de mesures d'intérêt public.

La proposition de la Commission européenne d'inclure ce régime juridique puissant au service des entreprises dans l'accord commercial en cours de négociations avec les États-Unis, le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI, TAFTA ou TTIP pour « *Transatlantique Trade and Investment Partnership* ») a suscité une opposition massive : plus de 97% des 150 000 participants, une participation record, ont rejeté le principe de ces privilèges lors d'une consultation publique. Des critiques se sont également élevées au sein des États membres de l'UE et du Parlement européen. L'ISDS est devenu « l'acronyme le plus toxique en Europe » selon les mots de la Commissaire européenne au Commerce, Cecilia Malmström.

Pour tenter de contourner l'opposition massive engendrée par l'ISDS, la Commission européenne a choisi une appellation différente quand, à l'automne 2015, elle a présenté une proposition révisée pour toutes les négociations en cours et à venir de l'UE en matière d'investissement, dont le TAFTA/TTIP. À la place de l'« ancien » ISDS : la Commission promet un « nouveau » système prétendument indépendant et supposé protéger le droit à réglementer des gouvernements : l'« *Investment Court System* » (système judiciaire sur l'investissement) ou ICS.

L'analyse présentée dans ce rapport montre que l'ICS ne met pas un terme à l'ISDS. Bien au contraire, il habilite des milliers d'entreprises à contourner les systèmes juridiques nationaux et à poursuivre les gouvernements devant des tribunaux parallèles si des lois et des réglementations limitent leur capacité à réaliser des bénéfices. Cela ouvrirait la voie à l'accaparement de milliards d'argent public par les multinationales. Il restreindrait l'élaboration de politiques souhaitables en matière de protection des individus et de la planète. Enfin, il menace d'enfermer définitivement les pays membres de l'UE dans le régime d'injustices de l'ISDS.

En somme, le « nouvel » ICS qu'on nous propose, c'est l'ISDS revenu d'entre les morts. C'est l'ISDS mort-vivant.

Conclusions principales :

1. **Le nombre de litiges entre investisseurs et États et les sommes en jeu sont montés en flèches au cours des vingt dernières années**, passant d'un total de trois cas connus en 1995 à près de 700 poursuites investisseur-État totalisées en janvier 2016. Le chiffre record de 70 nouveaux litiges a été quant à lui enregistré pour la seule année 2015. Les sommes en jeu ont également considérablement augmenté, pour un seul cas la somme stupéfiante de 50 milliards de dollars a été prononcée à l'encontre de la Russie pour avoir exproprié la compagnie pétrolière Yukos. Les principaux bénéficiaires sont les grandes entreprises et quelques riches individus.
2. **Ces vingt dernières années ont été le théâtre de plaintes d'investisseurs réclamant des milliards de dollars contre des législations et des mesures gouvernementales d'intérêt public ayant prétendument entravé le profit d'entreprises.** Sur tous les continents des lois contre le tabagisme, des interdictions de produits chimiques toxiques, des politiques de lutte contre les discriminations, des mesures pour la stabilité financière, des restrictions à l'encontre de projets miniers polluants ont été contestés, entre autres. Par exemple, 60% des plaintes contre des pays membres de l'UE concernent l'environnement. Un avocat défendant des pays attaqués dans ces affaires a qualifié leur base légale, c'est-à-dire les accords internationaux en matière d'investissement, d'« armes de destruction légales ».

3. **Le « nouveau » modèle d'ISDS (rebaptisé ICS) est tout aussi dangereux pour la démocratie, les lois d'intérêt général et les fonds publics que l' « ancien » modèle tel que celui présent dans l'accord de libre-échange entre l'UE et le Singapour, par exemple.** À l'exception de quelques progrès de procédure, un processus de sélection des arbitres amélioré, des règles éthiques plus fortes et la création d'un organe d'appel, cette nouvelle version contient fondamentalement les mêmes privilèges accordés aux investisseurs, avec des formulations souvent identiques à celles utilisées dans le texte de l'accord UE-Singapour.
4. **Des poursuites d'investisseurs contre des mesures non-discriminatoires, légales et légitimes ayant pour but de protéger la santé, l'environnement et d'autres intérêts publics seraient possibles en vertu de la nouvelle proposition de l'UE,** puisqu'elle inclut les mêmes droits étendus pour les investisseurs. Ces droits ont été invoqués par des entreprises telles que Philip Morris (pour s'attaquer à des mesures contre le tabagisme prises par l'Uruguay) et TransCanada (qui a annoncé qu'il attaquerait les États-Unis et réclamerait 15 milliards de dollars pour le refus du très controversé projet d'oléoduc, Keystone XL).
5. **En vertu de la proposition de l'UE, des milliards d'euros d'argent public pourraient être payés aux entreprises, y compris en dédommagement de la perte de profits futurs — ceux qu'elles auraient prétendument pu gagner —,** à l'image d'une plainte contre la Libye, laquelle a été condamnée à payer 905 millions de dollars à une entreprise qui n'en avait investi que 5. Des pays pourraient également être condamnés à payer des dommages et intérêts pour l'instauration de nouvelles lois et réglementations d'intérêt public. Les formulations proposées par l'UE pour la protection du droit à réglementer ne protégeraient pas les gouvernements contre l'éventualité de ces dépenses colossales.
6. **La proposition de l'UE fait augmenter le risque de poursuites coûteuses contre des mesures d'intérêt public, car elle accorde vraisemblablement encore plus de droits que la plupart des traités d'investissement en vigueur,** lesquels ont déjà donné lieu à des centaines de poursuites investisseur-État à travers le monde :
 - a) En protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs en vertu de la clause du « traitement juste et équitable », l'UE prend le risque de systématiser une interprétation très large de cette clause qui créerait le « droit » à un environnement réglementaire stable. Ceci fournirait aux investisseurs une arme puissante pour lutter contre des changements réglementaires, même si ces derniers sont le résultat de nouvelles découvertes scientifiques ou d'un choix démocratique.
 - b) Le type de clause-parapluie proposé par l'UE est très dangereux, car il porterait tous les contrats écrits relatifs à un investissement signés par un État au plan du droit international, multipliant ainsi les risques de poursuites coûteuses. Cette clause n'apparaît pas dans le CETA, l'accord entre l'UE et le Canada, vraisemblablement car le Canada l'a rejetée, la considérant comme trop risquée.
7. **Si le TAFTA/TTIP inclut ces droits proposés pour les investisseurs, la responsabilité des États membres et les risques auxquels ils devront faire face s'accroîtront et dépasseront de loin ceux posés par les autres traités en vigueur et dont ils sont signataires :** en vertu du TAFTA/TTIP, 19 pays membres de l'UE supplémentaires pourraient être directement poursuivis par des investisseurs américains (alors qu'aujourd'hui seuls 9 États membres ont un traité d'investissement en vigueur avec les États-Unis) ; le TAFTA/TTIP couvrirait 99 % d'investissements basés aux États-Unis supplémentaires (actuellement seul 1 % est couvert par les traités en vigueur) ; plus de 47 000 entreprises seraient nouvellement habilitées à poursuivre (contre environ 4 500 actuellement). Le TAFTA/TTIP pourrait inciter près de 900 attaques d'investisseurs contre des pays membres de l'UE (contre 9 poursuites enregistrées dans le cadre des traités existants).
8. **En vertu de la proposition de l'UE, les multinationales pourraient même poursuivre leurs propres gouvernements,** en plaçant leurs investissements dans une succursale à l'étranger ou en demandant à un actionnaire étranger de poursuivre l'État en question. En ce qui concerne le TAFTA/TTIP, ce danger est particulièrement important, au vu des 3,5 milliards de milliards de dollars de valeurs mobilières européennes détenues par des investisseurs américains. Il est difficile de trouver un groupe privé « européen » qui n'a pas un investisseur « américain » qui serait en position de porter plainte contre l'UE ou ses États membres en vertu du TAFTA/TTIP.

9. **La proposition de l'UE sur les droits des investisseurs est un moyen infaillible d'intimider les décideurs politiques, entravant potentiellement des prises de décisions souhaitables.** Il existe déjà des preuves que certaines propositions en matière de protection de la santé ou de l'environnement ont été abandonnées, repoussées ou adaptées aux souhaits des entreprises à cause de poursuites coûteuses ou de menaces. Le Canada et la Nouvelle-Zélande, par exemple, ont différé l'adoption de lois contre le tabagisme face à l'imminence de poursuites de la part de l'industrie du tabac.
10. **Le processus de règlement des différends proposé par l'UE n'est pas juridiquement indépendant, et par sa structure, il présente un parti-pris en faveur des investisseurs.** Puisque seuls les investisseurs peuvent porter plainte, les arbitres (rebaptisés « juges » dans la proposition de l'UE) sont encouragés à se placer du côté des investisseurs, car cela favorise de nouvelles poursuites et donc plus d'honoraires et de notoriété pour eux à l'avenir. Des critères de sélection restrictifs, l'absence de périodes de carence obligatoires entre deux affaires et des lacunes dans le code éthique proposé pour les arbitres laissent également craindre que les tribunaux seront constitués des mêmes arbitres commerciaux privés qui ont alimenté le boom de l'arbitrage d'investissement jusqu'à présent. Ils ont fait prospérer leur propre activité, en encourageant les investisseurs à porter plainte et en interprétant les lois sur l'investissement de façon très large pour susciter de nouvelles poursuites.
11. **Il existe des doutes sérieux quant à la compatibilité de cette proposition pour les droits des investisseurs avec le droit communautaire de l'UE,** et c'est l'une des raisons de la préoccupation grandissante des juges. La proposition de la Commission met sur la touche les tribunaux européens et elle est fondamentalement discriminatoire, procurant des droits spéciaux uniquement aux investisseurs étrangers. Ces derniers pourraient contester des décisions judiciaires tout comme des actions gouvernementales et des lois votées par le Parlement, du niveau local jusqu'au niveau européen.
12. **Plutôt que de mettre fin à l'ISDS, le programme de protection de l'investissement de l'UE menace d'enfermer définitivement les États membres dans le régime de l'ISDS.** Il leur sera pratiquement impossible de se défaire des privilèges accordés aux investisseurs une fois qu'ils seront inscrits dans de vastes accords commerciaux tels que le TAFTA/TTIP ou le CETA (pour cela, ils devraient sortir de l'UE). Le tribunal multilatéral d'investissement proposé par la Commission, une cour suprême internationale à la seule disposition des groupes privés, risque de perpétuer un système déjà gravement injuste où d'un côté, de grandes entreprises ou de riches investisseurs obtiennent des droits extraordinairement puissants et actionnables alors que, en face, les citoyens ordinaires se voient seulement imposer des devoirs.

La tentative de l'UE d'étendre massivement et de verrouiller le système d'arbitrage pour l'investissement intervient alors que de plus en plus de citoyens, de tous horizons politiques, prennent la parole pour dénoncer le carcan des droits accordés aux entreprises, et quand de plus en plus de gouvernements tentent de s'en extirper.

Ce rapport se conclut par un appel à l'action : il faut abolir tous les traités qui habilent les groupes privés à poursuivre les gouvernements devant des tribunaux internationaux si des lois ou des réglementations amoindrissent leurs perspectives de profits ; il faut empêcher que davantage de droits soient accordés aux entreprises avec d'autres traités tels que le TAFTA/TTIP et le CETA ; il faut rejeter fermement les projets d'une « cour suprême » mondiale à la disposition exclusive des multinationales et des plus riches.



Chapitre 1

Introduction

« Si vous vouliez convaincre le grand public que les accords de commerce internationaux sont une manière de laisser les multinationales s'enrichir aux dépens des citoyens ordinaires, voilà ce que vous feriez : vous donneriez aux firmes étrangères le droit spécial d'exiger des dédommagements auprès d'un tribunal secret composé d'avocats d'affaires généreusement rémunérés chaque fois qu'un gouvernement adopte une loi pour, par exemple, lutter contre le tabagisme, protéger l'environnement ou éviter une catastrophe nucléaire. C'est précisément ce que des milliers de traités de commerce et d'investissement ont mis en place durant les cinquante dernières années avec le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États ou ISDS (investor-state dispute settlement). »

C'est par ces mots qu'en automne 2014 le magazine *The Economist* présentait à ses lecteurs un élément des accords de commerce internationaux encore inconnu il y a peu, « un privilège dont beaucoup de multinationales ont abusé », d'après le magazine économique international¹. Le régime de l'ISDS donne la possibilité aux entreprises étrangères de poursuivre les États dans lesquels elles investissent, par le biais de tribunaux internationaux spécialisés qui leur accordent des milliards de dollars en dédommagement. Le géant de l'énergie Vattenfall, par exemple, réclame 4,7 milliards d'euros à l'Allemagne pour sa sortie du nucléaire. TransCanada, promoteur du très controversé Keystone XL, un projet d'oléoduc, a annoncé dernièrement son intention de poursuivre les États-Unis et de leur réclamer 15 milliards de dollars pour l'abandon du projet.

Au moment de la publication de cet article, l'ambiance était vraisemblablement très tendue dans les milieux d'affaires. L'ISDS est la pierre angulaire de très nombreuses négociations commerciales actuellement. Si *The Economist*, l'un des plus influents médias pro-libre-échange, ne le soutenait plus, l'ISDS pouvait s'attendre à de graves difficultés. En effet, en raison d'une indignation massive de la part des citoyens, les quatre lettres opaques « ISDS » étaient devenues « l'acronyme le plus toxique en Europe », selon la Commissaire européenne au Commerce Cecilia Malmström.²

S'il est un mécanisme de résolution des conflits qui viole les principes fondamentaux, le voici. »

Joseph Stiglitz, Prix Nobel d'économie, à propos de l'ISDS³

Il n'a donc pas été surprenant qu'elle n'évoque plus l'ISDS quand, un an plus tard en automne 2015, Malmström a présenté sa proposition de substitution pour toutes les négociations de l'UE relatives à l'investissement, en cours et à venir, y compris pour le projet d'accord entre l'UE et les États-Unis, le TAFTA/TTIP. À la place de l'« ancien » ISDS, Malmström promettait un nouveau système judiciaire supposément indépendant, lequel, affirmait-elle, devrait protéger le droit des gouvernements à réglementer : l'« Investment Court System » (système judiciaire sur l'investissement) ou ICS.

Ce système judiciaire comprend plusieurs tribunaux qui statueraient sur les litiges entre investisseurs et États dans le cadre de traités commerciaux tels que le TAFTA/TTIP, et pourrait à terme être remplacé par une sorte de « cour suprême » pour les entreprises, applicable à tous les traités commerciaux (une « cour multilatérale sur l'investissement » ou en anglais « multilateral investment court »), que Malmström a proposé de développer dans un second temps, en parallèle des nombreuses négociations bilatérales de l'UE.

Mais outre le fait d'avoir modifié l'acronyme « toxique », le « nouvel » ICS est-il si différent de l'« ancien » régime de l'ISDS, tant détesté ? Protège-t-il l'environnement, la santé et les décisions d'intérêt public des attaques des investisseurs ? Met-il en place un système judiciaire juste et indépendant pour résoudre les litiges ?

L'analyse présentée dans ce rapport montre que le discours selon lequel les problèmes de l'impopulaire ISDS seraient résolus avec le projet d'ICS n'est pas plus vrai qu'un conte de fées. Loin de mettre fin à l'ISDS, le système proposé habiliterait des milliers d'entreprises à contourner les systèmes juridiques nationaux pour poursuivre les gouvernements auprès de tribunaux

parallèles, si des lois ou des réglementations réduisent leur capacité à s'enrichir. Il permettrait également aux grandes entreprises de s'accaparer des milliards d'argent public. Il freinerait également l'élaboration de politiques souhaitables pour protéger les citoyens et la planète. Enfin, il menace d'enfermer à jamais les États membres de l'UE dans le régime injuste de l'ISDS, car il sera pratiquement impossible pour eux d'en sortir individuellement, étant signataires d'accords multilatéraux, et encore moins dans le cadre d'une cour multilatérale sur l'investissement comme celle proposée par la Commission.

Quand on dit que l'ISDS est mort, cela me fait penser à un film de morts-vivants, car partout je peux voir l'ISDS rôder dans toutes ces nouvelles propositions.

Professeur Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School⁴

En somme, la proposition d'un « nouvel » ICS, c'est un ISDS politiquement indéfendable revenu d'entre les morts. C'est un ISDS mort-vivant.

Les citoyens, les journalistes et les décideurs politiques doivent comprendre que l'UE n'a résolu aucun des problèmes de fond à l'origine de l'indignation citoyenne massive contre l'ISDS. Sa dernière proposition en matière de protection de l'investissement est tout autant dangereuse pour les contribuables, les politiques d'intérêts publics et la démocratie que l'« ancien » ISDS, elle pourrait même s'avérer encore plus redoutable. Par conséquent elle n'est acceptable dans aucun accord d'investissement de l'UE quel qu'il soit. C'est en réalité une proposition à laquelle tout le monde devrait s'opposer.

Chapitre 2

Quand les sociétés multinationales poursuivent les États : une introduction au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS)

Après la catastrophe nucléaire de Fukushima le gouvernement allemand avait pris la décision de sortir du nucléaire. Pour lutter contre le tabagisme, l'Uruguay avait introduit des avertissements en gros caractères sur le tabac et les cigarettes.

Quel point commun entre ces décisions politiques ? Toutes deux ont été légalement contestées par des entreprises qui ont considéré qu'elles portaient atteinte à leurs profits. Toutefois, ces entreprises n'ont pas contesté ces décisions auprès des tribunaux de ces pays respectifs. Elles ont préféré poursuivre ces gouvernements devant un tribunal international favorable au milieu des affaires. Ces vingt dernières années, ces pseudo-tribunaux ont accordé aux grandes entreprises des sommes vertigineuses en dédommagement, des sommes piochées dans les poches des citoyens et souvent pour des législations démocratiquement adoptées qui visaient à protéger l'environnement, la santé publique ou la justice sociale.

La base juridique de ces différends entre investisseurs et États est fournie par plus de 2 500 accords de commerce et d'investissements actuellement en vigueur.⁵ Ces traités donnent des pouvoirs considérables aux investisseurs étrangers, y compris l'étrange privilège de pouvoir intenter directement une poursuite contre les États auprès de tribunaux internationaux, sans devoir passer par les instances judiciaires locales auparavant. Les entreprises peuvent réclamer des dédommagements pour des actions faites par les gouvernements des pays qui les accueillent, lesquelles auraient prétendument nui à leurs investissements, que ce soit directement par voie d'expropriation, par exemple, mais aussi indirectement à travers n'importe quel type de réglementation. De surcroît, elles ne réclament pas seulement le remboursement des sommes effectivement investies, mais également un dédommagement pour de futurs bénéfices escomptés.

Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États met le droit des entreprises avant les droits de l'homme. Ses effets sont dévastateurs [...] nous devons l'abolir.

Alfred de Zayas, expert pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable auprès des Nations Unies.¹⁷

Les plaintes des investisseurs contre les États sont généralement tranchées par un tribunal constitué de trois avocats, les arbitres, respectivement choisis par l'investisseur et l'État poursuivi. Contrairement à des juges, ces arbitres ont un intérêt économique direct car ils n'ont pas de salaire fixe et sont payés au dossier. Au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ou CIRDI (en anglais ICSID), qui abrite la majorité des poursuites, les arbitres gagnent 3 000 dollars par jour.⁶ Dans un système unilatéral où seuls les investisseurs peuvent intenter des actions en justice, ceci incite fortement les arbitres à défendre la cause des investisseurs, car des décisions qui leur seraient favorables ouvrent la voie à davantage de procès et donc davantage de revenus en perspective. D'autres conflits d'intérêts sont liés aux multiples fonctions de ces arbitres. Ils peuvent, par exemple, intervenir en tant qu'arbitre un jour puis en tant qu'avocat représentant une partie pour un autre différend le jour suivant, les encourageant une nouvelle fois à rendre des jugements en faveur des investisseurs pour inciter davantage de procédures et donc davantage de revenus.⁷

ENCADRÉ 1

Sonnette d'alarme : des litiges investisseur-État préoccupants

Sociétés privées versus santé publique – Philip Morris vs Uruguay : Depuis 2010, Philip Morris poursuit l'Uruguay sur la base de son traité bilatéral d'investissement avec la Suisse. Le géant du tabac conteste des avertissements obligatoires apposés sur les paquets de cigarettes, et d'autres mesures de contrôles conçues pour réduire le tabagisme. L'entreprise soutient que ces mesures l'empêchent d'afficher ses marques commerciales, provoquant des pertes de bénéfices importantes. Philip Morris exige une compensation de 25 millions de dollars à l'Uruguay.⁸

Sociétés privées versus action contre le changement climatique – TransCanada vs États-Unis : En janvier 2016, le promoteur d'oléoducs canadien TransCanada a annoncé son intention de poursuivre les États-Unis sur la base de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) suite à la décision du président Obama d'abandonner le projet « Keystone XL » très contesté, qui devait connecter les sites d'exploitation des sables bitumineux canadiens aux raffineries américaines. Le projet, qui selon les défenseurs de l'environnement aurait entraîné jusqu'à 110 millions de tonnes d'émissions supplémentaires de CO₂ par an, se heurtait à une opposition citoyenne massive. TransCanada réclame la somme stupéfiante de 15 milliards de dollars en dédommagement.⁹

Sociétés privées versus protection de l'environnement – Vattenfall vs Allemagne I & II :

En 2009, le géant de l'énergie suédois Vattenfall a porté plainte contre le gouvernement allemand, réclamant 1,4 milliard d'euros en dédommagement de restrictions environnementales imposées à l'une de ses centrales électriques alimentées au charbon. Le procès, basé sur le Traité de la Charte européenne sur l'énergie (en anglais : « Energy Charter Treaty » ou ECT), un accord international pour la promotion de la coopération transfrontalière dans le secteur de l'énergie, a été clos après que l'Allemagne ait accepté d'abaisser ses exigences environnementales. En 2012 Vattenfall a lancé une nouvelle poursuite contre l'Allemagne via le même traité, réclamant 4,7 milliards d'euros pour des pertes de profits liés à deux de ses centrales nucléaires. L'action juridique faisait suite à la décision de l'Allemagne de sortir du nucléaire en réaction à la catastrophe nucléaire de Fukushima.¹⁰

Sociétés privées versus luttes contre les discriminations – Piero Forsti, entre autres, vs Afrique du Sud :

En 2007, des investisseurs italiens et luxembourgeois ont porté plainte contre l'Afrique du Sud pour sa « loi sur l'habilitation économiques des Noirs » (« Black Economic Empowerment Act »), une loi ayant pour objectif de contribuer à réparer les injustices du régime de l'apartheid. Cette loi impose, entre autres, aux compagnies minières de transférer une partie de leurs actions aux investisseurs noirs. Le litige (en vertu du traité bilatéral de l'Afrique du Sud avec l'Italie et le Luxembourg) s'est clos en 2010, après que les investisseurs aient reçu de nouvelles licences, imposant des cessions d'actions bien moins importantes.¹¹

Sociétés privées versus environnement et communautés locales – Bilcon vs Canada : En 2008, le fabricant de béton américain Bilcon a porté plainte contre le Canada en se basant sur l'ALÉNA pour contester le refus d'un projet de carrière. Ce refus faisait suite à une étude d'impact mettant en garde sur de potentiels effets néfastes pour la collectivité et l'environnement. En 2015, le Canada a perdu le litige. Deux des arbitres statuant sur l'affaire ont considéré que l'étude d'impact était arbitraire, frustrant ainsi les attentes de Bilcon et violant par conséquent l'ALÉNA. Le troisième arbitre a pour sa part désapprouvé le jugement, le qualifiant d'« intrusion majeure dans le champ des compétences nationales », et avertissant qu'il « aurait pour effet de refréner l'action du groupe d'évaluation environnementale. » La somme que le Canada devra payer en dédommagement n'a pas encore été décidée, mais elle pourrait s'élever jusqu'à 300 millions de dollars même si le projet n'a jamais atteint le stade de construction.¹²

Sociétés privées versus action contre les crises financières – investisseurs vs Argentine : Alors que l'Argentine avait gelé certains prix tels que ceux de l'eau ou de l'énergie et dévalué sa monnaie pour faire face à la crise financière de 2001-2002, elle a été frappée par une vague de près de 30 procès d'investisseurs et elle est devenue le pays le plus poursuivi au monde. De grandes entreprises telles que Enron (États-Unis), Suez et Vivendi (France), Anglian Water (Royaume-Uni) et Aguas de Barcelona (Espagne) lui réclamaient des centaines de millions en dédommagement des pertes de revenus. Jusqu'à présent, l'Argentine a été condamnée à payer un total de 900 millions de dollars en dédommagement de ses mesures suite à la crise financière, et plusieurs procès sont toujours en cours.¹³

Sociétés privées versus communautés locales et environnement – Gabriel Resources vs Roumanie : En 2015, la compagnie minière canadienne Gabriel Resources a porté plainte contre la Roumanie via deux traités bilatéraux d'investissement du pays. Le procès concerne un projet de mine d'or à ciel ouvert dans le village historique de Rosia Montana. Le projet de Gabriel Resources a été interrompu quand les tribunaux roumains ont annulé plusieurs autorisations et certificats nécessaires au projet, en réponse à la résistance de la communauté locale contre une mine dont l'impact social et environnemental menaçait de se révéler désastreux. Gabriel Resources pourrait réclamer jusqu'à 4 milliards de dollars en dédommagement.¹⁴

Sociétés privées versus moratoires sur la fracturation hydraulique – Lone Pine vs Canada : En 2011, le gouvernement de la province canadienne du Québec a répondu aux inquiétudes quant à l'éventuelle pollution de l'eau par l'utilisation de la fracturation hydraulique (« fracking ») pour la prospection gazière et pétrolière par l'application d'un moratoire sur cette technique. En 2012, l'entreprise énergétique Lone Pine Resources basée à Calgary s'est appuyée sur l'ALÉNA pour tenter une poursuite contestant ce moratoire. Lone Pine, qui a déposé la plainte depuis une société enregistrée au Delaware, un paradis fiscal aux États-Unis, demande 109,8 millions de dollars au titre de dommages, plus les intérêts.¹⁵

Des armes de destruction légales

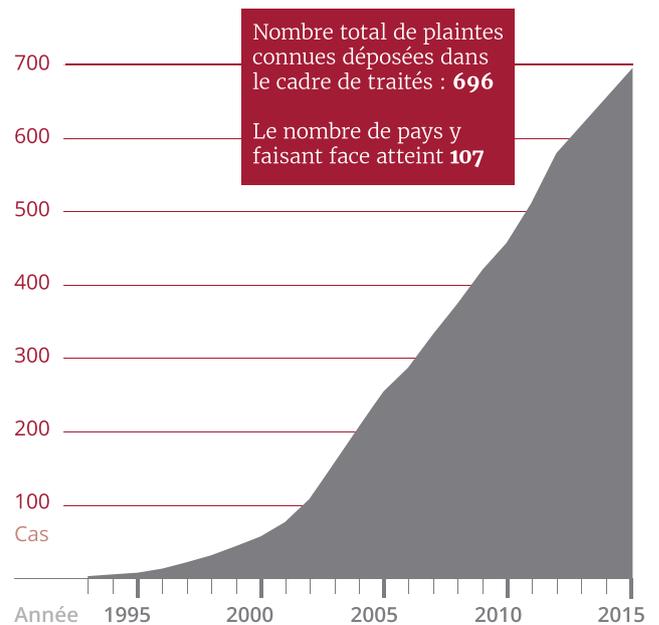
Depuis la fin des années 90, le nombre de plaintes déposées par les investisseurs a explosé (voir image 1, page 13), tout comme l'argent en jeu dans ces procès (voir encadré 2, page 14). Au cours des deux dernières décennies, de nombreuses réclamations de plusieurs millions de dollars ont été initiées contre des législations et des mesures gouvernementales d'intérêt public qui auraient prétendument porté atteinte aux profits d'entreprises. Sur tous les continents, des pays riches ou en développement se sont vus attaqués pour des mesures en faveur de la stabilité financière, des interdictions de produits chimiques toxiques, des restrictions à l'exploitation minière, des législations contre le tabagisme, des politiques de lutte contre les discriminations, des études d'impact sur l'environnement et bien plus encore (voir encadré 1, page 12). Un avocat qui a défendu de nombreux gouvernements dans ces procès a ainsi qualifié ces traités d'investissement d'« armes de destruction légales ».¹⁶

Il s'agit d'un outil de lobbying dans le sens où il est possible d'aller dire : « Ok, si vous faites cela, j'intenterai un procès contre vous pour obtenir un dédommagement. » Dans certains cas cela change vraiment les comportements.

Peter Kirby du cabinet juridique Fasken-Martineau à propos du mécanisme de règlement des différends investisseur-État²¹

Image 1 : Un déluge de procès

Nombre cumulé de cas



Source : CNUCED¹⁸

Parfois la menace d'un procès coûteux est suffisante pour bloquer ou différer une action gouvernementale, faisant comprendre aux décideurs politiques qu'ils auront à payer pour régler. Le Canada et la Nouvelle-Zélande, par exemple, ont retardé des politiques anti-tabac à cause des poursuites intentées ou menaçant de l'être par l'industrie du tabac.¹⁹ Cinq années après l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, un ancien représentant du gouvernement canadien déclara à un journaliste : « J'ai vu des lettres de la part de cabinets juridiques de New-York et de Washington D.C. adressées au gouvernement canadien pour pratiquement chaque nouvelle réglementation ou proposition en matière d'environnement ces cinq

dernières années. Celles-ci concernaient les produits chimiques dans le nettoyage à sec, les médicaments, les pesticides, le droit des brevets. Pratiquement toutes ces nouvelles initiatives ont été prises pour cibles et la plupart d'entre elles n'ont jamais vu le jour. »²⁰

Alors que le nombre de litiges entre investisseurs et États a augmenté, l'arbitrage en investissement est devenu une machine à faire de l'argent à part entière. Il existe actuellement nombre de cabinets juridiques dont le modèle économique dépend des procès menés par des entreprises contre des États. Par conséquent, ils encouragent constamment leur clientèle constituée de multinationales à intenter des procès, par exemple quand un pays adopte des

mesures pour lutter contre une crise financière.²² Pendant ce temps, des avocats spécialisés en investissement, en leur qualité d'arbitres, interprètent le droit des sociétés présent dans les accords de commerce et d'investissement de manière particulièrement favorable aux investisseurs, ouvrant la voie à davantage de procès contre les États et augmentant les risques de mise en cause des gouvernements.²³ Les fonds d'investissements spéculatifs, lesquels financent de plus en plus de litiges entre investisseurs et États en échange d'un pourcentage sur d'éventuels montants adjugés en jugement ou en arrangement, continueront certainement d'alimenter le boum des procédures d'arbitrage.²⁴

ENCADRÉ 2

Des chiffres révélateurs de l'univers des tribunaux d'arbitrages privés (ISDS)²⁵

- Le nombre de cas de litiges investisseur-État a explosé durant les deux dernières décennies, passant d'un total de trois cas connus dans le cadre de traités en 1995 au chiffre record de plus de **50** nouvelles procédures entamées chaque année ces cinq dernières années. 2015 a connu le record absolu avec **70** nouveaux cas d'ISDS.
- Au niveau mondial, on comptait **696** litiges investisseur-État au 1^{er} janvier 2016, à l'encontre de **107** pays, mais compte tenu de l'opacité du système, le chiffre réel pourrait être bien plus élevé.
- **72%** des procédures connues et menées avant fin 2014 étaient à l'encontre de pays en développement ou en transition.
- Néanmoins, les poursuites contre des pays riches sont également en hausse. En 2015, par exemple, **l'Europe de l'Ouest constituait la région la plus poursuivie au monde.**²⁶
- Les investisseurs l'ont emporté dans **60%** des cas de litiges investisseur-État pour lesquels il y eut effectivement une décision prise sur le fond de l'affaire, alors que les États ont seulement « gagné » **40%** du temps (même si il n'y a rien qu'un l'État puisse gagner, puisqu'ils obtiendront au mieux de n'avoir que les coûts de procédure à payer).
- **Un quart** des procédures « ISDS » qui ont été ouvertes se sont conclues par des arrangements, lesquels impliquaient vraisemblablement une transaction financière ou des changements dans les lois et les réglementations afin d'apaiser le mécontentement des investisseurs.
- Les sommes accordées aux investisseurs peuvent atteindre 10 chiffres. La somme la plus élevée en dommages et intérêts connue à ce jour, **50 milliards de dollars**, a été adjugée contre la Russie au bénéfice des actionnaires majoritaires de l'ancienne entreprise gazière et pétrolière Yukos.
- Les principaux bénéficiaires de cette manne financière ont été les grandes entreprises et de riches particuliers : **94,5 %** de la somme des sanctions arbitrales connues ont été accordés à des entreprises dont le revenu annuel s'élève à au moins **1 milliard de dollars** ou à des individus à la fortune nette de plus de 100 millions de dollars.²⁷
- Les frais juridiques sont d'en moyenne 4,5 millions de dollars par cas et pour chaque partie²⁸, mais ils peuvent être beaucoup plus élevés. Pour leur procédure contre la Russie, les avocats de Yukos ont facturé **74 millions de dollars** à eux-seuls et les trois arbitres, quant à eux, ont pris **7,4 millions de dollars.**²⁹ Étant donné que les frais juridiques ne sont pas toujours indemnisés à la partie gagnante, les États peuvent finir par payer la facture même s'ils n'ont pas perdu.

L'arbitrage d'investissement en eaux troubles

L'augmentation du nombre de procès intentés par des entreprises a déclenché une tempête mondiale de critiques contre les traités d'investissements et les tribunaux d'arbitrage. Des groupes d'intérêt public, des syndicats, des petites et moyennes entreprises, des universitaires ont appelé les gouvernements à s'opposer à l'arbitrage des différends entre investisseurs et États en affirmant qu'il ne répond pas aux principes fondamentaux d'indépendance judiciaire et d'impartialité, et qu'il menace la compétence des États à agir dans l'intérêt des citoyens, du développement économique et social et de la protection de l'environnement. Des préoccupations ont également été exprimées à l'égard de l'absence flagrante de devoirs pour les investisseurs et du langage vague et imprécis de beaucoup de ces traités qui permet à ces tribunaux privés d'interpréter le droit de manière très favorable aux investisseurs.³⁰

Des partisans du libre marché et du libre-échange, tels que le *think tank* conservateur Cato Institute, basé à Washington, ont eux aussi rejoint le camp des opposants en critiquant « l'orientation de l'ISDS qui n'offrant des [...] protections *qu'aux investisseurs étrangers* [...] aurait pour équivalent une constitution nationale qui ne protégerait que les droits des riches propriétaires. »³¹ Il est remarquable que la plus grosse association de juges et procureurs allemands (avec 15 000 membres pour un total de 25 000 juges et procureurs dans le pays) ait récemment exprimé des préoccupations similaires concernant l'attribution de droits exclusifs et de pseudo-tribunaux aux investisseurs étrangers, et ait appelé les législateurs à « freiner significativement le recours à l'arbitrage pour protéger les investisseurs étrangers ». ³²

Pourquoi les investisseurs étrangers peuvent recourir à des lois internationales exécutoires pour faire valoir leurs droits, alors que pratiquement personne d'autre ne le peut ?

Simon Lester, du Think tank américain conservateur Cato Institute³³

Certains gouvernements ont également pris conscience des injustices de l'arbitrage d'investissement et tentent de sortir de ce système. L'Afrique du Sud, l'Indonésie, la Bolivie, l'Équateur et

le Venezuela ont mis fin à plusieurs traités bilatéraux d'investissement (ou BITs pour « Bilateral Investment Treaties » en anglais). L'Afrique du Sud a présenté un projet de loi pour en finir avec certaines des clauses fondamentales les plus dangereuses dans le droit international de l'investissement. L'Inde a présenté un nouveau modèle de traité d'investissement avec les mêmes objectifs.³⁴ L'Indonésie semble également emprunter une voie similaire.³⁵ En Europe, l'Italie s'est retirée de la Charte énergétique européenne après que son secteur des énergies renouvelables ait été menacé de procès en vertu de la CEE.³⁶

Notre point de vue sur les traités bilatéraux d'investissement a changé [...]. Il semble qu'ils soient largement en faveur de l'investisseur. Notre principal problème est l'ISDS

Abdulkadir Jaelani, ministre des Affaires étrangères indonésien³⁷

Pourquoi les États ont-ils signé des traités d'investissement ?

Il s'agit là d'une question pertinente, et fascinante. Pourquoi les États se sont-ils hâtés de signer des traités d'investissement bridant significativement leur souveraineté ? Pourquoi ont-ils octroyé à des avocats *free-lance* la capacité extraordinaire de superviser toutes leurs actions et d'accorder des dommages et intérêts et limiter la réglementation publique ? La réponse est complexe et elle implique un mélange d'intérêts divers, d'attentes erronées et d'ignorance. En premier lieu, les pays exportateurs de capitaux avaient vraisemblablement un intérêt à appuyer « leurs » entreprises à l'étranger. Ensuite les pays en développement, surtout, ont espéré que ces traités attireraient davantage d'investissements étrangers, même si aucune preuve évidente n'a jamais pu justifier cette conviction et qu'en pratique, la plupart des attentes n'ont pas été exaucées (voir encadré 3, page 17). Enfin, dans beaucoup de gouvernements à travers le monde, il y avait, et il y a sans doute toujours, une certaine ignorance quant aux risques politiques et économiques de tels traités d'investissement. De fait, les gouvernements les ont souvent mal compris dans leur ensemble, jusqu'à ce qu'ils soient frappés par un procès.

Comme la plupart des pays dans les années 90, nous avons signé beaucoup de traités, parfois sans savoir à quoi nous nous engageons.

Ancien négociateur chilien³⁸

Le politologue Lauge Poulsen, qui a voyagé dans le monde entier pour demander aux représentants des gouvernements pourquoi ils les ont signé, livre un fascinant récit sur l'ignorance des conséquences des traités d'investissement. Le lecteur de ce livre³⁹ apprendra à sa grande stupéfaction que, par le passé, les négociations d'un traité d'investissement ne duraient souvent que quelques heures. Parfois aucun avocat n'était présent, sans même parler de responsables des ministères de la justice. Il est même arrivé que la principale raison de la signature d'un traité ait été « de fournir de bonnes occasions pour une photo lors de la présence de délégations de haut niveau ». ⁴⁰ Quand le Pakistan fut attaqué pour la première fois en 2001, dans le cadre du traité bilatéral avec la Suisse de 1995, personne au gouvernement ne put retrouver le texte et ils durent demander à la Suisse de leur envoyer une copie. Poulsen conclut que « la majorité des pays en développement [...] signèrent pour l'un des régimes juridiques internationaux les plus puissants, les engageant dans la mondialisation économique, sans même s'en rendre compte à l'époque. » ⁴¹ Ils le réalisèrent plusieurs années après seulement, en devenant la cible d'un procès.

J'ai entendu plusieurs représentants qui avaient été actifs dans la négociation d'un traité [...] dire « Nous n'avons aucune idée des conséquences que cela aurait dans le monde réel ».

L'arbitre Christoph Schreuer⁴²

L'ISDS à la croisée des chemins

Alors que le nombre de procès intentés par des investisseurs géants et la gamme des politiques et mesures attaquées explosent tout deux, et quand de plus en plus de gouvernements tentent de modifier ou de quitter le système d'arbitrage d'investissement, une menace plus grande encore point à l'horizon. Plusieurs méga-traités régionaux impliquant près de 90 pays sont actuellement en cours de négociations,⁵⁴ et menacent d'élargir grandement la portée du

régime de l'ISDS ; ils soumettront les États à une augmentation sans précédent des risques juridiques qu'ils encourent.

Parmi ces traités on trouve : l'accord de partenariat transpacifique (TPP pour « Trans-Pacific Partnership » en anglais) conclu en 2015 entre 12 pays de la région pacifique dont les États-Unis et le Japon ; le Partenariat régional économique global (« Regional Comprehensive Economic Partnership », ou RCEP en anglais) en négociation entre 16 pays d'Asie et du Pacifique ; le « Tripartite Free Trade Agreement » (TFTA) actuellement négocié par 23 pays d'Afrique ; un certain nombre d'accord bilatéraux dont les traités d'investissement entre les États-Unis et la Chine et entre l'UE et la Chine ; et le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TAFTA ou TTIP) entre l'UE et les États-Unis.

Une étude récente a estimé que si l'ensemble des accords d'investissement actuellement en vigueur couvrent seulement 15 à 20 % des flux de l'investissement mondial, ces nouveaux traités élargiraient cette couverture à environ 80 %, multipliant les risques des gouvernements de se faire poursuivre pour leurs politiques publiques.⁵⁵ Le TAFTA/TTIP à lui seul ferait figure de géant par rapport à tous les autres traités préexistants qui autorisent le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. D'un seul coup, il multiplierait par onze le nombre d'entreprises basées aux États-Unis pouvant contester des politiques européennes de protection de l'environnement, de la santé et d'autres intérêts publics devant des tribunaux internationaux. (voir encadré 4, page 21).

Étant donné l'état du système à l'heure actuelle, signer d'autres traités serait une très grave erreur. Il faut peser les avantages d'un tel fardeau. Quelqu'un sera peut-être capable de m'expliquer où sont tous les avantages, mais moi en tout cas je n'en ai vu aucun.

George Kahale III, avocat ayant défendu plusieurs pays lors de procédures ISDS⁵⁶

ENCADRÉ 3

Briser le mythe selon lequel les traités d'investissement attireraient des investissements

Les défenseurs des traités de protection de l'investissement prétendent régulièrement qu'ils aident à attirer des investissements. Dans une fiche consacrée à la question, la Commission européenne, par exemple, soutient qu'« en donnant aux investisseurs de chaque partie davantage d'assurance quand ils investissent », le chapitre sur l'investissement du TAFTA/TTIP, le projet d'accord commercial entre l'UE et les États-Unis, créera « davantage d'opportunités d'investissement dans l'UE et aux États-Unis ». ⁴³ Les groupes de pression des milieux d'affaires tels que la Chambre de commerce internationale (ICC) professent généralement que « des normes élevées en matière de protection de l'investissement devraient être une priorité pour tous les gouvernements afin de renouer avec la prospérité en renforçant les IDE » (investissements directs étrangers). ⁴⁴

Le problème est qu'il n'y a pas de preuve évidente que les accords d'investissement attirent effectivement les investissements. Si certaines études économétriques trouvent que c'est le cas, d'autres ne constatent aucun effet, voire même des effets négatifs. ⁴⁵ Une étude qualitative indique que ces traités ne sont pas un facteur décisif dans le choix de la destination des investisseurs. ⁴⁶ Lors d'une réponse à la question d'un parlementaire, Cecilia Malmström, Commissaire européenne chargée du commerce a admis que « la Commission est consciente que la plupart des études n'établissent pas de lien causal direct et exclusif » entre les traités et les investissements. ⁴⁷

Des gouvernements ont également commencé à se rendre compte que la promesse d'investissements étrangers n'était pas tenue. Après que l'Afrique du Sud ait annulé certains de ses traités bilatéraux d'investissement (TBI) avec des pays de l'UE datant des années 90, un représentant du gouvernement expliquait : « L'Afrique du Sud ne reçoit pas un flux significatif d'IDE de la part des nombreux partenaires avec lesquels nous avons des TBI, mais en même temps, elle continue de recevoir des investissements en provenance de pays avec lesquelles nous n'en avons pas. En bref, les TBI n'ont pas été déterminants pour attirer des investissements en Afrique du Sud. » ⁴⁸

Cette expérience est également celle de nombreux autres pays : le Brésil reçoit la plus grosse part des IDE en l'Amérique Latine ⁴⁹, bien que le pays n'ait ratifié aucun traité autorisant le mécanisme de règlement des différends investisseur-État. De manière similaire, la Hongrie est l'un des deux pays membres en Europe centrale et orientale à n'avoir aucun traité d'investissement avec les États-Unis, alors qu'elle a été l'un des plus importants destinataires des IDE américains dans la région ces dix dernières années. ⁵⁰ En comparaison, les neuf pays de l'UE ayant un traité en vigueur avec les États-Unis ont reçu seulement 1 % des investissements américains dans l'UE (voir encadré 4, page 21).

Qui plus est, il est désormais largement reconnu que si les IDE peuvent contribuer à un développement indispensable, les retombées ne sont pas systématiques. ⁵² Des réglementations sont nécessaires afin d'éviter les risques qu'impliquent les IDE pour l'environnement, les populations locales, la balance des paiements d'un pays, etc. En général, les accords d'investissements « ne sont pas conçus pour résoudre de telles problématiques, puisque leur objectif primordial est de protéger les investissements étrangers », comme l'explique un représentant du gouvernement de l'Afrique du Sud. Il ajoute : « De fait, [les accords internationaux en matière d'investissement] sont construits de telle manière qu'ils imposent essentiellement des obligations légales aux gouvernements pour qu'ils assurent la protection juridique des investissements provenant des pays signataires du traité. Ce déséquilibre en faveur des investisseurs peut limiter la capacité des gouvernements à réglementer dans l'intérêt public. » ⁵³

Les TBI ne sont pas des baguettes magiques dont le maniement ferait apparaître, en un « pouf » et un nuage de fumée, un étranger les poches pleines de billets [...] Si les pays en développement souhaitent attirer des investissements étrangers, ils vont probablement devoir faire autre chose que de signer et ratifier des TBI

Professeur Jason Yacke, Université du Wisconsin
Faculté de droit ⁵¹



Chapitre 3

L'ISDS sous un autre nom : l'ICS, la dernière proposition de l'UE pour les droits des investisseurs dans les accords de libre-échange

Quel est le point commun entre le mécanisme de règlement des différends investisseur-État (ISDS), l'un des groupes pétroliers les plus polluants au monde (British Petroleum) et une société de sécurité privée tristement célèbre (Blackwater) ? Tous les trois ont changé leur image de marque pour se débarrasser d'un passé peu reluisant : en 2001, British Petroleum a simplement été rebaptisé BP. Désormais, ces initiales sont supposées faire référence à leur nouveau slogan, « Beyond Petroleum » (au-delà du pétrole), afin de développer une image plus verte. Blackwater, contraint de quitter l'Iraq suite à son implication dans une fusillade lors de laquelle plusieurs civils ont été tués, a simplement changé de noms plusieurs fois pour revenir faire des affaires dans le pays. À présent, alors que les préoccupations des citoyens concernant l'ISDS sont grandissantes, la Commission européenne emploie un nouvel acronyme, l'ICS ou « Investment Court System » c'est-à-dire « système judiciaire sur l'investissement », changeant simplement l'image d'un régime tant détesté pour couvrir son expansion massive.

L'ampleur de l'opposition à l'ISDS, encore inconnu il y a peu, devint claire début 2015, quand la Commission publia les résultats d'une consultation publique sur les droits des investisseurs étrangers dans le TAFTA/TTIP, l'accord de libre-échange actuellement en cours de négociation entre l'UE et les États-Unis : plus de 97 % des 150 000 participants, un record de réponses pour une consultation publique européenne, ont rejeté ces privilèges accordés aux entreprises. La protestation venait d'un spectre large et varié, incluant des entreprises, des collectivités locales et régionales, des élus, des universitaires, des syndicats et d'autres groupes d'intérêt public.⁵⁷ Un plus grand nombre de personnes, plus de 3,3 millions d'européens, ont signé la pétition contre le TAFTA/TTIP et le CETA, l'accord déjà conclu entre l'UE et le Canada, « car ils contiennent plusieurs points critiques tels que le règlement des conflits investisseur-État [...] qui constituent une menace pour la démocratie et l'État de droit ».⁵⁸ Le CETA, dont la ratification commencera probablement en 2016, pourrait établir un précédent dangereux pour le TAFTA/TTIP, car il inclut les mêmes éléments controversés, y compris les droits des investisseurs.

Des voix critiques se sont également élevées dans les États membres de l'UE ainsi qu'au Parlement européen. Les parlements aux Pays-Bas, en France et en Autriche, par exemple, ont adopté des résolutions exprimant de vives inquiétudes à propos des tribunaux d'arbitrage dans le TAFTA/TTIP.⁶⁰ Les ministres de l'Économie et du Commerce extérieur

de France et d'Allemagne ont fait valoir que « l'ISDS dans sa forme actuelle ne peut pas constituer une norme pour la résolution de conflits » et ont proposé des alternatives⁶¹ « pour rétablir un équilibre entre les États et les entreprises », selon les mots de Matthias Fekl, Secrétaire d'État français chargé du commerce extérieur.⁶² En été 2015, un vote concernant le TAFTA/TTIP au Parlement européen a presque échoué du seul fait du borbier politique que représente l'ISDS. Ces quatre lettres sont effectivement devenues un acronyme toxique.

Il est rare que 3 millions d'européens se rassemblent pour exprimer leur avis sur des politiques d'investissement et de commerce, d'une seule voix. Il est encore moins fréquent de voir près de 150 000 européens remplir un formulaire de consultation de la Commission européenne pour développer leurs points de vue sur la protection de l'investissement. Tous s'opposent à l'ISDS.

Virginia López Calvo, association organisant des campagnes en ligne WeMove.EU⁵⁹

Le grand changement d'image

Par conséquent, en automne 2015, quand la Commission européenne a présenté une nouvelle proposition pour tous les chapitres investissement de ses négociations en cours et à venir (y compris le TAFTA/TTIP), elle a créé une nouvelle dénomination. À la place de « l'ancienne forme traditionnelle de résolution des conflits [...] pénalisée par un manque de confiance profond », Malmström, la Commissaire européenne au commerce promettait « un nouveau système bâti sur les mêmes éléments qui donnent confiance aux citoyens en leurs parlements nationaux ou internationaux ». Tout le monde ne parlait que de lui : l'« ICS » pour « Investment Court System », un système judiciaire censé « protéger le droit des gouvernements à régler tout en s'assurant que les différends en matière d'investissement [seraient] jugés en respectant pleinement l'État de droit, » comme l'affirmait Timmermans, Vice-président de la Commission européenne.⁶³

Une partie des médias entreprit d'aider la Commission dans son opération de communication. Selon le quotidien allemand *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, la proposition de la Commission prouvait qu'elle prenait les préoccupations des citoyens à propos des droits des investisseurs au sérieux, car l'ICS empêcherait des poursuites contre des règles portant sur la protection de l'environnement, de la santé publique et du consommateur. « Des abus du système de protection de l'investissement sont ainsi rendus impossibles » assurait le journal à ses lecteurs. Plus loin, il suggérait même aux opposants du projet de se taire désormais.⁶⁴ Le quotidien autrichien *Der Standard* célébra également la « proposition de réforme » de la Commission comme un « succès pour les opposants », puisqu'elle « comblerait effectivement de nombreuses lacunes du système actuel de protection de l'investissement ».⁶⁵

Quelques parlementaires européens sont également tombés dans le piège du changement d'image. Le groupe européen des Socialistes et Démocrates (S&D) a « [accueilli] le nouvel outil » comme « un changement radical de direction dû à la forte pression des citoyens et du Parlement européen ». Bernd Lange, député européen S&D et Président de la commission du commerce international du Parlement européen, a encensé le projet comme « la seule manière d'aller de l'avant [...] et le dernier clou du cercueil de l'ISDS »⁶⁷. Dans une lettre adressée à Malmström, il a exprimé « son soutien en faveur de la nouvelle approche de la Commission [...], pour le TAFTA/TTIP et tous les autres accords de commerce et d'investissement qui nous parviendront au Parlement européen » et a souhaité

à la Commissaire au Commerce « tous ses vœux de réussite pour convaincre nos partenaires commerciaux d'accepter cette nouvelle approche ». Seulement vingt mois auparavant, Lange avait déclaré au nom du groupe S&D « Nous ne voulons pas que la Commission améliore le règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre des négociations du TAFTA/TTIP, nous demandons que la Commission abandonne purement et simplement l'ISDS dans ce cadre. »⁶⁸

Le nouveau projet d'ICS de l'UE [...] n'est qu'une opération de changement d'image du mécanisme de règlement des différends investisseur-État (ISDS) [...]. Cette initiative cosmétique n'apporte aucune solution aux inquiétudes profondes quant à l'octroi de privilèges spéciaux aux investisseurs étrangers, l'affaiblissement du droit national et le contournement des tribunaux nationaux.

Transport & Environnement, ONG pour la défense de l'environnement⁶⁶

Les gouvernements ont également participé à la combine de relabellisation de la Commission. Dans un communiqué de presse intitulé « plus de tribunaux privés », le gouvernement allemand saluait le projet de la Commission comme la « pierre-angulaire pour un [...] système de protection de l'investissement qui n'a plus rien à voir avec les procédures d'arbitrage du passé ».⁶⁹ En France, le Secrétaire d'État chargé du commerce extérieur, Matthias Felk approuvait : « Il est désormais clair que le mécanisme d'arbitrage investisseur-État a vécu. »⁷⁰ Pour la Ministre du commerce néerlandaise, l'ISDS était « mort et enterré ».⁷¹

Le problème est que, si l'on examine l'ICS, il semblerait bien que l'ISDS soit revenu d'entre les morts.

L'ICS : un ISDS mort-vivant qui tente de continuer son chemin

Ces déclarations favorables à l'ICS posent un problème majeur : en réalité, la proposition de l'UE est une simple copie, à bien des égards, des anciennes procédures d'arbitrage. Les poursuites investisseur-État dans le cadre du TAFTA/TTIP, par exemple, fonctionnent toujours selon les règlements habituels de l'arbitrage ISDS.⁷² Les salaires des soi-disant « juges » auxquels revient la prise de décision

ENCADRÉ 4

Quels effets concrets aurait le TAFTA/TTIP pour l'UE⁸⁵ ?

Si le TAFTA/TTIP octroie aux investisseurs les droits tels que proposés par l'UE, cela entraînera le développement massif du dispositif d'arbitrage relatif à l'investissement. Les responsabilités et les risques financiers encourus par les États membre de l'UE seraient multipliés et excéderaient largement ceux que représentent les traités déjà signés par certains d'entre eux.

- Actuellement, seuls **9** pays membres de l'UE, tous d'Europe de l'Est, ont un traité bilatéral d'investissement en vigueur avec les États-Unis.⁸⁶ Ces traités représentent seulement **1 %** des investissements américains dans l'UE. Les droits des investisseurs proposés par le TAFTA/TTIP feraient passer cette couverture à **100 %** des investissements américains dans l'UE, étant donné qu'il couvrirait l'ensemble des **28** pays membres et les rendrait passibles de poursuites judiciaires.
- Parmi les **51 495** succursales américaines intervenant actuellement dans l'UE, plus de **47 000** seraient nouvellement habilitées à lancer des poursuites contre les politiques européennes auprès de tribunaux internationaux. Ainsi, le TAFTA/TTIP multiplierait **par onze** le nombre d'investisseurs américains pouvant potentiellement intenter un procès.
- Dans le cadre des traités existants (couvrant seulement 1 % des investissements américains dans l'UE), les investisseurs américains ont poursuivi des pays membres de l'UE au moins **9** fois. Si le nombre de cas est envisagé de manière proportionnelle à la couverture des flux d'investissements par les traités, le décompte des cas suggère que le TAFTA/TTIP pourrait donner lieu à **près de 900** poursuites de la part d'investisseurs américains contre les pays membres de l'UE.

Image 2 : **droits des investisseurs dans le TAFTA/TTIP : davantage de risques financiers et judiciaires pour l'UE**

28 pays de l'UE pourraient être directement poursuivis contre seulement **9** actuellement



100 % des investissements américains seraient couverts contre seulement **1 %** actuellement



51 495 entreprises pourraient directement intenter des procès contre **4 500** actuellement



Près de **900** poursuites d'investisseurs pourraient frapper les pays de l'UE contre **9** poursuites actuellement connues



finale correspondent toujours au barème des frais actuellement utilisé dans les procédures ISDS, soit une généreuse somme de 3 000 dollars par jour.⁷³ C'est pourquoi, selon le spécialiste en droit international de l'investissement de l'Osgoode Hall Law School au Canada, « L'ICS est avant tout une opération de changement d'image » car « l'ISDS vit dans [...] les propositions [avancées dernièrement par la Commission européenne] ». ⁷⁴ « Quand on dit que l'ISDS est mort, cela me fait penser à un film de morts-vivants, car partout je peux voir l'ISDS rôder dans ces nouvelles propositions, » a-t-il déclaré.⁷⁵

Citant les failles de la procédure proposée pour nommer les soi-disant « juges » et émettant des doutes quant à leur indépendance financière, la plus grande association de juges et de procureurs d'Allemagne a également mis en question le ré-étiquetage de l'ISDS en « système judiciaire ». « Ni la procédure proposée pour la nomination des juges de l'ICS, ni leur statut ne respectent les exigences internationales en matière d'indépendance des tribunaux », ont-ils écrit dans un communiqué publié en février 2016. « Dans ce contexte, l'ICS n'apparaît pas comme une cour internationale, mais plutôt comme un tribunal d'arbitrage permanent. »⁷⁶

L'ICS et l'ISDS : des jumeaux tout aussi dangereux

Au-delà de quelques progrès dans la procédure, d'un processus de sélection des arbitres (rebaptisés « juges ») amélioré et de la constitution d'une cour d'appel, le « nouvel » ICS équivaut fondamentalement à l'« ancien » ISDS, qu'on trouve déjà dans de nombreux traités bilatéraux d'investissement en vigueur. Le projet d'ICS contient les mêmes droits extensifs pour les investisseurs, qui permettent aux multinationales de demander des milliards de dollars en dédommagement pour des politiques de protection de la santé publique et de l'environnement. Par conséquent, il comporte les mêmes risques majeurs pour les contribuables, les politiques d'intérêt public et la démocratie que l'« ancien » système d'ISDS.

Même si la proposition d'ICS améliore la procédure de sélection des arbitres, il s'agit en substance du même dispositif.

Laurens Ankersmit, avocat pour ClientEarth⁷⁷

Danger #1 : la proposition de l'UE habiliterait des dizaines de milliers d'entreprises à tenter des procès

La dernière proposition de la Commission européenne en matière de protection de l'investissement, qui s'applique à toutes ses négociations commerciales en cours et à venir, autoriserait les investisseurs étrangers intervenant dans l'UE, ainsi que tous les investisseurs basés dans l'UE possédant également des activités à l'étranger, à contourner les systèmes juridiques nationaux pour tenter des poursuites auprès de tribunaux internationaux⁷⁸ chaque fois qu'ils estiment que des actions étatiques violent les droits « essentiels » et étendus des investisseurs que l'UE garantit.

La proposition de la Commission européenne élargirait massivement ce système extrajudiciaire, ouvert aux investisseurs étrangers seulement et non aux simples citoyens, qui privilégie formellement les droits des sociétés aux dépens de celui des gouvernements à régler dans l'intérêt des citoyens.

Dialogue transatlantique entre associations de consommateurs⁸¹

Dans le seul cadre du TAFTA/TTIP, des dizaines de milliers d'entreprises deviendraient des plaignants en puissance. Selon une étude du groupe de consommateurs américain Public Citizen, un total de 80 000 entreprises intervenant des deux cotés de l'Atlantique pourraient mener des poursuites contre les États si la proposition de l'UE était incluse dans le TAFTA/TTIP.⁷⁹ Ce danger est d'autant plus important car les entreprises de l'UE et des États-Unis sont les utilisateurs les plus agressifs de ce système d'arbitrage : elles totalisent 75% de l'ensemble des conflits investisseur-État connus mondialement.⁸⁰ Ainsi, la proposition de l'UE élargirait significativement l'angle de tir de l'ISDS actuel (voir encadré 4, page 21).

Les entreprises transnationales pourraient même poursuivre leurs *propres* gouvernements, en plaçant leurs investissements dans une succursale outre-Atlantique.⁸² Dans la mesure où le pouvoir des multinationales s'étend sur de vastes territoires à travers le monde, celles-ci pratiquent, avec leurs avocats, « la structuration de l'entreprise pour la protection de l'investissement ». Selon le cabinet juridique Freshfields, cette structuration

« est désormais à la même position que la planification fiscale lorsque des décisions portant sur l'investissement sont prises » et lorsque « des audits permettant d'optimiser les risques » sont entrepris pour les investissements existants.⁸³ Ceci dit, beaucoup d'entreprises n'auraient même pas besoin de recourir à une telle pratique. Elles pourraient simplement demander à l'un de leurs actionnaires d'intenter un procès. Avec plusieurs milliards de dollars de titres européens détenus aux États-Unis, il est difficile de trouver une entreprise « européenne » qui ne serait pas en mesure de déclencher une poursuite judiciaire via l'un de ses investisseurs étrangers.

Avec une valeur de 3,5 milliers de milliards de dollars de titres européens détenus aux États-Unis (actions, obligations et dette publique confondues), il est difficile de trouver une firme « européenne » qui n'a pas un investisseur « américain » à sa disposition pour intenter un procès.

Professeur Harm Schepel, Kent Law School⁸⁴

Danger #2 : la proposition de l'UE rendrait possibles des poursuites judiciaires contre des mesures d'intérêt public

La proposition de l'UE inclut les mêmes droits « essentiels » et extensifs pour les investisseurs que les traités existants, lesquels ont été la base légale d'attaques d'investisseurs contre des politiques gouvernementales absolument légitimes et non-discriminatoires dont les buts étaient de protéger la santé, l'environnement, la stabilité économique et d'autres intérêts publics (voir l'annexe page 42). Par exemple :

- L'UE recommande la protection des investisseurs contre les expropriations directes et indirectes (section 2, article 5). D'un point de vue favorable aux investisseurs, presque n'importe quelle loi ou réglementation peut être considérée comme une « expropriation » indirecte si elle a pour conséquence la réduction des bénéfices. Lors d'un procès dans le cadre de l'accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), par exemple, les arbitres ont décrété que le Mexique avait exproprié l'investisseur américain Metalclad et ont condamné le pays à payer 16,2 millions de dollars en dédommagement, car le refus d'accorder un

permis pour l'établissement d'un centre de gestion de déchets toxiques et une loi convertissant la zone du site en une réserve naturelle portait significativement atteinte aux biens de l'entreprise. Les arbitres expliquèrent clairement que les répercussions de ces décisions étaient suffisantes pour constituer une expropriation, tout en ajoutant que les objectifs des autorités mexicaines n'avaient pas d'importance.⁸⁷ Ce sens large de « l'expropriation indirecte » s'oppose au fait que dans la plupart des juridictions du monde, seules les expropriations directes, tel qu'un gouvernement s'emparant d'une terre ou d'une usine, peuvent donner le droit à un dédommagement.

- L'UE recommande de traiter les investisseurs de manière juste et équitable (section 2, article 3). Cette clause fourre-tout s'est révélée la plus dangereuse pour les contribuables et les législateurs, car les arbitres l'interprètent de telle manière qu'il est quasiment impossible pour les États de la satisfaire : elle les oblige de facto à payer des dédommagements pour le moindre changement de loi. Par exemple, dans un autre cas contre le Mexique basé sur l'ALÉNA, une agence environnementale avait refusé de renouveler un permis pour une décharge de déchets dangereux. Les arbitres ont estimé que le Mexique avait enfreint la norme du traitement juste et équitable car d'autres autorités que celles concernées n'avaient pas toujours agi de manière « totalement transparente et exempte de toute ambiguïté » et avaient ainsi porté atteinte « aux attentes fondamentales qui avaient été prises en compte par l'investisseur étranger pour effectuer son investissement ».⁸⁸

Selon moi, du point de vue d'un avocat cupide et avare, il s'agit là d'une très bonne obligation avec laquelle travailler.

Jonathan Kallmer du cabinet juridique Crowell Moring à propos de la formulation du traitement juste et équitable de l'UE⁸⁹

En comparaison avec de nombreux traités d'investissement en vigueur, lesquels ont déjà donné lieu à des centaines de poursuites investisseur-État à travers le monde, la proposition de l'UE en matière de protection de l'investissement pour les négociations en cours et à venir permettrait d'étendre les droits des investisseurs étrangers, augmentant ainsi les risques de poursuites judiciaires coûteuses à l'encontre de politiques souhaitables. Par exemple :

- Par le passé, des tribunaux d'arbitrage ont interprété le traitement juste et équitable de telle manière que les gouvernements eurent à « compenser » des investisseurs pour des changements de politiques qui ne correspondaient pas à leurs « attentes ». En inscrivant explicitement la protection des **attentes légitimes** des investisseurs dans la clause (section 2, article 3.4), l'UE risque de systématiser une interprétation extrêmement large de cette norme, et créer un « droit » à un environnement réglementaire stable. Ceci fournirait aux investisseurs une arme redoutable pour lutter contre les changements réglementaires, même si ces derniers sont le résultat de nouvelles découvertes scientifiques ou d'un choix démocratique. La protection explicite des attentes légitimes des investisseurs ne fait généralement pas partie des traités actuellement en vigueur.
- L'UE recommande également un modèle de la dangereuse clause-parapluie (section 2, article 7). Celle-ci rendrait le traité et ses règles de protection des investisseurs applicables à tous les contrats privés signés entre un investisseur et un État ou l'une de ses entités, alors que ceux-ci relèvent la plupart du temps du droit commercial domestique. Cela multiplierait les risques de poursuites judiciaires coûteuses. Imaginez, par exemple, un contrat entre une ville et un investisseur étranger exploitant le réseau de distribution de l'eau. Si cet investisseur estime que la municipalité a enfreint l'un des droits qui lui ont été conférés dans le contrat, la clause-parapluie l'habilitera à poursuivre l'État devant un tribunal international d'arbitrage, même si le contrat stipule que tous les problèmes entre l'investisseur et la ville devraient être résolus entre eux devant des tribunaux nationaux. La clause-parapluie n'est pas dans l'accord CETA, vraisemblablement parce qu'elle a été rejetée par le Canada, dont les autres traités d'investissement ne contiennent pas ce type de dispositions.

Cela ne change rien car les critères selon lesquels sont rendus les jugements restent identiques.

Nigel Blackaby, avocat d'arbitrage du cabinet Freshfields à propos de la proposition d'ICS de l'UE⁹⁰

Même si les partisans du système de protection de l'investissement prétendent généralement que celui-ci protège uniquement des discriminations, la liste des droits ci-dessus montre bien que les propositions de l'UE vont beaucoup plus loin que cela. Avec des droits exceptionnels ainsi accordés aux entreprises, la plupart des contestations odieuses d'investisseurs contre des mesures destinées à protéger les populations et la planète pourraient toujours avoir lieu (voir, par exemple, encadré 5, page 25). Pour avoir voté en faveur de mesures telles que l'interdiction de produits chimiques dangereux, l'amélioration des conditions de travail ou encore des mesures pour limiter la pollution, les citoyens pourraient se retrouver contraints de payer des millions de dédommagement aux investisseurs. Et la liste des éventuelles risques judiciaires est longue.

Il me semble qu'on a donné aux investisseurs étrangers la possibilité de contester rien de moins que n'importe quelle ligne de conduite gouvernementale qui ne leur plairait pas.

Simon Lester, du think tank de la droite américaine Cato Institute⁹³

Des investisseurs pourraient même poursuivre les États pour des actions pourtant conformes à leurs constitutions et leurs lois, à l'instar du géant du tabac Philip Morris qui poursuit son action en justice contre l'Uruguay bien que la politique de lutte contre le tabagisme ait été considérée comme légale et légitime par la plus haute cour du pays.⁹¹ Ceci est possible, car, comme l'explique l'association de juristes de l'environnement ClientEarth, les droits des investisseurs étrangers comme ceux que prévoit l'UE « sont clairement créés pour procurer [...] aux investisseurs étrangers davantage de droits individuels et de recours supplémentaires contre l'État, quelle que soit la légalité de la mesure en question au regard de la législation nationale. »⁹² En d'autres termes : les droits des investisseurs sont un moyen détourné pour permettre aux multinationales qui se sentent lésées de s'affranchir des tribunaux nationaux afin de chercher des résultats plus avantageux auprès de pseudo-tribunaux parallèles, privés et enclins à leur donner raison.

ENCADRÉ 5

Étude du cas Keystone XL : Avec l'ICS, un grand groupe pétrolier pourrait-il poursuivre un État membre de l'UE en justice pour le rejet d'un projet d'oléoduc ?

Certains responsables politiques de l'UE et des pays membres ont affirmé que des attaques d'investisseurs contre des décisions en matière de protection de la santé publique ou de l'environnement ne seraient plus possibles avec le régime de droits des investisseurs « réformé » de l'UE, le dénommé « Investment Court System » ou ICS.⁹⁴ Examinons un cas de ce type de poursuites : le procès annoncé par TransCanada en vertu de l'ALÉNA contre le refus du Président Obama d'accorder un permis pour le projet d'oléoduc Keystone XL (voir encadré 1, page 12)⁹⁵, et évaluons si le promoteur de l'oléoduc pourrait tenter une action similaire en vertu de la dernière proposition de la Commission d'ISDS re-labellisé.⁹⁶

TransCanada soutient que les États-Unis ont violé la clause du **traitement juste et équitable** de l'ALÉNA « en retardant le processus de traitement de la demande pendant une période extraordinairement longue » (en utilisant des excuses « abusives et artificielles ») et « en appliquant de nouveaux critères arbitraires pour décider de rejeter la demande ».⁹⁸ Selon l'entreprise, le rejet n'est « pas basé sur le bien-fondé de la demande de Keystone », mais fait

Si nous voulons empêcher que de grandes parties de la Terre deviennent de notre vivant non seulement inhospitalières mais également inhabitables, nous devons laisser une partie des combustibles dans le sol plutôt que de les brûler et de polluer davantage l'atmosphère.

Barak Obama, Président des États-Unis sur son « non » à l'oléoduc Keystone XL⁹⁷

suite à des « considérations politiques »⁹⁹. Alors que « le Département d'État, lui-même, a conclu à de multiples occasions que l'oléoduc ne représenterait pas de risques significatifs et insurmontables en matière de sécurité, de santé publique et d'environnement », la décision prise par le gouvernement américain consiste à calmer ceux qui ont l'« impression erronée » selon laquelle l'oléoduc serait néfaste pour l'environnement, et ce afin de « prouver le leadership des États-Unis en matière de changement climatique ».¹⁰⁰ Ne sommes-nous pas en présence d'un argumentaire avec lequel un grand groupe pétrolier pourrait obtenir ce qu'il voudrait dans le cadre d'un traité d'investissement européen qui assurerait un « traitement juste et équitable », y compris contre des mesures dont « le caractère arbitraire est évident » et qui constituent « un manquement fondamental au déroulement équitable [...] de la procédure administrative » (section 2, article 3.2 de la proposition de l'UE) ?

TransCanada soutient également que le projet Keystone XL a fait l'objet de « **discriminations injustifiables** » de la part des États-Unis car ces derniers « ont précédemment approuvé des projets de pipelines

d'autres investisseurs, y compris des États-Unis ou du Mexique, en se basant sur des critères qui, s'ils étaient transposés à la demande pour Keystone XL, se seraient traduits par une approbation de la demande. » De plus, le promoteur de pipelines fait valoir que « les temps de traitement de ces demandes par les États-Unis avaient été beaucoup moins longs ».¹⁰¹ Ces deux arguments pourraient être invoqués dans le cadre de la proposition de l'UE qui garantit « aux investisseurs de l'autre partie [...] un traitement non moins favorable que celui qui est accordé, dans des situations semblables, à ses propres investisseurs » (**traitement national**, section 1, article 2-3) et aux investisseurs d'une partie tierce (**le traitement de la nation la plus favorisée**, section, article 2-4).

Selon TransCanada, l'examen et le refus de l'oléoduc par le gouvernement des États-Unis constituent une « **expropriation** », car « en retardant continuellement sa prise de décision pendant sept ans, en toute connaissance des milliards de dollars qui continuaient d'être investis par TransCanada pour l'oléoduc, le Département d'État [...] a substantiellement privé » l'entreprise de la valeur de ces investissements et de leurs potentiels.¹⁰² Le même argument pourrait être présenté dans le cadre d'un futur traité européen entraînant des dédommagements pour « des mesures ayant un effet équivalent à [...] une expropriation », y compris si elles sont « à des fins publiques » (section 2, article 5.1).

Néanmoins, dans l'**annexe I** du projet d'ICS de l'UE, il est précisé que « des mesures non-discriminatoires [...] conçues et appliquées pour assurer la protection d'objectifs légitimes de politique publique, telle que la protection de la santé publique, de la sûreté, de l'environnement, des principes éthiques de la société [...] **ne constituent pas des expropriations indirectes.** » Cela rendrait-il l'argument de l'expropriation de TransCanada irrecevable ?

Pas forcément. Premièrement, selon l'entreprise, le traitement de sa demande a été discriminatoire (voir ci-dessus). Deuxièmement, elle met en doute que la décision du gouvernement des États-Unis ait été motivée par des objectifs légitimes de politique publique, car celle-ci « était tout à fait contraire aux conclusions des études de l'administration elle-même », selon lesquelles « l'oléoduc n'aurait pas un impact significatif sur le changement climatique »¹⁰³ Et si un tribunal, au sujet d'une affaire semblable contre un pays membre de l'UE, en convenait ?

L'UE veut également protéger les « **attentes légitimes** » d'un investisseur. Une fois encore, l'argumentaire de TransCanada va dans le même sens, en soutenant que son « attente raisonnable » que les États-Unis traiteraient sa demande « de manière équitable et cohérente au vu des dossiers antérieurs » n'a « pas été remplie ».¹⁰⁴ La société donne trois raisons qui justifient qu'elle « avait toutes les raisons de croire que sa demande serait approuvée [...] dans un délai raisonnable » : premièrement, elle remplissait les mêmes critères ayant conduit à l'autorisation de précédents pipelines ; deuxièmement, le gouvernement des États-Unis conclut à plusieurs reprises que le Keystone XL n'aurait pas un impact significatif sur le changement climatique ; troisièmement, les règles administratives

En ce qui concerne la plainte de TransCanada, il ne s'agit pas de soldats américains qui seraient intervenus avec des armes le long d'un oléoduc pour se l'accaparer ; il s'agit d'un choix politique raisonnable pour protéger le climat de la planète. Du point de vue d'une entreprise privée, cependant, faire un choix qui leur déplaît constitue un vol.

Jim Shultz, The Democracy Center¹⁰⁶

appropriées suggèrent une approbation à moins qu'il y ait des risques pour l'environnement, la santé et la sécurité ; quatrième, l'entreprise a réalisé un travail intense avec l'administration pour répondre aux différentes préoccupations ; et cinquièmement, des pipelines similaires ont été approuvés par le passé dans un délai d'environ deux ans.¹⁰⁵ Certains de ces points ne laissent-ils pas penser qu'un investisseur pourrait les considérer comme « des actions spécifiques » d'un État, lesquels auraient « créé une attente légitime [...] sur laquelle se serait basé un investisseur pour décider de faire ou maintenir » un investissement, lequel aurait été « ultérieurement frustré », comme on peut lire dans la proposition de l'UE (section 2, article 3.4) ?

Mais qu'en est-il de la **formulation du droit à réglementer** comme proposée par l'UE ? Celle-ci spécifie que les droits des investisseurs « ne devraient pas nuire au droit des parties signataires à réglementer sur leurs territoires à travers des mesures *nécessaires* pour atteindre des objectifs légitimes de politique publique » (section 2, article 2.1). Ceci n'empêcherait-il pas un procès de la part d'un investisseur tel que celui de Keystone XL ?

Pas vraiment. Si le gouvernement des États-Unis peut avoir considéré le rejet de Keystone XL comme nécessaire pour prouver son leadership en matière de changement climatique, TransCanada met en cause cette nécessité, revendiquant que cette décision « était tout à fait contraire aux conclusions des études de l'administration elle-même », selon lesquelles l'oléoduc n'aurait pas un impact significatif sur le changement climatique.¹⁰⁷ Et si un tribunal, à propos d'une affaire semblable contre un pays membre de l'UE, en convenait ?

TransCanada réclame « plus de 15 milliards de dollars en **dommages et intérêts** aux États-Unis pour leur manquement aux obligations de l'ALÉNA ». ¹⁰⁸ La grande majorité est basée sur **la perte de bénéfices futurs** que l'entreprise aurait pu hypothétiquement gagner, car jusqu'alors, elle n'avait investi que 2,4 milliards.¹⁰⁹ Des réclamations pour la perte de bénéfices anticipés seraient également possibles en vertu de la proposition de l'UE.¹¹⁰ Les demandes de dommages et intérêts pourraient ainsi se chiffrer en milliards.

Enfin, l'arbitrage de TransCanada en vertu de l'ALÉNA se déroule en parallèle d'une contestation auprès d'un tribunal fédéral au Texas à propos de la constitutionnalité du rejet de Keystone XL.¹¹¹ Même s'il semble que l'UE essaie d'empêcher de telles **poursuites parallèles** par lesquelles un investisseur contesterait la constitutionnalité d'une décision et demanderait son annulation auprès des tribunaux d'un pays membre de l'UE, en même temps qu'il réclamerait un dédommagement auprès d'un tribunal international d'arbitrage sur les questions d'investissement (section 2, sous-section 5, article 14), des analyses ont indiqué que cette tentative de l'UE ne fonctionnerait pas en pratique.¹¹² Ainsi, une situation similaire au cas de TransCanada avec des poursuites parallèles pourrait être possible.

De plus, l'arbitrage de TransCanada se déroule sans que la société n'ait été tenue d'aller en premier lieu devant les tribunaux nationaux. La proposition de la Commission, elle non plus, ne requiert pas **l'épuisement des recours internes**, qui par ailleurs constitue l'une des règles de base du droit international.

Nous ne pouvons pas savoir comment une éventuelle future affaire de type TransCanada contre l'UE ou un membre de l'UE serait tranchée (d'ailleurs, l'entreprise n'aurait besoin de gagner que sur un seul de ses arguments pour que le tribunal condamne les États-Unis à verser des dédommagements). Il semble pourtant évident que les droits des investisseurs, tels que proposés par la Commission européenne, n'empêcheraient pas une telle plainte.

Ceci vaut également pour d'autres cas extrêmes de poursuites investisseur-État, tels que la contestation par Vattenfall de restrictions environnementales pour une centrale électrique alimentée au charbon, le procès de Philip Morris contre des mesures anti-tabac en Uruguay, la poursuite de Lone Pine contre le moratoire sur la fracturation hydraulique au Québec et celle que Bilcon a récemment gagnée contre le Canada pour le refus d'un permis d'exploitation d'une carrière (voir encadré 1, page 12).¹¹⁴ Tous les fondements invoqués par ces entreprises sont présents dans la proposition de l'UE.

Nous avons un bon système juridique dans ce pays et ceux à qui une décision du gouvernement des États-Unis déplaît devraient aller devant un tribunal.

Sander Levin, membre démocrate de la Chambre des Représentants des États-Unis¹¹³

Danger #3 : la proposition de l'UE ouvre la voie à l'accaparement de milliards de l'argent public par les multinationales

Une fois qu'il est établi par un tribunal d'arbitrage qu'un État a violé les « super » droits des investisseurs, et enfreindre un seul de ces droits suffit pour cette décision, d'énormes sommes d'argent pourraient être attribuées aux investisseurs pour les indemniser, en vertu de la proposition de l'UE.¹¹⁵ Étant donné qu'aucune mention dans le texte ne pose une quelconque limite aux réclamations des entreprises privées, les poursuites accompagnées de demandes de plusieurs millions et milliards qui sont déjà en cours à travers le monde sont appelées à se répéter. Elles peuvent semer le chaos dans les budgets publics, puis être appliquées par la saisie des propriétés des États dans de nombreux pays à travers le monde.

L'une des sanctions arbitrales les plus élevées connues à ce jour se chiffre à 1,06 milliards de dollars, plus les intérêts, contre l'Équateur.¹¹⁶ Cela représente 1 % de la totalité du PIB du pays. En 2003, la République Tchèque a dû payer 354 millions de dollars à un groupe médiatique, ce qui représentait l'équivalent des dépenses annuelles de santé du pays à cette période.¹¹⁷ Sans parler de l'indemnisation connue la plus élevée à ce jour, 50 milliards de dollars, prononcés contre la Russie pour les actionnaires majoritaires de l'ancienne compagnie pétrolière et gazière Yukos. Jusqu'à présent, une part écrasante de

cet argent public est allée à des multinationales et des individus déjà extrêmement riches (voir encadré 2, page 14).

Les tribunaux d'arbitrage décident régulièrement de sommes en dédommagement de futurs bénéficiaires escomptés, comme dans un cas contre la Libye, laquelle a été condamnée à payer 900 millions de dollars pour des « pertes de profits », du fait de la « perte d'opportunités réelles et certaines » d'un projet touristique, bien que l'investisseur n'eût investi que 5 millions de dollars et que la construction n'eût jamais commencé.¹¹⁸

Même quand les arbitres constatent une violation par l'État, l'État reste souverain et n'a pas à changer la loi ou la réglementation. Même s'il doit parfois payer des indemnités, bien sûr.

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

Rien dans la proposition de l'UE n'empêcherait ces dépenses potentiellement colossales. Rien ne dissuaderait ces tribunaux d'arbitrage d'ordonner des indemnités à cause de nouvelles lois ou réglementations d'intérêt public. Bien au contraire : si le texte de l'UE sur le droit à réglementer indique que les pays ne pourraient pas être condamnés à indemniser des investisseurs pour la suppression de

subventions (section 2, article 2.4), il n'exclut pas de telles condamnations pour « des mesures nécessaires afin d'atteindre des objectifs légitimes de politique publique » ou pour « des changements dans le cadre légal et réglementaire » (section 2, articles 2.1 et 2.2).¹¹⁹

Autrement dit, l'UE, ses États membres et ses partenaires commerciaux seront libres de réglementer comme bon leur semble, mais une fois en chemin n'importe quelle loi ou réglementation pourrait potentiellement coûter des milliards aux contribuables. Ceci met un « prix très élevé » sur les décisions politiques, pour reprendre les mots du spécialiste en droit de l'investissement, Gus van Harten, et cela rend un changement de direction potentiellement très coûteux pour les politiciens si les choses vont mal ou si les électeurs veulent du changement.¹²¹

Dans une démocratie parlementaire, les électeurs ne devraient-ils pas être capables de changer de gouvernement et le gouvernement de changer de politiques, sans devoir faire face à des obligations incroyablement coûteuses qui ont été verrouillées par un précédent gouvernement ?

Professeur Gus Van Harter, Osgoode Hall Law School¹²²

Danger #4 : la proposition de l'UE pourrait entraver l'élaboration de politiques souhaitables

En vertu de la dernière proposition de l'UE, les tribunaux d'arbitrage ne pourront pas ordonner aux gouvernements de modifier l'orientation d'une loi ou de la réécrire (section 3, article 28.1). Mais il n'est pas difficile de comprendre comment, en habilitant les multinationales à réclamer des sommes colossales en dédommagement de décisions politiques, les droits des investisseurs pourraient achever les politiciens réticents de renoncer à légiférer pour la protection de la santé publique, du bien-être social, de la vie privée et de l'environnement si les grandes entreprises s'y opposent.

S'il devient coûteux d'être poursuivi, n'importe quel gouvernement tentera de réduire les risques juridiques. Un avocat et arbitre spécialisé en investissement explique : « Aucun État ne souhaite être impliqué dans une procédure internationale en vertu d'un traité. Cela a un impact sur les relations diplomatiques, cela peut en avoir un sur la côte

de solvabilité d'un État et cela peut directement dissuader de futurs investissements étrangers. En tant que professionnel, je peux vous dire qu'il existe désormais des États qui demandent conseil auprès de cabinets avant de promulguer certaines lois pour savoir si elles représentent ou non un risque de poursuite investisseur-État. »¹²³ Et s'il y a un risque, ces États pourraient bien y penser à deux fois.

On imagine facilement que dans certains cas, la seule menace d'une grosse indemnité due à des investisseurs étrangers est susceptible d'entraîner le pays hôte à reconsidérer les actions qu'il avait prévues

Avocats du cabinet juridique Linklaters¹²⁴

En effet, il existe déjà des preuves que des lois proposées et adoptées en matière de protection de la santé et de l'environnement ont été abandonnées, retardées, sinon adaptées aux souhaits des grandes entreprises à cause de poursuites onéreuses ou de la menace d'un litige. Les exemples d'un tel gel réglementaire comprennent l'affaiblissement de contrôles environnementaux pour une centrale électrique alimentée au charbon lorsque l'Allemagne régla à l'amiable un litige avec la compagnie énergétique suédoise Vattenfall (voir encadré 1, page 12) et le retardement de l'exécution de lois contre le tabagisme au Canada et en Nouvelle-Zélande, suite à des menaces de poursuites et des plaintes effectives de la part de l'industrie du tabac.¹²⁵

Pour décider s'ils souhaitent entamer une poursuite [...] les investisseurs devraient tenir compte du fait qu'en général environ 30 à 40 % des différends en matière d'investissement se règlent avant qu'une sentence arbitrale soit rendue. Entamer une poursuite peut créer un levier permettant à l'investisseur de parvenir à un résultat satisfaisant.

Cabinet juridique Dentons, « Conseils pratiques » pour les investisseurs étrangers¹²⁶

Il est communément admis que les menaces de poursuites onéreuses à l'encontre de gouvernements sont de plus en plus importantes et se produisent plus fréquemment que les plaintes effectives. A huis

clos, les multinationales admettent ouvertement que, pour elles « l'ISDS est important dans la mesure où il agit comme une dissuasion » à l'encontre de décisions qui leur déplaisent, comme les lobbyistes du géant pétrolier américain Chevron l'ont formulé lors d'une réunion avec les négociateurs européens au printemps 2014.¹²⁷ Des cabinets juridiques spécialisés dans l'arbitrage, de l'autre côté, encouragent constamment leur clientèle constituée de multinationales à utiliser l'arme de l'ISDS pour effrayer et soumettre les gouvernements.

Des universitaires tels que David Schneiderman de l'Université de Toronto au Canada ont par conséquent décrit à juste titre le caractère anti-démocratique des traités d'investissement internationaux comme : « l'émergence d'une forme de supra-constitution [...] conçue pour ôter la politique économique des mains des instances politiques élues ». ¹²⁹ D'autres ont qualifié le régime d'investissement international de « programme d'assurance démesuré des investisseurs étrangers contre les risques générés par la démocratie ou les décisions politiques et judiciaires dans divers pays du monde. »¹³⁰

Ces protections peuvent être utilisées comme une base solide pour empêcher des comportements étatiques abusifs. Elles peuvent ainsi être un instrument très important pour les investisseurs étrangers et les associations industrielles dans leur défense contre des changements législatifs.

Cabinet juridique Steptoe & Johnson à propos de la protection des investisseurs étrangers¹²⁸

Danger #5 : la proposition de l'UE permettrait aux investisseurs d'attaquer les décisions des tribunaux par des moyens détournés

La proposition de l'UE permettrait aux entreprises étrangères de contester tout ce que les nations souveraines peuvent faire : des lois adoptées par les parlements, des actions gouvernementales et des décisions de justice qui portent prétendument préjudice à leurs investissements, du niveau local au niveau fédéral ou national et même au niveau européen.¹³¹

Des décisions de justice sont d'ores et déjà reconsidérées par des tribunaux d'arbitrage : le géant du pétrole américain Chevron a actuellement recours

à une poursuite investisseur-État pour éviter de payer 9,5 milliards de dollars à des populations autochtones, des milliards qui devraient, sur ordonnance de tribunaux équatoriens, servir à décontaminer des zones polluées par d'immenses forages pétroliers dans la forêt amazonienne. Jusqu'à présent, le tribunal de trois individus auditionnant le cas a donné raison à Chevron, sommant l'Équateur de bloquer l'exécution de la peine. Dans la mesure où un tel acte violerait le principe de séparation des pouvoirs comme inscrit dans la Constitution de l'Équateur, le gouvernement n'a pas suivi l'ordre du tribunal d'arbitrage. Chevron prétend maintenant que cette décision viole son droit à un traitement juste et équitable en vertu du traité d'investissement entre les États-Unis et l'Équateur et il demande un dédommagement. Par cet odieux détournement de l'arbitrage en investissement dans le but d'échapper à la justice, les Équatoriens pourraient bien avoir à payer pour l'empoisonnement de leur écosystème, eux plutôt que le pollueur responsable.¹³²

Dans un autre cas de poursuite investisseur-État, la firme pharmaceutique Eli Lilly conteste les décisions prises par la Cour fédérale du Canada d'invalider les brevets de deux médicaments (le Strattera pour traiter les troubles du déficit de l'attention avec hyperactivité et le Zyprexa pour traiter la schizophrénie). Les tribunaux canadiens ont pris cette décision après avoir constaté que les preuves présentées par Eli Lilly étaient insuffisantes pour déterminer que les médicaments procureraient les bienfaits promis à long-terme. Le Strattera, par exemple, avait seulement été testé durant une courte période de 3 semaines et sur 21 patients. Eli Lilly demande 500 millions de dollars canadiens en dédommagement.¹³⁴

Quand je me réveille la nuit et que je pense à l'arbitrage, cela ne cesse de me stupéfier que des États souverains aient accepté de mettre en place ces tribunaux d'arbitrage [...]. Trois individus privés se voient conférer le pouvoir de réviser, sans la moindre restriction ou procédure d'appel, toutes les actions d'un gouvernement, toutes les décisions des tribunaux, toutes les lois et les réglementations émanant du parlement [...]. Les politiciens n'ont jamais procuré une telle compétence à un tribunal national, et aucun État n'a jamais procuré à un tribunal international un tel pouvoir. >>

Juan Fernández-Armesto, arbitre espagnol¹³³

En somme, la proposition de l'UE établirait un pseudo-tribunal suprême, qui surpasserait tous les tribunaux des pays membres de l'UE, mais également la Cour européenne de justice. Ce pseudo-tribunal ne serait accessible qu'aux seuls investisseurs étrangers et son unique mission serait de protéger les investissements et les perspectives de profits.

La mise à l'écart des tribunaux nationaux a également soulevé des préoccupations chez les juges. En février 2016, la plus grosse association de juges et de procureurs d'Allemagne a rejeté sans appel la proposition de l'UE, affirmant que le système judiciaire relatif à l'investissement tel qu'il est proposé déposséderait les tribunaux des pays membres de l'UE et la Cour européenne de justice de leur capacité fondamentale à préserver les lois de l'UE. Les juges ont également démenti que la Commission européenne disposerait d'une quelconque compétence juridique sur laquelle pourraient s'appuyer des modifications si profondes au système juridique actuel.¹³⁵

Danger #6 : le dispositif de résolution des litiges proposé par l'UE est biaisé en faveur des investisseurs et des intérêts commerciaux

Le dispositif de règlement des litiges envisagé par l'UE n'est pas judiciairement indépendant, mais par sa structure il comporte un parti pris en faveur des investisseurs. Les litiges seraient tranchés par un tribunal constitué de trois arbitres (désormais rebaptisé « juges » par l'UE) ayant des intérêts particuliers et lucratifs. Contrairement à des juges, ils n'auraient pas de salaire fixe, mais seraient payés au cas par cas, d'un montant généreux de 3 000 dollars par jour, en plus d'honoraires mensuels de 2 000 euros.¹³⁶ Ainsi, ils gagneront plus si davantage de poursuites sont intentées par des investisseurs étrangers.

Bien sûr, il ne s'agit pas ici de créer un tribunal d'investissement permanent avec des juges permanents qui ne seraient pas enclins à considérer de futures opportunités commerciales.

Cecilia Malmström, Commissaire européenne au Commerce¹³⁷

Dans un système unilatéral, le fait que seuls les investisseurs puissent intenter des poursuites crée une forte incitation structurelle à ce que leur cause soit davantage défendue, car aussi longtemps que

le système rétribue les investisseurs, davantage de poursuites, et donc d'argent, échoiront aux arbitres. Une étude empirique de 140 litiges associés à des traités d'investissement antérieurs à mai 2010 révèle que les arbitres ont effectivement étendu de manière considérable les droits des investisseurs étrangers via des interprétations extensives de la loi.¹³⁸

Cette partialité demeurera même si l'UE et ses partenaires commerciaux introduisent in fine un salaire régulier pour les arbitres. Même sans motivation financière, les arbitres resteront fortement incités à favoriser ceux qui entament les poursuites, car dans un système unilatéral, des jugements cléments pour la partie qui dispose de ce droit exclusif garantissent aux arbitres un flux constant d'affaires, du pouvoir et de l'autorité. Le problème réside donc dans le caractère unilatéral des droits des investisseurs : d'un côté, généralement de grandes entreprises ou de riches individus obtiennent des droits extraordinairement puissants et exécutoires, alors que de l'autre côté, les citoyens d'un pays ne reçoivent que des devoirs. Dans le projet de l'UE, ces derniers n'auraient même pas le droit à un statut juridique leur permettant de participer sur un pied d'égalité aux procès si ceux-ci les concernent directement, lorsque des populations locales vivent sur des terres réclamées par un investisseur, par exemple.¹³⁹

Les chapitres sur l'ISDS sont disproportionnés dans le sens où ils fournissent des protections aux investisseurs mais pas aux États ou à la population. Ils habilite les investisseurs à poursuivre des États, mais pas l'inverse

Lettre ouverte signée par dix experts indépendants et Rapporteurs spéciaux de l'ONU¹⁴⁰

Il y a d'autres défauts qui favorisent la partialité du projet de l'UE. Par exemple, il n'y pas de période d'attente et de réflexion obligatoire pour les 15 arbitres préalablement sélectionnés qui statueraient sur les futurs litiges investisseur-État. Ils pourraient devenir conseils directement après avoir été juges, puis redevenir conseils. Autrement dit, ces mêmes juristes privés qui ont alimenté l'essor de l'arbitrage d'investissement jusqu'à présent et cultivé leurs propres affaires en encourageant les investisseurs à poursuivre et en interprétant la loi en matière d'investissement de manière extensive pour susciter davantage de poursuites¹⁴¹ pourraient devenir les nouveaux « super-arbitres » de l'UE, statuant potentiellement sur des litiges en se préoccupant des

intérêts de précédents clients et des perspectives d'avenir de l'arbitrage. Après leurs mandats en tant que super-arbitres, ils pourraient directement retourner dans le privé et exploiter leurs décisions juridiques passées pour leur profit propre ainsi que pour celui de leurs futurs employeurs.

De plus, pendant leur période sur la liste des présélectionnés par l'UE, ces super-arbitres seraient toujours en mesure de toucher de copieux honoraires en tant qu'arbitres pour d'autres affaires et de travailler pour des cabinets juridiques privés (bien qu'il leur soit interdit d'agir à titre de conseiller pour d'autres différends en matière de protection de l'investissement).¹⁴² Ces nombreuses fonctions ouvrent la boîte de Pandore à quantité de conflits d'intérêts qui pourraient mettre en cause leur indépendance. Enfin, les critères de sélection indiquent également que les arbitres présélectionnés viendraient du milieu restreint des avocats spécialisés en investissements, excluant une expertise dans

d'autres domaines moins dominés par les intérêts commerciaux, mais pertinents pour ces décisions, en matière de droit administratif, de droit du travail ou de droit de l'environnement, par exemple.¹⁴³

Ni la procédure proposée pour la nomination des juges de l'ICS, ni leur fonction ne répondent aux exigences internationales en matière d'indépendance des tribunaux

Deutscher Richterbund, la première association de juges et de procureurs d'Allemagne¹⁴⁴

Re-labelliser l'ISDS en « système judiciaire » (« *court system* » en anglais) et les nouveaux arbitres en « juges » comme le fait la Commission est gravement fallacieux. Il ne pourra pas s'agir d'un tribunal digne d'un « système judiciaire » tant que les investisseurs étrangers seront

ENCADRÉ 6 :

Il existe des alternatives à l'ISDS

Il existe un certain nombre d'alternatives pour les gouvernements à ces droits des sociétés excessifs : en premier lieu ne pas les accorder en constitue une. Ni l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie (en vigueur depuis 2005), ni celui entre le Japon et l'Australie (en vigueur depuis 2015), ne permettent des arbitrages investisseur-État. En cas de problème, les investisseurs étrangers doivent passer par les tribunaux nationaux, comme tout le monde.

Les pays ayant des accords d'investissement qui se sont révélés dangereux peuvent suivre l'exemple de l'Afrique du Sud, l'Indonésie, la Bolivie, l'Équateur ou du Venezuela et y mettre fin. Ceci est également envisageable pour les nombreux accords d'investissements bilatéraux que les pays membres de l'UE ont signé entre eux (désignés ABI intra-UE). Ils sont à l'origine d'un nombre croissant de poursuites contre lesquels les pays membres de l'UE se battent : 99 au total, soit environ 16 % de l'ensemble mondial des litiges connus fin 2014.¹⁴⁵ La révocation des traités est également une possibilité pour les traités bilatéraux d'investissement en vigueur entre les pays membres de l'UE d'Europe de l'Est et le Canada ou les États-Unis.

Les pays peuvent également suivre l'exemple de l'Afrique du Sud en mettant à jour leur législation nationale en matière d'investissement s'ils souhaitent clarifier ou modifier les protections accordées aux investisseurs étrangers (voir encadré 3, page 17).

Les investisseurs partant à l'étranger peuvent assurer leurs investissements contre les risques politiques en souscrivant à une assurance privée. Ils peuvent également signer un contrat d'investissement avec l'État hôte.

Enfin, le fait que les sociétés privées continuent de commettre de graves violations aux droits de l'homme souligne la nécessité de rompre avec un système qui a inscrit des droits et des privilèges toujours plus importants pour les entreprises internationales, sans aucun devoir en contrepartie. Des initiatives telles que l'Alliance pour un Traité visent à instaurer un instrument international contraignant pour intervenir via l'ONU contre les violations des droits de l'homme commises par les entreprises.¹⁴⁶ Malheureusement, l'UE et ses pays membres sapent directement le processus de négociation du traité de l'ONU, prenant la défense des intérêts des entreprises plutôt que celui des droits de l'homme.¹⁴⁷

les seuls habilités à intenter des poursuites et tant que ces tribunaux ne prendront pas en compte la protection de l'environnement, des droits de l'homme et n'importe quelle autre cause non commerciale qu'un juge doit normalement prendre en considération.

Danger #7 : le projet de l'UE risque d'installer l'ISDS dans la durée

Plusieurs pays à travers le monde se retirent actuellement de certains accords d'investissement, lesquels se sont révélés trop coûteux pour eux (voir page 14). Mais tandis que la plupart des traités en vigueur peuvent être abrogés n'importe quand,¹⁴⁸ il sera pratiquement impossible de mettre fin à ces droits supplémentaires pour les investisseurs étrangers une fois inscrits dans des accords commerciaux géants comme ceux envisagés par la Commission européenne.

Par exemple, il sera tout simplement impossible pour un pays membre de l'UE de se désengager des droits des investisseurs faisant partie d'un accord de plus large portée tel que le TAFTA/TTIP. Il devrait renoncer à l'ensemble de l'accord et serait forcé de quitter l'UE, car les accords internationaux conclus par l'UE deviennent partie intégrante de l'ordre juridique communautaire.¹⁴⁹ Autrement, l'UE dans son ensemble pourrait abroger l'accord dans sa totalité. L'un comme l'autre de ces scénarios sont tout à fait improbables.

La Commission européenne a également signalé son « objectif à moyen terme »¹⁵⁰ de développer une cour multilatérale sur l'investissement, et en parallèle de ses négociations bilatérales en cours, elle a plus particulièrement soulevé cette question avec quelques pays asiatiques. L'accord de libre-échange récemment conclu entre l'UE et le Vietnam inclut d'ores et déjà une section sur les « mécanismes multilatéraux de règlement des différends » précisant que le Vietnam et l'UE « devraient s'engager dans un processus de négociations en vue d'un accord international prévoyant un tribunal multilatéral d'investissement ».¹⁵¹ Même s'il n'y a pas encore de détails supplémentaires disponibles sur les modalités pratiques de ce tribunal, il est évident qu'une cour suprême mondiale au service exclusif des multinationales ne rendrait que plus concrets les droits accordés aux entreprises étrangères et auxquels les investisseurs nationaux n'auraient pas accès.

Créer des tribunaux spéciaux pour certains groupes de plaideur uniquement est une mauvaise direction à prendre.

Deutscher Richterbund, la première association de juges et de procureurs d'Allemagne¹⁵²

Donc, plutôt que d'en finir avec l'ISDS, comme nous le comprenons, le programme politique de l'UE en matière de protection de l'investissement risque d'enfermer les États membres de l'UE dans un régime légal qui éclipsera la démocratie et l'intérêt public aux profits des bénéficiaires privés.

Chapitre 4

TAFTA/TTIP, CETA, ISDS, ICS : plusieurs sigles pour le même programme en faveur des entreprises privées

Au cours des deux dernières années, une controverse sans précédent en Europe, à propos du mécanisme de règlement des différends investisseur-État, encore obscur il y a peu, a tenu les citoyens, les gouvernements, les parlementaires et les médias en alerte. Mais la bataille à propos d'un régime de droits exceptionnels accordés aux investisseurs ne fait que commencer.

En 2016, pour la première fois depuis deux ans, l'ISDS est de retour à l'ordre du jour des négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (en anglais TAFTA ou TTIP), après qu'une mobilisation citoyenne massive ait contraint les négociateurs à interrompre temporairement les discussions sur ce point. D'autres projets d'accords commerciaux incluent déjà ces vastes privilèges pour les investisseurs et attendent d'être ratifiés en 2016 et 2017 : l'accord de libre échange UE-Singapour (finalisé en 2014), l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AÉCG ou CETA en anglais, également finalisé en 2014) et l'accord de libre-échange entre l'UE et le Vietnam (finalisé en 2015). Tandis que le CETA et le l'accord UE-Vietnam se basent sur la « nouvelle » proposition relative à la protection de l'investissement de l'UE (trompeusement re-étiquetée « système judiciaire sur l'investissement », de l'anglais « *Investment Court System* » ou ICS), l'accord EU-Singapour suit l'« ancien » modèle de l'ISDS.

C'est une nouvelle façon dangereuse de procurer aux sociétés transnationales leurs propres tribunaux, auxquels les entreprises et les groupes locaux n'ont pas accès.

Maude Barlow, Présidente nationale du Conseil des canadiens à propos du chapitre du CETA sur l'investissement¹⁵⁵

S'ils sont ratifiés, ces accords seraient les premiers traités qui, d'un seul coup, habiliteront les firmes étrangères de *tous* les secteurs économiques à intenter des poursuites pour dédommagement contre l'UE et *tous* ses États membres auprès de tribunaux internationaux favorables aux milieux des affaires. Jusqu'ici, seule le Traité européen sur la charte de l'énergie (ou ECT pour « Energy Charter Treaty » en anglais), un traité multilatéral créé après la chute du Rideau de fer, permet de telles plaintes contre l'UE, mais il est limité au secteur de l'énergie. Les nombreux traités bilatéraux d'investissement

(TBI ou BITs pour « Bilateral Investment Treaties ») signés par les États membres de l'UE, d'autre part, ont une portée géographique bien moindre. Toutefois, ce réseau de traités est devenu de plus en plus controversé à mesure que le nombre des poursuites d'investisseurs contre des États membre de l'UE a explosé (voir encadré 2, page 14). Les États membres de l'UE ont payé au moins 3,5 milliards issus de l'argent public à cause de ces poursuites et 60% des poursuites entamées concernent des secteurs relatifs à l'environnement.¹⁵³

Comme on pouvait s'y attendre, l'ISDS est un sujet controversé pour tous les nouveaux accords commerciaux proposés par l'UE et un potentiel obstacle à leur ratification, en particulier dans le cas du CETA avec le Canada. L'accord de 1 600 pages¹⁵⁴ doit obtenir l'approbation des États membres de l'UE au Conseil et un vote positif au Parlement européen, puis vraisemblablement un autre aux parlements nationaux des 28 États membres de l'UE. À plusieurs titres, le CETA est considéré comme un modèle pour le projet d'accord encore plus controversé avec les États-Unis, le TAFTA/TTIP.

Un traité « cheval de Troie »

Des syndicats et des groupes d'intérêt public s'opposent au CETA en raison de préoccupations allant de la hausse des prix des médicaments à la menace des services publics, en passant par le manque de règles claires et applicables pour protéger les travailleurs.¹⁵⁶ Le chapitre sur la protection de l'investissement du CETA, en particulier, a soulevé de nombreuses inquiétudes des deux cotés de l'Atlantique. Il accorderait des droits vraisemblablement encore plus élevés que d'autres traités en vigueur tels que le l'accord de libre échange nord-américain (ALÉNA), en vertu duquel le Canada a déjà été poursuivi 39 fois, perdant ou acceptant un compromis dans plusieurs poursuites pour un total de 190 millions de dollars canadiens payés en

Image 3 : **CETA : un traité cheval de Troie**

Quelques unes des 41 811 entreprises américaines qui pourraient poursuivre l'UE via le CETA si elles structuraient leurs investissements en conséquence



dédommagements. Le CETA, par exemple, donnerait davantage de droits aux investisseurs étrangers pour contester des réglementations financières et il contient des dispositions qui pourraient être interprétées comme un « droit » à un environnement réglementaire stable, procurant aux investisseurs une arme puissante pour lutter contre les changements de normes et de standards.¹⁵⁷ Le CETA fait également figure de cheval de Troie pour les multinationales basées aux États-Unis qui pourraient lancer des poursuites contre des politiques européennes via leurs succursales canadiennes, si elles structurent leurs investissements en conséquence. Même si de tels droits pour les investisseurs n'étaient pas inclus dans le TAFTA/TTIP, 81 % des firmes américaines intervenant dans l'UE, c'est-à-dire 41 811 firmes sur 51 495, pourraient initier des attaques investisseur-État contre l'UE et ses États membres dans le seul cadre du CETA.¹⁵⁸

Si le CETA est signé et ratifié avec l'ISDS dans son ensemble, les démocraties canadienne et européenne en pâtiront tandis que les entreprises obtiendront de nouveaux outils pour faire échouer n'importe quelle politique visant à protéger l'environnement, la santé publique, les services publics, à conserver des ressources et, alors que c'est d'une importance cruciale, à rendre nos modèles socio-économiques plus durables et équitables.

Déclaration commune de plus de 100 groupes de la société civile au Canada et en Europe¹⁵⁹

Les députés européens sont-ils trompés par la vaste opération de « relooking » de l'ISDS ?

Plusieurs députés européens ont pourtant accueilli avec enthousiasme les droits étendus des investisseurs proposés dans le CETA. A la publication du texte final en février 2016, le plus grand groupe au Parlement (EPP) a fait l'éloge d'un chapitre sur l'investissement « moderne et ambitieux »¹⁶⁰, de même que les libéraux de l'ALDE.¹⁶¹ Le deuxième plus grand groupe du Parlement, les Socialistes et démocrates (S&D) ont vanté les droits des entreprises garantis par le CETA dans la mesure où ils suppriment l'ISDS et répondent « ainsi véritablement aux attentes de la société civile. »¹⁶², le rapporteur S&D pour l'accord, le député roumain Sorin Moisa était même au comble de sa joie lorsqu'il annonçait : « Avec un tribunal permanent composé de juges publics, la désignation aléatoire de ses membres pour chaque cas, un tribunal d'appel permanent, un code de conduite exécutoire par le président de la Cour de Justice internationale, un article sur la préservation du droit à réglementer, nous n'avons pas tourné autour du pot, et nous avons réalisé un changement de paradigme complet. »¹⁶³ Il promet même : « je consacrerai les prochains mois à plaider en faveur de l'adoption par le Parlement européen de cet AÉCG [CETA]. »¹⁶⁴ Des messages similaires ont été envoyés par les sociaux-démocrates au sein des pays membres de l'UE tels que l'Allemagne où les privilèges accordés aux investisseurs dans le CETA ont été salués comme « un franc succès pour nous les sociaux-démocrates », qui « coupe l'herbe sous le pied des détracteurs de l'ISDS ». Le porte-parole du parti pour les questions énergétiques et économiques a même affirmé que « ceux qui veulent des réglementations plus rigoureuses en matière de commerce international et d'économie mondialisée ne peuvent qu'accueillir avec enthousiasme » le CETA.¹⁶⁵

Autrement dit, un nombre significatif de parlementaires nationaux et européens semblent croire que la proposition de l'UE d'un « nouvel » ISDS dans le CETA (trompeusement rempaquetée par la Commission et quelques parlementaires dans une autre terminologie juridique) mérite davantage de soutien que l'« ancien » dispositif de l'ISDS auquel nombre d'entre eux s'étaient fermement opposés ces dernières années.

La proposition de la Commission ne résout pas les problèmes profonds que le Dialogue transatlantique des consommateurs et d'autres ont souligné. Il s'agit plutôt de quelques modifications marginales

Dialogue transatlantique des consommateurs¹⁶⁶

Cela peut surprendre le lecteur du chapitre précédent, lequel montre que le « nouveau » modèle d'ISDS est dangereux pour la démocratie, le droit d'intérêt public et l'argent public. À l'exception de quelques progrès de procédure, un processus de sélection des arbitres amélioré, des règles éthiques renforcées et la création d'une chambre d'appel, le « nouvel » ISDS correspond essentiellement au chapitre sur les droits des investisseurs de l'accord commercial UE-Singapour, lequel inclut le précédent modèle d'ISDS. La version rebaptisée inclut les mêmes privilèges accordés aux entreprises sur lesquels pourront s'appuyer les multinationales pour réclamer plusieurs millions d'euros en dédommagement de décisions pour la santé publique ou l'environnement, les formulations de ces privilèges sont même souvent identiques au texte de l'accord UE-Singapour. Le tableau 1 (voir page 36) présente l'analogie des deux dispositifs en ce qui concerne les préoccupations les plus graves à l'égard de l'ISDS telles qu'elles ont été exprimées depuis plusieurs années par des groupes d'intérêt public, des syndicats, des petites et moyennes entreprises et des universitaires.

Du rouge à lèvres sur un cochon

Ces derniers ont tous sévèrement critiqué la tentative de la Commission de dissimuler le dispositif de l'ISDS, tant détesté, derrière le vernis d'une « rhétorique » de tribunal. Quand la Commission publia sa proposition pour un « nouvel » ISDS, les activistes la dénoncèrent comme une tentative, à peine dissimulée, de « mettre du rouge à lèvres à un cochon » et comme « un exercice de relations publiques pour contourner l'énorme controverse et opposition suscitées par l'ISDS ».¹⁶⁷ Entre-temps, des analyses plus détaillées et des prises de positions ont été publiées montrant que la société civile des deux côtés de l'Atlantique, elle, n'était pas dupe du changement d'appellation de l'ISDS-ICS et qu'elle continuerait à construire le mouvement d'opposition populaire contre les privilèges spéciaux accordés aux investisseurs étrangers, quelle qu'en soit l'étiquette.¹⁶⁸

TABLEAU 1 :

Les mêmes privilèges accordés aux entreprises

Problèmes relatifs à l'ISDS	L'UE résout-elle ces problèmes avec ses propositions en matière d'ISDS ?	« Ancien » ISDS tel que dans l'accord UE-Singapour	« Nouvel » ISDS (ICS) tel que dans le TAFTA/TTIP et le CETA
L'ISDS privilégie les investisseurs étrangers	Non résolu. L'« ancien » comme le « nouvel » ISDS accorde plus de droits, substantiels et procéduraux, aux investisseurs étrangers qu'à n'importe qui d'autre. Seuls les investisseurs étrangers peuvent contourner les tribunaux nationaux et poursuivre directement les États auprès de tribunaux parallèles qui peuvent les condamner à payer des dédommagements pour des mesures qui n'auraient pas été indemnisées par la plupart des systèmes juridiques nationaux. Les entreprises locales, tout comme les citoyens ordinaires, eux, n'ont pas ce privilège.		
Les grandes entreprises utilisent l'ISDS pour attaquer des mesures de protection de l'environnement, de la santé et d'autres intérêts publics	Non résolu. Des poursuites d'investisseurs contre des décisions légitimes, légales et non discriminatoires seraient parfaitement possibles en vertu de l'« ancien » comme du « nouveau » dispositif ISDS (voir, par exemple, encadré 5, page 25). Comme dans le cas connu de la carrière de Bilcon contre le Canada (voir encadré 1, page 12), les investisseurs pourraient très bien gagner de telles poursuites. ¹⁷¹		
Il n'y a pas de limite aux dédommagements que peuvent ordonner les tribunaux d'arbitrage ISDS aux États	Non résolu. En vertu de l'« ancien » comme du « nouvel » ISDS, il serait possible de condamner les pays à payer des sommes considérables en argent public pour indemniser les investisseurs étrangers, y compris pour des lois et des réglementations non discriminatoires, constitutionnelles et dans l'intérêt public, comme pour la perte d'hypothétiques futurs bénéfiques. Ces sanctions arbitrales pourraient semer le chaos dans les budgets publics.		
Avec l'ISDS, les multinationales poursuivent, ou menacent de le faire, dans le but de retarder, d'affaiblir et voire de torpiller des politiques indispensables.	Non résolu. Les propositions de l'UE en matière d'ISDS accordent des droits exceptionnellement puissants et hautement applicables qui peuvent être utilisés pour intimider les décideurs politiques. Rien dans les propositions de l'UE n'empêcherait les gouvernements de « volontairement » retarder, annuler ou atténuer des politiques souhaitables si de riches entreprises menacent ou intentent effectivement des poursuites.		
L'ISDS est gravement déséquilibré en faveur des investisseurs étrangers, puisqu'il leur procure de puissants pouvoirs sans aucun devoir en contrepartie.	Non résolu. Les propositions de l'UE en matière d'ISDS accordent aux investisseurs étrangers de puissants droits hautement applicables, mais n'imposent aucune obligation concrète en contrepartie. Le dispositif ne peut pas être utilisé par un État hôte, un syndicat ou des populations locales, afin que les investisseurs répondent de leurs actes en cas de violation des droits de l'homme ou du travail, de destruction de l'environnement ou d'autres comportements immoraux.		

Les procédures d'ISDS sont souvent secrètes et peu, voire pas, d'informations sont rendues publiques.

Résolu. Avec des audiences publiques et la plupart des documents à la disposition des citoyens, les procédures d'ISDS seraient plus transparentes (tel que dans le cadre des traités canadiens et américains qui offrent plus de transparence à ce niveau depuis une dizaine d'années). Néanmoins, des exceptions s'appliquant aux informations confidentielles et la capacité des tribunaux à limiter l'accès public aux audiences pourraient limiter cette transparence. Plus grave encore, les coulisses des arrangements à l'amiable impliquant de l'argent public et des gels réglementaires n'auraient pas à être rendues publiques.



Les litiges étant tranchés par des arbitres du secteur privé et désignés par les parties, il y a pour eux une forte incitation à se placer du côté de l'investisseur, ainsi que d'autres conflits d'intérêts.

Non résolu dans l' « ancien », partiellement résolu dans le « nouvel » ISDS. La proposition de « nouvel » ISDS de l'UE contient quelques avancées positives en matière d'indépendance : les arbitres (rebaptisés « juges ») ne seraient plus choisis par les parties en conflit, mais désignés au hasard à partir d'une liste prédéterminée. Ils ne seraient pas autorisés à travailler comme conseiller juridique dans d'autres procédures d'arbitrage d'investissement (cependant il ne leur serait pas interdit de pratiquer d'autres activités juridiques générales à côté ou de faire de l'argent en tant qu'arbitres via d'autres procédures d'ISDS et il n'y a pas de période d'attente obligatoire avant et après leur nomination pour limiter de potentiels conflits d'intérêts).



Toutefois, le principal parti-pris structurel en faveur des investisseurs demeure : dans les deux dispositifs d'ISDS, les affaires ne seront pas tranchées par des juges indépendants recevant une rémunération fixe. Les jugements seront prononcés par des arbitres touchant des honoraires au cas par cas. Ceci crée une forte incitation à trancher en faveur de la partie qui est en mesure d'apporter davantage de procès à l'avenir : l'investisseur.

Les jugements d'ISDS ne peuvent pas être révisés.

Non résolu dans l' « ancien », résolu dans le « nouvel » ISDS. Alors que l'accord UE-Singapour ne présente qu'une vague intention d'éventuellement établir un mécanisme d'appel à l'avenir, le texte du « nouvel » ISDS de l'UE prévoit un tribunal d'appel avec des membres permanents. Cela pourrait éventuellement contribuer à ce que les décisions soient plus cohérentes, mais cela ne règle aucun des problèmes fondamentaux mentionnés ci-dessus (des investisseurs étrangers privilégiés, des tribunaux dont l'indépendance n'est pas entière, la partialité du dispositif, etc.).



L'ISDS pourrait ne pas être compatible avec le droit communautaire de l'UE

Non résolu. Les deux mécanismes d'ISDS permettent aux investisseurs étrangers de mettre les tribunaux nationaux et la Cour européenne de justice à l'écart et ainsi affaiblir leurs compétences, en intentant des poursuites contre des gouvernements pour des décisions pourtant fondées sur le droit communautaire de l'UE. Aussi, l' « ancien » ISDS comme le « nouveau » sont profondément discriminatoires, car ils ne sont pas accessibles aux citoyens, aux collectivités et aux investisseurs européens. C'est profondément injuste et cela affaiblit le bon fonctionnement de l'UE et de son marché intérieur.



Nous continuerons de construire un mouvement d'opposition populaire aux droits spéciaux accordés aux investisseurs étrangers, sous le nom d'ISDS ou sous n'importe quel autre.

Owen Tudor, Congrès des syndicats (« Trade Union Congress » en anglais), Royaume-Uni¹⁶⁹

Depuis, d'autres organisations ont rejoint le rang des opposants. En premier lieu, la plus grosse association de juges et de procureurs d'Allemagne a fermement rejeté le « système judiciaire sur l'investissement » (ICS) proposé par la Commission en invoquant de nombreuses préoccupations, allant de son manque d'indépendance financière à la mise à l'écart des tribunaux européens. Aussi, les juges ont clairement qualifié l'idée d'un tribunal spécial à l'unique disposition de certains groupes dans la société de « mauvaise direction », rappelant qu'« il appartient aux États membres d'assurer un accès à la justice pour tous, y compris aux investisseurs étrangers, en fournissant aux tribunaux des ressources adéquates ».¹⁷⁰

L'industrie crie au loup

L'angle d'attaque des lobbies des milieux d'affaires contre la nouvelle proposition de la Commission sur les droits des investisseurs est différent. Dès sa parution, les industriels commencèrent à « crier au loup », se plaignant que la protection des investisseurs serait mise à mal. Selon l'European Services Forum, par exemple, une organisation de lobbying regroupant des prestataires de services tels que la Deutsche Bank, IBM et Vodafone, « la proposition de la Commission établit une « protection des gouvernements » au détriment de ce qui auparavant était une protection des investissements des entreprises. »¹⁷² Le lobbyiste principal sur les questions commerciales au sein du lobby d'affaires le plus puissant d'Europe, la confédération patronale européenne BusinessEurope, est même allé jusqu'à déclarer qu'« en réalité, il ne sera plus possible pour un investisseur d'être dédommagé. »¹⁷³

Il s'agit évidemment d'un coup habile de la part des industriels, car leur prise de position suggère que la proposition de la Commission se situe quelque part au milieu entre les demandes en faveur des investisseurs faites par le secteur des affaires et les positions guidées par l'intérêt public venant de groupes de la société civile. Cela permet à la Commission de la vendre comme un compromis, lequel ne correspond peut-être pas encore à ce que souhaiteraient les opposants, mais cela est sur la bonne voie.

La situation politique est commode pour la Commission européenne. Les groupes de pression de tous bords critiquent son programme de réforme. La Commission peut ainsi prétendre avoir répondu aux critiques publiques en ayant présenté une proposition équilibrée

Max Bank, groupe de surveillance des lobbies Lobbycontrol¹⁷⁴

En coulisse, cependant, les défenseurs de l'ISDS semblent avoir bien compris que la proposition de la Commission « ne change rien », puisque les droits étendus accordés aux investisseurs « restent les mêmes », comme l'a indiqué un avocat spécialisé en investissement qui fait des affaires quand les entreprises poursuivent les États.¹⁷⁵ D'autres avocats spécialisés en investissement ont désigné les droits des investisseurs proposés par la Commission comme « de très bonnes obligations [pour les États] sur la base desquelles travailler », « du point de vue d'un avocat cupide et avare. »¹⁷⁶

La fédération de l'industrie allemande (BDI), l'un des plus importants groupes de lobbying en faveur de l'ISDS dans le débat européen ces dernières années, s'est également montrée particulièrement satisfaite de la proposition de la Commission, se réjouissant notamment qu'elle contienne des droits des investisseurs substantiels, une définition de l'investissement, la clause-parapluie, une procédure d'appel et l'objectif à long terme de la Commission d'instaurer un tribunal multilatéral pour l'investissement. La fédération a également apprécié que la proposition de la Commission « prévoit effectivement un mécanisme de règlement des différends investisseur-État »¹⁷⁷. Autrement dit : l'ISDS.

Du point de vue de la fédération de l'industrie allemande, la plupart des propositions de la Commission méritent d'être soutenues.

La fédération de l'industrie allemande (BDI) à propos de la proposition d'ICS¹⁷⁸

Ne changez pas l'image de l'ISDS, rejetez-le

Tout n'est pas perdu. Tandis que certains députés européens semblent avoir été dupés par l'exercice de communication de la Commission, d'autres ne l'ont pas été. Commentant l'éventuelle révision du chapitre du CETA sur l'investissement pour le remanier en système judiciaire d'investissement, le député européen français Yannick Jadot, par exemple, a déclaré : « Les citoyens européens ne veulent pas juste quelques petits changements du mécanisme d'arbitrage, mais sa suppression. »¹⁷⁹ Le groupe de Gauche au Parlement européen est tout aussi consterné. L'inquiétude se propage également dans d'autres groupes. Dans une lettre ouverte, des députés européens belges Verts, sociaux-démocrates (S&D) et conservateurs (EPP), par exemple, ont récemment qualifié la proposition de la Commission de poudre aux yeux et ont insisté sur le fait que « l'ISDS et d'éventuelles versions améliorées resteront inacceptables en raison de leur nature même et des menaces qu'ils font planer sur nos démocraties. »¹⁸⁰

En fin de compte, la bataille sur les droits des investisseurs se réglera dans les pays membres de l'UE et au Parlement européen. Alors que de plus en plus de personnes comprennent comment le dispositif de l'ISDS et toutes ses déclinaisons fonctionnent, il y a de bonnes chances qu'il finisse par galvaniser les forces de pression du public nécessaires pour que les législateurs n'approuvent pas des accords tels que le CETA et le TAFTA/TTIP.

Nous ne serons pas dupés par un changement d'image. Nous nous opposons à n'importe quel accès privilégié à la justice, peu importe comment on l'appelle.

Judith Kirton-Darling, député européenne britannique du groupe S&D¹⁸¹

Chapitre 5

Conclusion : 7 raisons de combattre et abolir les privilèges accordés aux entreprises

Dans le conte du Petit Chaperon rouge, le Loup utilise toute sorte de stratagèmes pour que le Petit Chaperon rouge lui fasse confiance. Pour faire semblant d'être sa grand-mère il revêt les habits de la vieille femme, prend une voix haut perchée, saute dans son lit et se recouvre avec une couverture. Le Petit Chaperon rouge se fait piéger par le déguisement et finit presque dévoré. Dans la controverse actuelle autour des droits des sociétés dans les accords commerciaux de l'UE, le mécanisme de règlement des différends investisseur-État ou ISDS fait figure de grand méchant Loup. La Commission européenne utilise le « système judiciaire sur l'investissement » ou ICS (pour « *Investment Court System* ») comme la couverture de la grand-mère afin de dissimuler la véritable nature du loup qui se cache derrière.

Contrairement au Petit Chaperon rouge, les citoyens européens et des pays auxquels l'UE propose actuellement l'ICS ne doivent pas se laisser duper. L'ICS est tout aussi dangereux pour les contribuables, les politiques d'intérêt général et la démocratie que l'« ancien » ISDS tant détesté. Il l'est probablement même encore plus, car il enfermerait les pays membres de l'UE dans un régime juridique qui avantage les profits privés au détriment de l'intérêt public et de la démocratie.

En un coup d'œil, 7 raisons clefs de s'y opposer :

Raison #1 : l'ICS habiliterait des dizaines de milliers d'entreprise à poursuivre les gouvernements en justice pour des mesures de protection de l'environnement, de la santé, des travailleurs et d'autres intérêts publics.

Raison #2 : en vertu de l'ICS, des milliards issus des ressources publiques pourraient être dépensés pour indemniser les grandes entreprises, y compris pour la perte de bénéfices futurs qu'elles auraient pu hypothétiquement gagner.

Raison #3 : l'ICS est un moyen infaillible d'intimider les décideurs politiques, entravant potentiellement la mise en place de politiques désirables, pour lutter contre le changement climatique, les inégalités sociales ou les crises économiques, par exemple.

Raison #4 : l'ICS procure des droits et des privilèges extraordinairement puissants aux investisseurs étrangers, sans aucun devoir en contrepartie et sans aucune preuve que ces investissements profiteront au reste de la société.

Raison #5 : le fait que seuls les investisseurs puissent tenter des poursuites en vertu du dispositif de l'ICS incite largement les arbitres à se placer de leur côté car ils pourront à l'avenir leur apporter davantage de procès, d'honoraires et de notoriété.

Raison #6 : il existe de sérieux doutes quant à la compatibilité de l'ICS avec le droit communautaire européen car le dispositif contourne les tribunaux européens tout en étant profondément discriminatoire, accordant des droits spéciaux aux investisseurs étrangers uniquement.

Raison #7 : l'ICS risque de nous enfermer dans un carcan juridique immuable, car il sera pratiquement impossible d'abandonner les privilèges accordés aux investisseurs dans la mesure où ils feront partie de vastes accords commerciaux, encore moins dans le cadre d'un tribunal multilatéral pour l'investissement.

En somme, c'est un dispositif profondément inadapté si l'on veut relever les défis économiques, sociaux et environnementaux actuels et à venir. Alors que toutes les forces devraient être consacrées à l'évitement d'une catastrophe climatique mondiale et d'une prochaine crise économique, il n'y a tout simplement aucune place pour des accords qui rendraient illégales la plupart des solutions à ces problèmes.¹⁸²

Les traités en vigueur qui permettent à des entreprises privées de porter plainte contre des gouvernements pour des lois qui affectent leurs profits, allant de réglementations anti-pollution plus sévères à des règles plus strictes pour les banques, devraient être abolis. Les projets qui prétendent aux pleins pouvoirs pour les entreprises, tel que ce qui est proposé dans le TAFTA/TTIP et le CETA, devraient être abandonnés. Tout comme devrait l'être le projet d'une cour suprême internationale à la seule disposition des multinationales.

Comme nous l'avons compris, ils sont tous féroce­ment dangereux pour la démocratie.



ANNEXE :

ISDS, le diable se trouve dans les détails

Le jargon de l'investissement :
ce que l'UE veut négocier dans le
TAFTA/TTIP et tous ses futurs accords
d'investissement.¹⁸³

Traduction :
ce que cela signifie en pratique

Des droits des investisseurs d'une portée illimitée

Définition de l'investissement : « on entend par « investissement » tout type d'actifs qui a les caractéristiques d'un investissement ce qui comprend une certaine durée et d'autres caractéristiques [...] ». Vient ensuite une longue liste, non exhaustive, de « formes que peuvent prendre un investissement » allant des actions aux titres de créances, en passant par les droits de la propriété intellectuelle. Pour être couverts par le chapitre, les investissements doivent être « détenus et contrôlés, directement ou indirectement, par les investisseurs de l'une des parties sur le territoire de l'autre partie ». (chapitre 2, articles x1 et x2)

La définition de l' « investissement » est très importante car elle détermine quels capitaux étrangers bénéficient d'une protection. La définition extraordinairement large et ouverte que nous trouvons dans la proposition de l'UE ne couvre pas uniquement les entreprises en tant que telles dans le pays d'accueil, mais un vaste univers constitué de résidences de vacances, d'investissements spéculatifs à court terme, de dettes souveraines, et autres. Ceci permet à des entreprises qui n'ont pas véritablement fait d'investissement d'intenter des procès et d'exposer des États à des risques judiciaires imprévisibles.

Définition de l'investisseur : « on entend par « investisseur » toute personne physique ou morale d'une Partie qui cherche à effectuer, effectuée ou a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie. » Pour les personnes morales il est précisé qu'elles sont « impliquées dans des opérations commerciales importantes ». (chapitre 1, article 1-1 (c) et (q))

La définition de l' « investisseur » est importante car elle détermine qui est protégé. La proposition de l'UE empêcherait vraisemblablement des abus flagrants au traité via des sociétés « boîte aux lettres » (comme dans le cas d'une entreprise américaine qui poursuit les États-Unis via une société écran aux Pays-Bas). Néanmoins, cette définition habiliterait tout de même des dizaines de milliers d'investisseurs à poursuivre les gouvernements, exposant l'UE et ses partenaires commerciaux à des risques judiciaires incalculables. (voir encadré 4, page 21).

Définition d'une mesure : « on entend par « mesure » n'importe quelle mesure d'une Partie qu'il s'agisse d'une loi, d'une réglementation, d'une règle, d'une procédure, d'un jugement, d'une action administrative ou de toute autre forme. » (chapitre 1, article 1-1(n))

Tout ce qu'un pays membre de l'UE, l'UE, ou son partenaire commercial en question font peut être contesté par un investisseur étranger. La gamme des mesures concernées va des législations nationales, européennes, adoptées par des parlements, aux décisions de l'exécutif en passant même par les décisions de justice.

D'importants privilèges accordés aux investisseurs

Le traitement juste et équitable (TJE) : « Chaque Partie accorde aux investissements protégés effectués par l'autre Partie sur son territoire et aux investisseurs ayant effectué des investissements protégés, un traitement juste et équitable ». Vient ensuite une liste d'exemples qui constitueraient des manquements à cette obligation : « déni de justice », « manquement essentiel à l'application régulière de la loi », « acte manifestement arbitraire », « discrimination ciblée », « harcèlement, coercition, abus de pouvoir ou agissement de mauvaise foi similaire ». (chapitre 2, section 2, article 3.2)

Cette clause potentiellement fourre-tout est la plus dangereuse pour les contribuables et les législateurs : c'est celle qui est invoquée le plus souvent et avec le plus de succès par des investisseurs pour attaquer des mesures d'intérêt général. Dans son recours contre l'Uruguay, Philip Morris (voir encadré 1, page 12), par exemple, a affirmé que le pays avait violé cette clause quand il adopta « arbitrairement » sa politique de lutte contre le tabagisme, alors que d'autres mesures pour réduire le tabagisme sans effets négatifs pour Philip Morris étaient envisageables (des avertissements relatifs à la santé plus petits, moins d'images choquantes, etc.).¹⁸⁴ Un tel argument pourrait aisément être utilisé en se fondant sur la mention d' « acte manifestement arbitraire » présente dans le texte de l'UE.

La protection des attentes légitimes des investisseurs : « Lors de l'application de l'obligation du traitement juste et équitable susmentionnée, un tribunal peut tenter de déterminer si une Partie a mené une action particulière auprès d'un investisseur pour susciter un investissement protégé, créant ainsi une attente légitime, sur laquelle l'investisseur aurait fondé sa décision d'effectuer ou de maintenir l'investissement protégé, mais que la Partie a ensuite frustrée. » (chapitre 2, section 2, article 3.4)

Des tribunaux ont interprété le « traitement juste et équitable » comme une protection des « attentes légitimes » des investisseurs, même si le terme n'est généralement pas présent dans les traités en vigueur. Ils ont également considéré qu'il créé le droit à un cadre réglementaire stable, empêchant ainsi les gouvernement de modifier des lois ou d'autres mesures, même si ces actions sont le résultat de nouvelles découvertes scientifiques ou d'un choix démocratique. Dans le cas du Québec, alors qu'une opposition de la population a donné lieu à un moratoire sur la fracturation hydraulique (voir encadré 1, page 12), Lone Pine affirme que l'annulation de son permis d'exploration gazière a violé son « attente légitime d'un environnement commercial et juridique stable. »¹⁸⁵ Le texte de l'UE semble systématiser de telles interprétations du « traitement juste et équitable », élargissant la portée de cette notion et procurant ainsi aux investisseurs une arme puissante pour lutter contre des règles plus strictes. Il est particulièrement inquiétant que l'UE ne définisse pas quel type d'« action particulière » de la part d'un État peut créer une « attente légitime ».

L'investissement et les mesures réglementaires : « Il est entendu que les dispositions de cette section ne pourront être interprétées comme l'engagement d'une Partie à ne pas changer le cadre juridique et réglementaire, y compris quand ces changements peuvent impliquer des répercussions négatives sur l'exploitation d'investissements protégés ou par rapport aux attentes de profits d'un investisseur. » (chapitre 2, section 2, article 2.2)

Un examen plus approfondi de ce paragraphe montre que le réconfort qu'il apporte est en fait trompeur. À la différence de l'article 2.4 qui interdit clairement des exigences d'indemnisation d'investisseurs contre les États s'ils suppriment des subventions, l'article 2.2 n'exclut pas des obligations d'indemnisation quand des États modifient leurs lois et réglementations. Autrement dit : les États peuvent modifier la loi, mais peuvent ensuite être condamnés à payer des milliards en dommages et intérêts si un tribunal considère que les modifications en question violent les droits substantiels des investisseurs.

L'investissement et les mesures réglementaires

II : « Les dispositions de cette section ne doivent pas porter atteinte au droit des Parties de réglementer sur leurs territoires par le biais de mesures nécessaires afin d'atteindre des objectifs politiques légitimes, tels que la protection de la santé publique, de la sûreté, des consommateurs ou de l'environnement, l'éthique, la protection sociale ou encore la promotion et la protection de la diversité culturelle. (chapitre 2, section 2, article 2.1)

Une nouvelle fois le réconfort est trompeur. En comparant ce paragraphe avec l'article 2.4, il apparaît clairement que l'UE ne souhaite pas protéger les mesures prises par les pouvoirs publics contre des obligations d'indemnisation. Ainsi les États seront en mesure de réglementer, mais pourront toujours être contraints de payer des milliards en dédommagement. De plus, le droit de réglementer est lié à un critère de nécessité, de ce fait des arbitres « free lance » devront déterminer si la mesure était « nécessaire » pour atteindre un certain objectif et si cet objectif était « légitime ». Il s'agit là d'un obstacle facilement évitable par les arbitres pour obtenir un dédommagement en faveur d'un investisseur.

Expropriation : « Aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement protégé, directement ou indirectement par le biais d'une mesure ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation [...], sauf : a) à des fins d'utilité publique; b) conformément aux principes de l'application régulière de la loi ; c) de façon non discriminatoire ; et d) contre un paiement rapide d'une indemnisation valable et adéquate. (chapitre 2, section 2, article 5.1)

D'un certain point de vue, favorable aux investisseurs, pratiquement n'importe quelle mesure législative ou réglementaire peut être considérée comme une « expropriation » indirecte quand elle a pour effet de réduire des profits, y compris des mesures légitimes de protection de la santé, de l'environnement et d'autres intérêts publics. L'annexe de l'UE sur les objectifs politiques légitimes permettrait-elle d'éviter cela ? Pas forcément. L'État aurait à prouver que la mesure en question était « conçue et appliquée pour atteindre des objectifs politiques légitimes ».

Annexe I sur l'expropriation : « Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances, par exemple lorsque la mesure ou la série de mesures est si sévère par rapport à son objectif qu'elle semble manifestement excessive, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin d'atteindre des objectifs politiques légitimes, comme la protection de la santé publique, de la sûreté, de l'environnement ou de l'éthique, la protection sociale ou encore la promotion et la protection de la diversité culturelle, ne constituent pas des expropriations indirectes. » (chapitre 2, section 2, annexe I.3)

Comme dans l'affaire de Philip Morris contre l'Uruguay, les investisseurs pourraient remettre cela en cause (affirmant, par exemple, que les avertissements de santé sur les paquets de cigarettes n'étaient « pas conçus pour avertir des véritables conséquences sanitaires du tabagisme », mais « pour provoquer un sentiment de répulsion, de dégoût et même d'horreur » avec pour « fonctionnalité effective » de « détruire la bonne foi » de la marque de l'entreprise.)¹⁸⁶ D'après le texte de l'UE, dans de « rares circonstances » une mesure pourrait toujours être considérée comme une expropriation, pour laquelle les contribuables auraient à payer des dommages et intérêts. Ce serait à un tribunal constitué d'arbitres en faveur du profit de trancher.

Le traitement national : « Chaque Partie doit accorder aux investisseurs de l'autre Partie et leurs investissements protégés [...] un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des situations similaires, à ses propres investisseurs et à leurs investissements. » (chapitre 2, section 1, article 2-3.2)

Les investisseurs étrangers doivent être traités au moins aussi favorablement que les investisseurs nationaux. Ceci a été interprété comme une interdiction de toute mesure qui désavantage *de facto* les étrangers, même si ce n'est pas volontaire. Une décision prise par le Canada d'interdire l'exportation de déchets toxiques (s'appliquant à tous les investisseurs et conforme à un traité international), par exemple, a été considérée comme une faveur accordée aux entreprises canadiennes, lesquelles pouvaient continuer leurs activités alors qu'un concurrent américain ne pouvait plus expédier les déchets aux États-Unis pour qu'ils y soient traités.¹⁸⁷

Le traitement de la nation la plus favorisée : « Chaque partie doit accorder aux investisseurs de l'autre Partie et à leurs investissements [...] un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations similaires, aux investisseurs et aux investissements de n'importe quel pays tiers. » La proposition de l'UE précise que cela « n'inclut pas les procédures de règlement de différend investisseur-État » en vertu d'autres accords et que « les obligations de fond de tels accords [...] ne constituent pas un « traitement » en tant que tel [...] et ne peuvent donc donner lieu à un manquement en l'absence de mesures conformes à de telles dispositions. » (chapitre 2, section 2, article 2-4.4)

Des arbitres ont utilisé les dispositions de la nation la plus favorisée comme des « baguettes magiques »¹⁸⁸ permettant aux investisseurs d'un pays x de poursuivre un pays y en vertu d'un traité entre les deux pays, mais en se référant à des dispositions plus favorables aux investisseurs présentes dans n'importe quel autre traité signé par le pays y. Des arbitres ont autorisé un investisseur argentin à poursuivre l'Espagne en appliquant des droits issus d'un traité entre le Chili et l'Espagne,¹⁸⁹ et un investisseur australien à poursuivre l'Inde avec les droits d'un traité entre le Koweït et l'Inde.¹⁹⁰ Ceci multiplie les risques d'attaques réussies contre des politiques publiques. Les formulations de l'UE abordent légèrement ce « picorage » parmi les traités, mais elles restent ambiguës et ouvertes à l'interprétation des arbitres. Pourquoi l'UE n'exclut-elle pas clairement l'« importation » d'obligations de fonds d'autres traités ? Elle le fait seulement en cas d'absence de « mesures [...] conformes à de telles dispositions » et le terme « mesure » est défini de manière extrêmement large (voir ci-dessus).

Libre circulation des capitaux : « Chaque Partie doit permettre à tous les capitaux relatifs à un investissement protégé de circuler librement [...] sans restriction ou attente [...] ». Vient ensuite une liste d'exemples de types de transferts, comprenant les profits, les intérêts et les paiements effectués en vertu d'un contrat. (chapitre 2, section 1, article 6.1)

Cette disposition autoriserait l'investisseur à retirer à tout moment les fonds liés à des investissements, réduisant la capacité des pays à gérer leurs balances des paiements ou de soudaines et massives fuites ou afflux de capitaux et d'autres crises macroéconomiques. De fait, il s'agit là d'une interdiction du contrôle des capitaux et des taxes sur les transactions financières.

Une modèle de la clause-parapluie : « Là où une Partie a signé un engagement contractuel écrit avec des investisseurs de l'autre Partie ou avec leurs investissements protégés par l'accord, cette Partie ne doit pas (...) manquer à cet engagement à travers l'exercice du pouvoir gouvernemental. » (chapitre 2, section 1, article 7)

Cette clause porterait tous les contrats d'un État en rapport avec un investissement au plan du droit international, multipliant ainsi les risques de poursuites coûteuses. Elle habiliterait un investisseur à déposer une plainte ISDS sur la base d'une prétendue violation à un contrat d'une municipalité, par exemple, même si ce contrat prévoit un recours auprès des tribunaux nationaux.

Un processus de règlement des différends biaisé en faveur des investisseurs étrangers

Consentement à l'arbitrage : « Les répondants consentent à se soumettre à la déposition d'une plainte en vertu de cette section. » Des plaintes peuvent être déposées conformément aux règles d'arbitrage habituelles, telles que la convention CIRDI ou les règles de la CNUDCI. (chapitre 2, section 3, article 6.2 et article 7.1) **Il n'est pas exigé d'épuiser les recours locaux en premier lieu.**

C'est ici que l'UE dit effectivement : nos tribunaux ne sont pas assez bien pour les investisseurs étrangers. Contrairement aux entreprises locales et aux citoyens ordinaires, les investisseurs étrangers auront le droit exclusif de contourner les systèmes juridiques nationaux pour poursuivre l'UE et ses États membres directement auprès de tribunaux internationaux, lesquels jugeront si des politiques sont bonnes ou mauvaises et pourront condamner les pays à payer des sommes colossales en dédommagement avec l'argent des contribuables.

Le tribunal rendant les décisions : Les poursuites d'investisseurs seront tranchées par un « tribunal » constitué de trois « juges » choisis parmi 15 autres désignés au préalable par l'UE et ses partenaires commerciaux. Ils recevront des « honoraires additionnels » d'environ 2 000€ par mois et également un salaire correspondant aux « Règlements administratif et financier de la Convention CIRDI ». (chapitre 2, section 3, article 9)

Les litiges investisseur-État ne seront pas tranchés par des juges aux salaires fixes. Les jugements seront rendus par des arbitres en faveur du profit payés au cas par cas, avec une généreuse somme de 3 000\$ par jour en accord avec le barème des honoraires du CIRDI, en plus d'une indemnité d'astreinte d'environ 2 000€ par mois.¹⁹¹ Ceci crée une forte incitation à trancher en faveur de la partie qui peut apporter d'autres poursuites à l'avenir : l'investisseur.

L'éthique : les dénommés « juges » « doivent être choisis parmi des personnes offrant toutes les garanties d'indépendance. » Ils doivent suivre un code de conduite et « s'abstenir d'agir à titre de conseiller juridique, d'expert désigné par une partie ou de témoin pour un autre litige relatif à la protection de l'investissement en cours ou à venir. (chapitre 2, section 3, article 11.1)

Ceci ne constitue en aucun cas un dispositif institutionnel en mesure d'assurer l'indépendance et l'impartialité des arbitres, tel que le ferait un salaire fixe. Il est particulièrement inquiétant que les dénommés « juges » ne se verront pas interdire d'agir à titre d'arbitre pour d'autres poursuites ou d'avocat libéral (bien qu'il leur soit interdit d'agir en tant que conseiller juridique pour d'autres litiges relatifs à l'investissement) et qu'il n'y ait pas de périodes de « quarantaine » obligatoires avant et après leur nomination. Ils pourront ainsi faire partie du milieu restreint des arbitres en investissement, lesquels ont tranché la plupart des litiges qui ont eu lieu jusqu'à présent tout en encourageant d'autres procédures au profit de leur entreprise personnelle, en interprétant la loi de manière extensive et en faveur des investisseurs.

Attribution de l'indemnisation : Quand un tribunal constate qu'un État a violé les droits des investisseurs protégés par l'UE, il peut adjuger « (a) des dommages et intérêts monétaires et tout intérêt applicable ; (b) des restitutions de biens. » « Les dommages et intérêts monétaires ne doivent pas être plus élevés que les pertes subies par le plaignant ». (chapitre 2, section 3, article 28.1 et 2)

Les dommages et intérêts peuvent sérieusement amputer les budgets publics, ils peuvent aussi être mis en œuvre par la saisie des propriétés des États à travers le monde. L'une des sanctions arbitrales les plus élevées connues à ce jour se chiffre à 1,1 milliard de dollars contre l'Équateur, soit 1 % du PIB du pays.¹⁹² En 2003, la République Tchèque dut payer 354 millions de dollars, ce qui représentait l'équivalent des dépenses annuelles de santé du pays à cette période.¹⁹³ Les tribunaux condamnent souvent à payer des dédommagements pour le renoncement à des profits futurs, considérés comme partie intégrante du préjudice subi par l'investisseur, comme dans le cas contre la Libye, laquelle eut à payer 900 millions de dollars pour des « pertes de profits » relatives à « des opportunités réelles et certaines perdues » d'un projet touristique, bien que l'investisseur n'ait investi que 5 millions de dollars et que la construction n'ait jamais commencé.¹⁹⁴

Attribution de l'indemnisation : Un tribunal peut « seulement » attribuer des dommages et intérêts monétaires ou une restitution de bien (chapitre 2, section 3, article 28.1). Selon l'UE cela signifie que l'ordonnance d'un tribunal ne peut entraîner l'abrogation d'une mesure adoptée par les parlements dans l'UE et ses partenaires commerciaux.

Ceci n'empêchera par les gouvernements d'abroger « volontairement » certaines mesures car une riche entreprise intente un procès majeur ou menace de le faire. Les exemples d'une telle « paralysie » réglementaire vont de l'affaiblissement de contrôles environnementaux pour une centrale électrique alimentée au charbon quand l'Allemagne régla à l'amiable un procès intenté par l'entreprise énergétique suédoise Vattenfall (voir encadré 1, page 12) au retardement de la mise en application de règles anti-tabagisme au Canada et en Nouvelle-Zélande, suite à des menaces de procès venant de l'industrie du tabac.¹⁹⁵ Cet effet paralysant pour la réglementation gouvernementale est vraisemblablement la principale fonction du régime international de l'investissement.

Nulle part dans le texte ne se trouve une mention relative à **des devoirs pour les investisseurs**

L'UE propose de mettre en place de puissants droits exécutoires, sans aucun devoir pratique pour les investisseurs en contrepartie. Le dispositif ne peut pas être utilisé par un pays hôte ou par des tiers concernés tels qu'un syndicat ou des populations locales pour obliger les investisseurs à faire face à leurs responsabilités quand ils ont violé les droits de l'homme ou le droit du travail, des normes environnementales ou autres, dans le cas où les institutions nationales ne procurent pas de recours efficace.

Notes

- 1 *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>
- 2 Tiré 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 Joseph E. Stiglitz, « How Trade Agreements Amount to a Secret Corporate Takeover », *Huffington Post*, 18 mai 2015, http://www.huffingtonpost.com/joseph-e-stiglitz/trade-agreements-amount-to-corporate-takeover_b_7302072.html
- 4 Tiré de : Campact, « Experten-Check: Was der Handelsgerichtshof in TTIP wirklich bedeuten », vidéo, 9 décembre 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwf0>
- 5 Le navigateur des accords internationaux d'investissement de la CNUCED (en anglais : UNCTAD) donne la meilleure vue d'ensemble des accords internationaux d'investissement en vigueur : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (visité le 10 février 2016)
- 6 ICSID, « Schedule of Fees », en vigueur au 1er janvier 2013, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Pages/Schedule-of-Fees.aspx>
- 7 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> (résumé exécutif disponible en français)
- 8 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>
- 9 Ben Beachy, « The Corporation Behind Keystone XL Laid Bare the TPP's Threats to Our Climate », *Huffington Post*, 7 janvier 2016, http://www.huffingtonpost.com/ben-beachy/the-corporation-behind-ke_b_8931802.html; Hymas, Lisa, « The 7 things you need to know now about the Keystone XL pipeline », *Grist*, 6 novembre 2015, <http://grist.org/climate-energy/the-7-things-you-need-to-know-now-about-the-keystone-xl-pipeline/>
- 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 IAPP, « *Forestic v South Africa (Italy-South Africa BIT)* », février 2011, http://iapp.org/media/uploads/foresti_v_south_africa.rev.pdf
- 12 Janet M. Eaton, « Digby Neck Quarry Bilcon Case, Tribunal Decision and Dissent », 11 mai 2015, <http://www.sierraclub.ca/sites/sierraclub.ca/files/JANET201505.pdf>
- 13 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
- 14 Claudia Ciobanu, « Rosia Montana, an omen for TTIP », *Euractiv*, 27 juillet 2015, <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/rosia-montana-omen-ttip-316594>
- 15 Corporate Europe Observatory/ Council of Canadians/ Transnational Institute, « Le droit de dire non : L'accord commercial entre le Canada et l'UE menace les interdictions de la fracturation hydraulique », 6 mai 2013, <http://corporateeurope.org/fr/climate-and-energy/2013/05/le-droit-de-dire-non>; *IA Reporter*, « In new pleading, Lone Pine questions 'environmental' bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses », 7 mai 2015, <http://www.iareporter.com/articles/in-new-pleading-lone-pine-questions-environmental-bona-fides-of-decision-to-cancel-fracking-exploration-permit-and-offers-a-dcf-valuation-of-its-losses/>
- 16 George Kahale III tiré de : « Kahale calls for overhaul of BIT system », *Global Arbitration Review*, 11 avril 2014, <http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/GAR.pdf>
- 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 CNUCED, « Investment Dispute Settlement Navigator », <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (visité le 10 février 2016)
- 19 Campaign for Tobacco Free Kids and 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 approfondie des gouvernements abandonnant des législations à cause de la menace de poursuites devant des tribunaux d'arbitrage, voir : Kyla Tienhaara, « Regulatory chill and the threat of arbitration », 2010, in: C. Brown and K. Miles (eds) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 606-627
- 20 Tiré de : 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/>
- 21 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/>
- 22 Corporate Europe Observatory et 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>; Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, op cit. note 7, chapitre 3
- 23 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 », *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31/2016*, 2016; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920

- 24 Corporate Europe Observatory et Transnational Institute, 2012, op cit note 7, chapitre 5
- 25 CNUCED, « World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance », 2015, chapitre III, http://unctad.org/en/publicationchapters/wir2015ch3_en.pdf; CNUCED, op cit note 18
- 26 CIRDI, « Affaires du CIRDI – Statistiques (Numéro 2016-1) » p.24, [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)
- 27 Gus Van Harten et Pavel Malysheuski, « Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants », Osgoode Legal Studies Research Paper No. 14, 12:3, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713876
- 28 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
- 29 Sebastian Perry, « The cost of Yukos », *Global Arbitration Review*, 29 juillet 2014, <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32852/the-cost-yukos/>
- 30 Voir, par exemple : <http://www.isdscorporateattacks.org/>; <http://justinvestment.org/>; Déclaration Publique Sur Le Régime D'investissement International, 31 août 2010, <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>; Lettre ouverte signée par des juristes à l'intention des négociateurs de l'accord de partenariat transpacifique demandant le rejet du mécanisme de règlement des différends investisseur-État, 8 mai 2012, <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>; Déclaration de préoccupation à propos des dispositions prévues en matière de protection de l'investissement et de mécanisme de règlement des différends investisseur-État (ISDS) dans le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TAFTA/TTIP), 14 juillet 2014, https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html; Lettre ouverte aux membres du congrès des États-Unis, 30 avril 2015, https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf
- 31 Simon Lester, « Debating ISDS », *Kluwer Arbitration Blog*, 20 juin 2015, <http://kluwarbitrationblog.com/2015/06/20/debating-isds-2/>
- 32 Deutscher Richterbund, « Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015 », Nr. 04/16, 4 February 2016, http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf, traduction en anglais non officielle : https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf
- 33 Simon Lester, 2015, op cit. note 31
- 34 La législation de l'Afrique du Sud et le nouveau modèle de traité de l'Inde excluent tout deux le traitement juste et équitable et le principe de la nation la plus favorisée. Selon le modèle de l'Inde, avant d'en arriver à l'arbitrage investisseur-État, les recours locaux devront être tentés pendant cinq ans. La législation sud-africaine exclut totalement les recours à l'arbitrage international. De plus, la protection des investisseurs a été alignée sur la Constitution, ne donnant ainsi pas davantage de droits aux investisseurs qu'aux autres. 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>
- 35 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
- 36 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/>
- 37 Tiré 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/>
- 38 Lauge N. Skovgaard Poulsen, « Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties », *International Studies Quarterly* 58:1, 1-14, p.10
- 39 Lauge N. Skovgaard Poulsen, « Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries », 2015, Cambridge University Press.
- 40 Ibid., p. xv
- 41 Ibid., p. xvi
- 42 Ibid., p.20f.
- 43 Commission européenne, « Investment », janvier 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153018.5%20Investment.pdf
- 44 ICC, « Bilateral Investment Treaties and Investor-State Dispute Resolution », 2014, <http://www.icc-austria.org/fxdata/iccws/prod/media/files/20140616%20ICC%20Key%20facts%20on%20Bilateral%20Investment%20Treaties.pdf>
- 45 Pour un aperçu des travaux sur le sujet, 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
- 46 Ibid.
- 47 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>
- 48 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
- 49 OCDE, « Encours d'IDI », <https://data.oecd.org/fr/fdi/encours-d-idi.htm> (consulté le 10 février 2016)
- 50 CNUCED, « Bilateral FDI statistics », <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/FDI%20Statistics/FDI-Statistics-Bilateral.aspx> (consulté le 10 février 2016)
- 51 Jason W. Yacke, 2010, op cit. note 45
- 52 CNUCED, « World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: an action plan », 2014, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf; vue d'ensemble disponible en français : http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2014_overview_fr.pdf

- 53 Xavier Carim, 2015, op cit. note 48
- 54 CNUCED, 2014, op cit. note 52
- 55 Gus van Harten, « A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA », Osgoode Legal Studies Research Paper n°16, 11:4, 2015, p.12f, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595189
- 56 Tiré de : Jess Hill, « TPP's clauses that let Australia be sued are weapons of legal destruction, says lawyer », *The Guardian*, 10 novembre 2015, <https://www.theguardian.com/business/2015/nov/10/tpps-clauses-that-let-australia-be-sued-are-weapons-of-legal-destruction-says-lawyer>
- 57 Corporate Europe Observatory, « Droits des investisseurs dans le TAFTA/TTIP: les nombreuses voix ignorées par la Commission », 23 février 2015, <http://corporateeurope.org/fr/international-trade/2015/02/droits-des-investisseurs-dans-le-ttitafta-les-nombreuses-voix-ignor-es>
- 58 Initiative citoyenne européenne Stop TTIP : https://stop-ttip.org/fr/signer/?noredirect=fr_FR
- 59 Virginia López Calvo, « The great rebranding: how the EU tried to fool us into thinking it has removed ISDS from TTIP », *OpenDemocracy*, 22 octobre 2015, <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/virginia-lopez-calvo/great-rebranding-how-eu-tried-to-fool-us-into-thinking-it-ha>
- 60 Assemblée nationale française, « Résolution Européenne sur le projet d'accord économique et commercial entre l'Union européenne et le Canada, » Texte Adopté n°428, 23 novembre 2014, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0428.asp>; Senat français, « Rapport et Texte de la Commission, » n°134, 27 novembre 2014, <http://www.senat.fr/rap/114-134/114-1341.pdf>; Parlement autrichien, « Entschließung des Nationalrates vom 24. September 2014 betreffend Anforderungen an Freihandelsabkommen der EU », 40/E XXV. GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/E/E_00040/fname_366504.pdf; Parlement néerlandais, « Motie Segers c.s. over geen geschillenbeslechting in TTIP die afbreuk doet aan ons nationale rechtstelsysteem – Europese Raad », <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vviij5epmji1ey0/vjshpkcb2gh7>
- 61 Gouvernement de la République française, « Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs », mai 2015, <http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/06/02/tribunaux-darbitrage-la-france-presente-ses-propositions-a-bruxelles/#document>; Ministère fédéral de l'Économie allemand, « Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA », mai 2015, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>
- 62 Tiré de : Paul Ames, 2015, op cit. note 2
- 63 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&langId=fr>
- 64 Hendrik Kafsack, « Bessere Schiedsgerichte », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 septembre 2015, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/kommentar-ttip-bessere-schiedsgerichte-13806727.html>, traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 65 András Szigetvari, « Investorenschutz: Erfolg für TTIP-Kritiker », *Der Standard*, 16 septembre 2015, <http://derstandard.at/2000022328908/Investorenschutz-Erfolg-fuer-TTIP-Kritiker>, traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 66 Transport et Environnement, « 'New' Investment Court System still privileges foreign investors under EU-US trade deal », 16 septembre 2015, <http://www.transportenvironment.org/press/%E2%80%98new%E2%80%99-investment-court-system-still-privileges-foreign-investors-under-eu-us-trade-deal>
- 67 Socialistes & Démocrates, « Les S&D saluent le remplacement du RDIE par un nouveau mécanisme de résolution des litiges commerciaux », 16 septembre 2015, <http://www.socialistsanddemocrats.eu/fr/newsroom/les-sd-saluent-le-remplacement-du-rdie-par-un-nouveau-m%C3%A9canisme-de-r%C3%A9solution-des-litiges>
- 68 Alliance progressiste des socialistes et démocrates au Parlement européen, « Les S&D veulent exclure le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États du partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement (PTCI) », 21 janvier 2014, <http://www.socialistsanddemocrats.eu/fr/newsroom/les-sd-veulent-exclure-le-m%C3%A9canisme-de-r%C3%A8glement-des-diff%C3%A9rends-entre-investisseurs-et>
- 69 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, « Pressemitteilung. Staatssekretär Machnig: Durchbruch für modernen und transparenten Investitionsschutz », 16 septembre 2015, <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=726118.html>, traduction en anglais : Pia Eberhardt.
- 70 Kattalin Landaburu, « États-Unis/TTIP : Bruxelles va proposer aux Américains une réforme du mécanisme de règlement des différends investisseurs/État », *Le Moci*, 18 septembre 2015, <http://www.lemoci.com/actualites/pays-marches/etats-unisttip-bruxelles-va-proposer-aux-americaains-une-reforme-du-mecanisme-de-reglement-des-differents-investisseursetat/>
- 71 Huib De Zeeuw, « Ploumen: grootste bezwaar TTIP is al 'dood en begraven' », *NRC*, 7 octobre 2015, <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/10/07/ploumen-neemt-110-000-handtekeningen-in-ontvangst-tegen-ttip>, traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 72 Conformément à la section 3, article 6.2 de la proposition de la Commission, les poursuites investisseur-État pourraient se faire en vertu du règlement CIRDI, du règlement CNUDCI ou de n'importe quel autre règlement en matière d'arbitrage approuvé par les parties contestantes. 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.
- 73 La section 3, article 9.14 de la proposition de la Commission indique que, tant qu'il n'y aura pas de salaire régulier pour les dénommés « juges » tranchant les litiges investisseur-État, leurs honoraires et frais seront « déterminés conformément à la règle 14(1) des règlements financier et administratif de la convention CIRDI ». Ce règlement indique que les honoraires journaliers sont « périodiquement fixé[s] par le Secrétaire général, avec l'accord du Président. (CIRDI, « Convention et règlements du CIRDI 2006, p.60, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf). Ceci est fixé dans le barème des frais, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013, qui indique 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 le 1er janvier 2013 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Bareme-des-Frais.aspx>)
- 74 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
- 75 Tiré de : Campact, « Experten-Check: Was der Handelsgerichtshof in TTIP wirklich bedeutet », vidéo, 9 décembre 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwf0>
- 76 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. note 32
- 77 Laurens Ankersmit, « Keystone ISDS lawsuit highlights legal risks of EU trade deals », *Euractiv*, 25 janvier 2016, <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/keystone-pipeline-isds-lawsuit-highlights-legal-risks-eu-trade-deals-321274>
- 78 Conformément à l'article 6 de la proposition de la Commission, les investisseurs « peuvent déposer une plainte » au tribunal de première instance. Le partenaire concerné « consent à la soumission d'une plainte » dans l'article 7. Il n'est exigé nulle part dans le texte d'épuiser les recours locaux en premier lieu. Voir : Commission européenne, « Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment », 12 novembre 2015, Section 3, article 6 et 7, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- 79 Public Citizen, « TAFTA Corporate Empowerment Map », 2014, <https://www.citizen.org/TAFTA-investment-map>
- 80 CNUCED, « Investor-state dispute settlement: an information note on the United States and the European Union », juin 2014, p.1, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/INVESTOR%20STATE%2020%20JUNE%202014_1.pdf
- 81 Dialogue transatlantique des consommateurs, « 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>
- 82 Ceci est possible grâce à la très large définition du terme « investisseur » dans la proposition de la Commission, voir l'annexe, page 42.
- 83 Freshfields Bruckhaus Deringer, « Will growth in BIT claims really slow down? », 2013, <http://www.freshfields.com/foresight/article-06.html>
- 84 Échange de mails avec l'auteur, Pia Eberhardt. Schepel fait référence à la valeur marchande des portefeuilles de titres étrangers détenus aux États-Unis, par pays et par nature des titres, au 31 décembre 2014, voir ici : <http://ticdata.treasury.gov/Publish/shcprelim.html>
- 85 CNUCED, 2014, op cit. note 80; 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>
- 86 Pays membre de l'UE ayant un traité bilatéral d'investissement en vigueur avec les États-Unis : Bulgarie, Croatie, République tchèque, Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie et la Slovaquie.
- 87 Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique, CIRDI cas n° ARB(AF)/97/1, Indemnisation, 2000, para 102f.
- 88 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. les États-Unis du Mexique, CIRDI cas n° ARB (AF)/00/2, Indemnisation, 2003, para 152f.
- 89 Tiré de : *Inside US Trade*, « U.S. Investment Protection Advocates Wary Of Possible TTIP Outcome », 24 juin 2014
- 90 Tiré de Eric Frei, « Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern », *Der Standard*, 2 novembre 2015, <http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern>, traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 91 Abal Hermanos, S.A. c. Uruguay, Sentencia n° 1713, Suprema Corte de Justicia, 17 novembre 2010
- 92 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>
- 93 Simon Lester, 2015, op cit. note 31
- 94 Dans le débat public autour de la proposition d'ICS, par exemple, Rupert Schlegelmilch de la Commission européenne affirma que des poursuites investisseur-État telle que celle intentée par Vattenfall ou Philip Morris était « basée sur le système non-reformé » et que « ce que nous faisons dans la réforme constitue une solution » contre ces types de poursuites. 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>
- 95 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, « Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », 6 janvier 2016, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 96 La proposition de la Commission est constituée de deux parties, le projet d'un chapitre général sur le commerce des services, l'investissement et le e-commerce publié en juillet 2015 et le sous-chapitre 2 de ce chapitre sur l'investissement, rendu public en novembre 2015. 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
- 97 La Maison Blanche, « Statement by the President on the Keystone XL Pipeline », 6 novembre 2015, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/11/06/statement-president-keystone-xl-pipeline>
- 98 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, 2016, op cit. note 95, paras 50, 51
- 99 Ibid., para 1
- 100 Ibid., para 59, 7
- 101 Ibid., headline C, para 60
- 102 Ibid., paras 57, 8
- 103 Ibid., para 1
- 104 Ibid., para 10, 2
- 105 Ibid., para 10
- 106 Jim Shultz, « The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada's \$15B Suit Against the U.S. », *Yes! Magazine*, 3 février 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 107 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, 2016, op cit. note 95, para 1
- 108 Ibid., para 61

- 109 Jim Snyder, « How TransCanada Corp can recoup US\$2.4 billion in losses if Obama rejects Keystone XL », *Bloomberg News*, 4 août 2015, http://business.financialpost.com/news/energy/how-transcanada-corp-can-recoup-us2-4-billion-in-losses-if-obama-rejects-keystone-xl?_Isa=c531-4926
- 110 Alors que l'article 28.2 de la proposition de l'UE indique que « les dommages et intérêts monétaires ne doivent pas être supérieurs aux pertes subies par le plaignant », des tribunaux ont régulièrement accordé des dédommagements pour la perte de futurs profits escomptés, en tant que partie intégrante du préjudice subi par l'investisseur. Voir : Commission européenne, 12 novembre 2015, op cit. note 94, section 3, article 28
- 111 TransCanada Keystone Pipeline, LP and TC Oil Pipeline Operations Inc., « Complaint in the United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division », 6 janvier 2016, <http://keystone-xl.com/wp-content/uploads/2016/01/TransCanada-Complaint-January-6-2016.pdf>
- 112 Stephan Schill a remis en question l'exclusion des poursuites parallèles et successives. Voir Stephan Schill, « Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts? », *Verfassungsblog*, 25 novembre 2015, <http://verfassungsblog.de/das-ttip-gericht-keimzelle-oder-stolperstein-fuer-echte-multilateralisierung-des-internationalen-investitionsrechts/>
- 113 *World Trade Online*, « Levin: Keystone ISDS Case Highlights Need For TPP Investment Changes », 8 janvier 2016, <http://insidetrade.com/daily-news/levin-keystone-isds-case-highlights-need-tpp-investment-changes>
- 114 Article à venir prochainement par Corporate Europe Observatory, Les Amis de la Terre Europe, Forum Umwelt & Entwicklung and Transnational Institute.
- 115 Conformément à l'article 28, les tribunaux peuvent condamner les États à payer des « dommages et intérêts monétaires et tout intérêt applicable » s'ils constatent un manquement à l'un des droits étendus accordés aux investisseurs. Voir également note 110.
- 116 Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. la République d'Équateur, CIRDI cas n° ARB/06/11, annulation de l'indemnisation, 2 novembre 2015, <https://icsid.worldbank.org>
- 117 Mihir A. Desai et 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
- 118 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/>
- 119 Gus van Harten, 2015, op cit. note 74, pp.4-5
- 120 Tiré 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 Gus van Harten, 2015, op cit. note 74, p.4
- 122 Gus van Harten, Sold Down the Yangtze: Canada's Lopsided Investment Deal with China, p.18
- 123 Tiré 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
- 124 Cezary Wiśniewski et Olga Górska, « A Need for Preventive Investment Protection? », *Kluwer Arbitration Blog*, 30 septembre 2015, http://kluwarbitrationblog.com/2015/09/30/a-need-for-preventive-investment-protection/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A%20KluwerArbitrationBlogFull%20%28Kluwer%20Arbitration%20Blog%20-%20Latest%20Entries%29
- 125 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, op cit. note 19
- 126 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=6b0271ca-b6d2-4d9b-8475-0247e401b735>
- 127 Rapport interne de la Commission européenne à propos d'une réunion avec Chevron sur l'ISDS dans le TAFTA/TTIP, daté du 29 avril 2014. Obtenu grâce à des requêtes d'accès aux documents via le règlement de diffusion des informations de l'UE. Conservé par Corporate Europe Observatory.
- 128 Matthew Coleman et autres, « Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector », 26 septembre 2014, <http://www.stepto.com/publications-9889.html>
- 129 David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization, Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, p.3
- 130 Gus van Harten, tiré 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>
- 131 En vertu de la proposition de l'UE, les mesures suivantes peuvent être attaquées par les investisseurs : « toutes les mesures prises par une Partie, que ce soit sous la forme d'une loi, d'une réglementation, d'une règle, d'une procédure, d'un jugement, d'un acte administrative, ou n'importe quelle autre forme. » Des mesures peuvent être prises par « des gouvernements et des autorités à tous les niveaux » et « des entités non-gouvernementales dans l'exercice de pouvoirs délégués par des gouvernements ou des autorités à tous les niveaux ». Voir : Commission européenne, 31 juillet 2015, op cit. note 94, article 1-1 (o)
- 132 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>
- 133 Tiré 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>
- 134 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>

- 135 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. note 32
- 136 Section 3, article 9.14 de la proposition de l'UE, op cit. note 73
- 137 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
- 138 Gus van Harten, 2012 et 2016, op. cit note 23
- 139 Conformément à la section 2, paragraphe 5, article 23.1, « le tribunal doit permettre à toute personne physique ou morale qui peut constituer un intérêt direct et présent pour la suite du litige [...] d'intervenir à titre de tiers ». Néanmoins l'intervention est « limitée à l'appui, total ou partiel, de la demande d'indemnisation de l'une des parties en conflit ».
- 140 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>
- 141 Corporate Europe Observatory et Transnational Institute, 2012, op cit. note 7
- 142 La proposition de l'UE interdit seulement aux 15 arbitres prédéterminés d'exercer en parallèle « en tant que conseiller juridique, expert ou témoin nommé par une partie dans le cadre d'un litige relatif à la protection de l'investissement en cour ou à venir ». Ils peuvent ainsi tout à fait agir à titre d'arbitres dans d'autres procédures et comme avocat en parallèle. Voir chapitre 2, section 4, article 11.
- 143 Conformément à la proposition de l'UE, les membres du tribunal « doivent avoir démontré de l'expertise en matière de droit public international. Il est plus particulièrement souhaitable qu'ils soient spécialisés en droit de l'investissement international, en droit commercial international et en règlements des litiges résultant d'accords internationaux en commerce et en investissement. » Voir chapitre 2, section 4, article 9.5
- 144 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. note 32
- 145 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
- 146 Voir : <http://treatymovement.com/>
- 147 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>
- 148 CNUCED, « International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal », juin 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d9_en.pdf
- 149 Article 216 (2) TFEU
- 150 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
- 151 Accord de libre-échange UE-Vietnam : texte retenu en janvier 2016, chapitre 8 sur le commerce des services, l'investissement et le e-commerce, chapitre II investissement, paragraphe 3, article 15, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf
- 152 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. note 73
- 153 Les Amis de la Terre Europe, « The hidden costs of EU trade deals », 4 décembre 2014, <http://www.foeeurope.org/how-taxpayers-footing-bill-europes-trade-deals-041214>
- 154 L'accord économique et commercial global (AÉCG ou CETA en anglais), publié le 29 février 2016 <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>
- 155 Conseil des Canadiens « L'annonce de l'AÉCG n'est que de la poudre aux yeux : le Conseil des Canadiens », 29 février 2016, <http://canadians.org/fr/medias/l%E2%80%99annonce-de-l%E2%80%99aecg-n%E2%80%99est-que-de-la-poudre-aux-yeux-le-conseil-des-canadiens>
- 156 Centre canadien de politiques alternatives : « Making sense of the CETA. An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement », septembre 2014, https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2014/09/making_sense_of_the_ceta_PUBLICSERVICES.pdf
- 157 Corporate Europe Observatory et autres, « L'AÉCG : Marchander la démocratie. En quoi les règles de protection des investisseurs de l'AECG menacent-elles le bien public au Canada et dans l'Union européenne ? », novembre 2014, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/marchander-la-democratie.pdf>
- 158 Public Citizen, 2014, op cit. note 85, p.1
- 159 Plusieurs signataires, « Stop the Corporate Giveaway! A transatlantic plea for sanity in the EU-Canada CETA negotiations », 25 novembre 2013, http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/stop_the_corporate_giveaway_-_a_transatlantic_plea_for_sanity_in_the_eu-canada_ceta_negotiations.pdf
- 160 EPP, « EPP Group calls for speedy ratification of EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) », 29 février 2016, <http://pr.euractiv.com/pr/epp-group-calls-speedy-ratification-eu-canada-comprehensive-economic-and-trade-agreement-ceta>
- 161 Les libéraux et des démocrates, « Les derniers détails sur le CETA - succès libéral de Justin Trudeau et Cecilia Malmström », 1^{er} mars 2016, <http://pr.euractiv.com/pr/final-details-ceta-liberal-success-justin-trudeau-and-cecilia-malmstr-m-138287>
- 162 Les socialistes et démocrates, « Les S&D font voter l'intégration à l'accord commercial avec le Canada du nouveau système de protection des investissements », 29 février 2016, <http://www.socialistsanddemocrats.eu/fr/newsroom/sds-push-through-new-investment-protection-system-canada-trade-agreement>
- 163 Ibid.
- 164 Ibid.
- 165 Bernd Westphal, « CETA-Durchbruch: großer SPD-Erfolg », 1^{er} mars 2016, <http://www.spdfraktion.de/presse/pressemittelungen/ceta-durchbruch-gro%C3%9Fer-spd-erfolg>; traduction : Pia Eberhardt
- 166 Dialogue transatlantique des consommateurs, 2016, op cit. note 81
- 167 Global Justice Now, « Commission tries to “put lipstick on a pig” with alternative corporate court system », 16 décembre 2015, <http://www.globaljustice.org.uk/news/2015/sep/16/commission-tries-%E2%80%99Cput-lipstick-pig%E2%80%99D-alternative-corporate-court-system>
- 168 Voir, par exemple, Seattle to Brussels Network, « Courting Foreign Investors », 29 septembre 2015, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/10/S2B_ISDS.pdf; Dialogue transatlantique des consommateurs, 2016, op cit. note 81

- 169 Owen Tudor, « #TTIP news: 10 reasons why the latest #ISDS compromise is a bad deal », ToUChstone blog, 2 juillet 2015, <http://touchstoneblog.org.uk/2015/07/ttip-news-10-reasons-why-the-latest-isds-compromise-is-a-bad-deal/>
- 170 Deutscher Richterbund, 2016, op. cit. note 32
- 171 Article à venir, op cit. note 114
- 172 European Services Forum, « ESF Preliminary Comments on the Commission's Proposal on Investment Protection in TTIP », 8 octobre 2015. Conservé par CEO.
- 173 Tiré de : Hans von der Burchard, « Business slams Malmström's TTIP pitch », *Politico*, 13 octobre 2015, <http://www.politico.eu/article/ttip-business-lobby-slams-malmstroms-arbitration-proposal-isds-businesseurope/>
- 174 Max Bank, « ISDS-Reformagenda: 'In der Substanz ändert sich dadurch gar nichts' », *Lobbycontrol*, 10 décembre 2015, <https://www.lobbycontrol.de/2015/12/isds-reformagenda-in-der-substanz-aendert-sich-dadurch-gar-nichts/>; traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 175 Tiré de : Eric Frei, 2015, op cit. note 90
- 176 Tiré de : *Inside US Trade*, 2014, op cit. note 89
- 177 BDI, « Bewertung: Investitionsschutz in TTIP. Vorschlag der EU-Kommission zu einem reformierten Investitionsschutz in TTIP », octobre 2015, http://bdi.eu/media/presse/publikationen/globalisierung-maerkte-und-handel/20151030_Positionspapier_Bewertung_Kom_Vorschlag_ISDS_in_TTIP.pdf, traduction en anglais : Pia Eberhardt
- 178 Ibid.
- 179 Tiré de : Maude Barlow, « CETA changes make investor-state provisions worse », 3 février 2016, <http://canadians.org/blog/ceta-changes-make-investor-state-provisions-worse>
- 180 Philippe Lamberts et autres députés européens, « TTIP: la Commission jette de la poudre aux yeux », *Le Soir*, 20 octobre 2015, <http://www.clauderolin.eu/carteblanche/>
- 181 Judith Kirton-Darling, « ISDS: we won't be fooled by a rebranding », *ToUChstone blog*, 23 juillet 2015, <http://touchstoneblog.org.uk/2015/07/isds-we-wont-be-fooled-by-a-rebranding/>
- 182 Voir, par exemple, Corporate Europe Observatory et autres, « Le paradis des pollueurs. Comment les droits conférés aux entreprises par les accords de libre-échange de l'UE sabotent la transition énergétique », décembre 2015, http://corporateeurope.org/sites/default/files/paradispollueurs_0.pdf
- 183 Proposition de l'UE op cit. note 96
- 184 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay, demande d'arbitrage, 19 février 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 185 Lone Pine Resources Inc. c. Gouvernement du Canada, avis d'arbitrage, 6 septembre 2013, para 55, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/lone-02.pdf>
- 186 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay, 2010, op. cit. note 184, para 81
- 187 IIAPP « SD Myers v Canada (NAFTA Chapter 11) », février 2011, http://www.iiapp.org/media/cases_pdfs/SD_Myers_v_Canada.rev.pdf
- 188 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>
- 189 Emilio Agustín Maffezini c. le royaume d'Espagne, CIRDI cas n° ARB/97/7
- 190 White Industries Australia Limited c. la République de l'Inde, CNUDCI
- 191 Section 3, article 9.14 de la proposition de l'UE, op cit. note 73
- 192 Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. la République d'Équateur, 2015, op cit. note 116
- 193 Mihir A. Desai et Alberto Moel, 2006, op cit. note 117
- 194 Diana Rosert, 2014, op cit. note 118
- 195 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, op cit. note 19

*Quand on dit que l'ISDS est mort,
cela me fait penser à un film de
morts-vivants, car partout je peux
voir l'ISDS rôder dans toutes ces
nouvelles propositions.*

Professeur Gus Van Harten, Osgoode Hall
Law School

