

Six raisons pour lesquelles l'arbitrage d'investissement n'est pas réformable

Février 2014

Alors que le 8ème cycle de négociations de l'accord transatlantique s'est achevé la semaine dernière à Bruxelles, le volet 'Investissement' du traité reste écarté des pourparlers. En cause : les polémiques violentes qu'il suscite dans toute l'Union européenne, et les réserves plus ou moins explicites – et mouvantes selon l'interlocuteur – qu'il a engendrées de la part d'un certain nombre d'États membres de l'Union européenne, au premier rang desquels la France et l'Allemagne.

Rappel des enjeux

L'Union européenne (UE) souhaite inclure dans son accord avec les États-Unis (TAFTA) un mécanisme de règlement des différends Investisseur-État, déjà présent dans l'accord finalisé avec le Canada (CETA), et qu'elle croit susceptible de favoriser l'investissement étranger dans l'espace communautaire. Ce type de mécanisme existe déjà dans la plupart des accords bilatéraux d'investissement signés par de nombreux pays membres de l'UE et dans les accords de libre-échange conclus par les USA. Les risques sont pourtant innombrables, à la fois pour des raisons substantielles et procédurales. Les citoyens, par centaines de milliers, s'emploient à le faire savoir à la Direction générale (DG) du Commerce, à la Commissaire Malmström et à leurs gouvernements depuis le lancement des négociations.

Confrontée aux critiques de la société civile et d'une partie de la communauté des experts du droit international, la DG Commerce a lancé une consultation publique au printemps 2014, qui s'est soldée par un résultat désastreux pour elle : 97% des participants ont exigé le retrait de ce mécanisme de l'accordⁱ.

En réponseⁱⁱ, les équipes de C. Malmström se sont accrochées à des propositions de réforme exclusivement techniques – déjà incluses dans la consultation –, espérant ainsi convaincre l'opinion publique de l'innocuité de l'ISDS (Investor-State Dispute Settlement, utilisé pour

nommer les mécanismes d'arbitrage d'investissement).

La France, par la voix de son Secrétaire d'État au commerce extérieur, M. Fekl, s'est associée à ces propositions et entend désormais « explorer méthodiquement toutes les options »ⁱⁱⁱ, en privilégiant quatre directions dégagées à Bruxelles :

- *l'éthique et la déontologie des arbitres* : il s'agit ici de recycler la proposition déjà faite dans la consultation publique, qui consiste principalement à soumettre les arbitres à un code de conduite (non contraignant bien entendu, faute d'instance de supervision indépendante) et à créer un répertoire des arbitres jugés compétents et probes.
- *la création d'un mécanisme d'appel et de supervision des décisions*. Cette préoccupation répond à plusieurs manquements colossaux dans le système d'arbitrage d'investissement, en particulier l'absence de mécanisme d'appel des décisions rendues, une complète aberration qui piétine un principe élémentaire de la justice.
- *l'articulation des panels d'arbitrage avec les tribunaux nationaux*. L'accord CETA propose aux investisseurs et aux États divisés par un différend de faire l'effort (facultatif bien entendu) de chercher des solutions auprès des juridictions nationales, et dans tous les cas de renoncer à cumuler les deux voies de contentieux (la moindre des choses, et la règle pour n'importe quel justiciable).
- *la protection du droit des États à réguler* : l'arbitrage d'investissement positionne en effet les intérêts des entreprises au même plan que l'intérêt général. Les dispositions contenues dans l'accord UE-Canada minimisent, sous forme de liste « négative », les cas de figure qui pourront justifier qu'une collectivité publique légifère au détriment de la protection de l'investisseur. C'est une difficulté majeure, sur lesquelles la DG Commerce n'a pas pour l'heure fait de propositions précises et plus ambitieuses que celles du texte de CETA.

Incontestablement, aucun accord de libre-échange ou d'investissement ne saurait être acceptable tant que ces questions n'auront pas été résolues. Pour autant leur résolution ne suffira pas à rendre CETA ou TAFTA présentable, et le Secrétaire d'État au Commerce extérieur, lui-même magistrat, en est très certainement le premier averti.

En effet aucune des réformes envisagées pour l'heure ne corrige les défaillances inhérentes au système. Voici pourquoi.

Nous voulons des juridictions publiques



Les affaires publiques peuvent-elles être jugées par des arbitres privés ? Les panels d'arbitrage échappent par essence aux systèmes juridictionnels publics qu'ils soient nationaux, européens ou internationaux – et quelles que soient leurs compétences. Les arbitres ne répondent à aucune des règles générales du droit édifiées tout au long des siècles par les représentations élues des peuples ; en France par exemple, l'État doit transposer dans le droit interne toutes les dispositions d'un accord international qui n'existent pas encore^{iv}. Les magistrats français doivent donc appliquer les accords de libre-échange de l'UE. Mais réciproquement les arbitres n'auront aucune obligation de prendre en compte le droit français si jamais Paris se trouve poursuivie par une entreprise étrangère.

Les arbitres privés ne sont pas soumis aux règles hiérarchiques de la magistrature, et ils échappent à la supervision des chancelleries, qui garantissent le respect des grands principes du droit de leur pays. Ils ne sont inscrits à aucun ordre comme celui du Barreau et ne sont donc soumis à aucune instance de régulation et de sanction de ce type.

Aucune chance dans ces conditions de préserver l'indépendance de ces experts internationaux du droit des affaires. L'indépendance ici ne peut être entendue comme un seul problème d'éthique ou de déontologie. Nommés par les parties au différend, ils sont rémunérés au nombre de différends traité. Le plus souvent avocats d'affaires chèrement payés, ils agissent tour à tour en qualité d'arbitre ou de conseil des parties, et ont intérêt à favoriser l'un ou l'autre (selon les cas) s'ils veulent avoir une chance d'être sélectionnés dans une affaire future.

Même un code de conduite pointilleux ne résoudra pas ce biais intrinsèque au système d'arbitrage : les acteurs qui énoncent la justice sont employés des parties au différend!

C'est pour l'éviter que la justice doit demeurer un service public : l'arbitrage d'investissement doit s'opérer dans le cadre de juridictions publiques (existantes ou à inventer, c'est une autre question) sous l'égide de magistrats contrôlés voire sanctionnés par des instances statutairement autonomes à la fois du politique et du monde des affaires.

Nous voulons des règles de droit précises et explicites



Les mécanismes de règlement des différends compris dans les traités d'investissement servent à garantir le respect d'un certain nombre de droits définis pour les investisseurs des deux parties à travers des notions juridiques récurrentes : la non-discrimination et le traitement national, un traitement « juste et équitable » ou encore la satisfaction de leurs « attentes légitimes ».

Les deux premières sont relativement aisées à circonscrire et découlent de l'Accord de Marrakech qui fonde l'Organisation mondiale du commerce : les parties au traité ne peuvent s'accorder réciproquement des avantages inférieurs à ceux qu'ils accordent à leurs autres partenaires^v (sauf accord préférentiel, justement), et aucune des parties n'est autorisée à traiter un investisseur de l'autre partie différemment des investisseurs nationaux^{vi}.

Mais les deux dernières sont infiniment plus floues et renvoient à la discrétion des arbitres le soin de les interpréter : l'espérance d'un taux de rentabilité à deux chiffres par un investisseur est-elle une « attente légitime » ? La promesse d'un terrain au rabais engagée lors d'une discussion informelle avec un fonctionnaire d'une administration publique peut-elle en faire partie ?

Un changement de législation dans le domaine de la gestion des déchets industriels, par exemple, relève-t-il d'un traitement « injuste » s'il concerne de facto une entreprise étrangère et non pas son homologue française qui recourt à d'autres techniques de production ? Un investisseur peut-il faire condamner un État qui aurait vu l'ensemble de ses infrastructures de transport – indispensables à l'investisseur – endommagées lors d'un séisme ?

La règle de droit qui fonde l'arbitrage d'investissement fluctue d'un extrême à l'autre selon qui l'interprète tant les notions qui fondent les arbitrages sont larges, fourre-tout et imprécises.

Or un juge doit pouvoir constater l'existence de faits précis, définis par les textes de loi et répertoriés en catégories, pour qu'une infraction soit constatée et qu'une sanction puisse alors être prononcée. Il doit pouvoir s'appuyer sur des règles précises, explicites, qui circonscrivent au maximum le champ des interprétations possibles.

Et incontestablement, l'arbitrage d'investissement ne le permet pas.

Nous voulons un système juridique international qui place les droits humains à son sommet



Au plan international, face aux conflits de normes de plus en plus fréquents entre droits humains et droits du commerce et de l'investissement, il n'existe pas de règle ou de « constitution » universelle qui déterminerait une fois pour toute la hiérarchie des normes juridiques les unes par rapport aux autres.

Toutefois, sauf spécification contraire, les nombreux traités, conventions et pactes juridiques protégeant les droits civils, politiques, économiques, sociaux et environnementaux de tous les citoyens, rappelant les droits des catégories de populations les plus vulnérables (réfugiés, handicapés, prisonniers par exemple) ou encore condamnant un certain nombre de pratiques violentes voire meurtrières (traite humaine, torture, crimes contre l'Humanité ou crimes de génocide par exemple) produisent pour leurs signataires des obligations qui sont au moins égales à celles découlant de leurs engagements au titre des accords internationaux de commerce et d'investissement. En d'autres termes, la prééminence du droit commercial n'est codifiée nulle part.

Bien au contraire, la Charte des Nations unies (NU) comporte un article assurant explicitement la prévalence des obligations qu'elle induit par rapport à toutes les autres obligations juridiques. La Convention de Vienne établit également la spécificité de la Charte des NU et des normes de droits de l'Homme dans le droit international, si bien qu'elles doivent primer sur le droit commercial.

Mais la supériorité de ce dernier s'est imposée de facto, profitant de l'existence de mécanismes d'application efficaces à l'Organisation mondiale du commerce - via l'Organisme de règlement des différends (ORD) - comme dans les traités d'investissement - via les dispositifs ISDS. Ces dispositifs qui garantissent l'application effective des traités n'ont aucun équivalent - en dehors de la Cour pénale internationale (juridiction permanente qui n'est pas liée à un traité en particulier et qui juge exclusivement des individus accusés de crimes de sang).

Dans un contexte où les moyens dont disposent les multinationales pour échapper à leurs obligations légales et pour maximiser leurs bénéfices (évasion et optimisation fiscales, réorganisation des capitaux et filialisation, dumping social...) vont croissants, il est impensable que le commerce et l'investissement soient les seuls à disposer de juridictions

efficaces et opérationnelles.

Quelles que soient les réformes techniques proposées par M. Fekl et S. Gabriel, insérer des mécanismes de règlement des différends Investisseur-État dans les accords TAFTA et CETA sans muscler dans le même temps les dispositifs d'application des instruments juridiques relatifs aux droits humains va renforcer cet état de fait.

Nous voulons que l'arbitrage demeure restreint au domaine privé



En théorie, l'arbitrage est une forme alternative de règlement d'un conflit commercial en dehors des tribunaux publics, réputés plus lents et potentiellement soumis aux pressions politiques dans les pays où le ministère de la justice contrôle le Parquet et/ou lorsque par exemple les juges sont élus - comme aux États-Unis à certains niveaux de juridiction. Les mécanismes de règlement des différends Investisseur-État inclus dans les accords d'investissement et les traités commerciaux introduisent cependant une variante majeure en ceci qu'ils impliquent non plus seulement deux contractants commerciaux privés dont l'un s'estime lésé, mais bien la puissance publique comme partie au différend.

Et on observe que rares sont les conflits portés devant le Centre international de règlement des différends liés aux investissements (CIRDI) ou la CNUDCI (Convention des Nations unies sur les différends liés au commerce et à l'investissement) qui soient de nature purement commerciale. En effet la puissance publique ne peut être réduite au statut de contractant d'une transaction commerciale dont l'objectif vise la réalisation d'un bénéfice financier : elle représente l'intérêt général à la fois dans les contrats qu'elle signe avec les prestataires économiques privés (délégation de service public, achat d'équipements...) et lorsqu'elle légifère pour organiser et réguler l'activité des agents économiques. Et la plupart des différends Investisseur-État mettent en cause des choix de politiques motivés par l'intérêt public.

Dans ce contexte, des arbitres privés qui ne présentent a priori aucune garantie de compétence ou de connaissance du droit du travail ou de l'environnement ou encore des obligations et contraintes qu'induisent les engagements internationaux des États au titre des instruments de droits humains ne devraient jamais être amenés à statuer sur un différend par

essence non exclusivement commercial : l'arbitrage commercial devrait être réservé aux litiges de contrats entre personnes de droit privé.

Nous voulons un droit de saisine égal pour tous les acteurs



L'une des défaillances essentielles du système d'arbitrage d'investissement que ne résoudra aucun des remaniements techniques envisagés à Bruxelles, Paris ou Berlin concerne son mode de saisine. En effet les acteurs économiques privés - étrangers - en ont le monopole face aux États, qui peuvent difficilement contrevenir à leurs engagements au traité en refusant de s'y soumettre.

Les agissements des investisseurs n'étant pas reconnus comme engageants pour leur partie d'origine, les États estimant qu'une entreprise aurait manqué à ses obligations ou qu'elle aurait contrevenu à la loi n'auront d'autre recours que d'en appeler aux juridictions nationales, la Cour internationale de justice étant réservée aux différends entre États - du moins ceux qui reconnaissent son autorité.

Les parties tiers (individus, communautés, groupes de consommateurs, associations de défense de l'environnement ou de protection de la santé par exemple) n'ont aucun recours dans le cadre du traité face à d'éventuels manquements d'un investisseur à ses obligations sociales ou environnementales.

Les instances conjointes (qui, lorsqu'elles existent, impliquent des syndicats et des organisations de la société civile) de suivi de la mise en œuvre des chapitres « Développement durable » ou du volet social des traités de commerce ou d'investissement n'ont quant à elles aucune juridiction à saisir lorsqu'elles observent que tel investisseur d'une partie au traité a manqué aux obligations définies dans l'accord.

Ainsi, de facto encore, les investisseurs se voient donc conférés le privilège de saisir une forme de justice spécifiquement définie à leur attention.

Nous voulons des droits égaux pour tous, pas de droits spécifiques pour les investisseurs étrangers



Une entreprise française et son homologue étrangère présentes sur un même territoire sont-elles fondées à bénéficier de droits et d'un accès à la justice distincts ? En France, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 définit explicitement le principe d'égalité des citoyens devant la loi. Ce principe a été confirmé par le Conseil constitutionnel en 1975 pour garantir que tous, quelque soit leur nationalité, sont également traités par la justice française. Ce principe trouve aussi des fondements en droit international, dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 et dans divers pactes internationaux relatifs aux droits humains. Le droit de propriété est en outre garanti à tous, personnes privées ou morales, par la DUDH. Conçu d'abord pour protéger les entreprises des anciennes puissances coloniales puis, dans la phase contemporaine, pour encourager les Investissements directs étrangers, l'arbitrage d'investissement anéantit toute perspective de respect de ces principes puisque les règles qu'il fait appliquer confèrent aux entreprises étrangères des droits sans équivalent pour les entreprises nationales.

Au nom d'une prétendue partialité de la justice publique, les entreprises étrangères seraient particulièrement susceptibles d'être lésées, donc devraient pouvoir accéder à des juridictions exceptionnelles, qui leur assurent des privilèges évidents :

- Sur le fond : il en résulte qu'elles sont les seules à voir leurs « attentes légitimes » protégées, et qu'elles sont les seules à même d'exiger justice lorsqu'elles estimeront n'avoir pas fait l'objet d'un traitement « juste et équitable »,
- Sur la procédure : imaginons qu'une entreprise française et une entreprise étrangère actives dans le même secteur s'estiment lésées par une même disposition : la première ne pourra saisir un panel d'arbitrage de la discrimination dont elle prétendra avoir fait l'objet, et les deux seront traitées dans le cadre de juridictions distinctes.

Malgré ses serments et sa prétendue détermination, le gouvernement français n'ambitionne donc aucune révision substantielle de l'arbitrage international d'investissement. La DG Commerce et l'Allemagne ont du reste bien circonscrit la marge de manœuvre existante concernant CETA, conclu en septembre dernier : des réécritures techniques et des améliorations des formulations juridiques, mais pas plus.

Or le débat sur l'arbitrage d'investissement qu'a fait naître la perspective d'un accord de libre-échange entre l'UE et les États-Unis ne peut rester confiné aux arcanes des techniciens du droit tant il s'agit de politique : la justice publique confrontée à l'arbitrage privé, les droits humains aux prises avec la domination du droit commercial, les grandes entreprises transnationales dotées de droits supérieurs à ceux des PME locales.

Dans ce contexte, ce qu'attendent maintenant les centaines de milliers de citoyens qui craignent l'avènement de l'arbitrage d'investissement en quotidien du contentieux impliquant des entreprises va bien au delà de bricolages syntaxiques : c'est le rappel à la nature publique et universelle de la justice, et l'affirmation de l'égalité de tous face à elle.

Notes

- i. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf
- ii. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1234>
- iii. Séance publique au Sénat, Mardi 3 février 2015, <http://www.senat.fr/seances/s201502/s20150203/s20150203008.html#orat6>
- iv. L'appellation de « liste négative » renvoie aux techniques de négociation commerciale qui distinguent deux méthodes : la liste positive, consistant à faire l'inventaire explicite de ce qui est ouvert à la libéralisation, et la liste négative, qui consiste à l'inverse pour la partie négociante à ne lister que ce qu'elle n'ouvrira pas à la négociation. Définir le droit à réguler par liste négative consiste donc à ériger la supériorité des droits des investisseurs en règle générale, et le droit à réguler en exception, assortie de la liste spécifique des cas de figure où l'accord l'autorisera.
- v. Dans le cas où l'une contredit visiblement la Constitution, l'accord est jugé caduc par le Conseil constitutionnel.
- vi. La fameuse Clause de la Nation la Plus Favorisée de l'OMC.
- Vii. Clause de traitement national.

Le document a été rédigé par Amélie Canonne.

Achévé le 16 février 2015

i
ii
iii
iv
v
vi