



Disposition juridique dans le TTIP et le CETA concernant les mécanismes de protection de l'investissement et de règlement des différends entre investisseurs et Etats

Octobre 2016

En tant que membres de la communauté juridique européenne, nous réclamons que les mécanismes de protection de l'investissement et de règlement des différends entre investisseurs et Etats (ISDS) ne soient inclus ni dans le Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (TTIP) entre les Etats-Unis et l'Union Européenne, ni dans l'Accord Economique et Commercial Global (CETA) entre l'Union Européenne et le Canada pour les raisons suivantes :

La protection de l'investissement et l'ISDS établissent des privilèges qui bénéficient aux investisseurs étrangers sur la base de normes matérielles floues

La protection de l'investissement et l'ISDS donnent aux investisseurs étrangers des privilèges matériels et procéduraux par rapport à tous les autres acteurs d'une société.

Les normes matérielles concernant la protection de l'investissement, telles que les normes de *traitement juste et équitable* et de *protection contre l'expropriation indirecte sans indemnisation*, ont été interprétées au sens large, en partie à cause des formulations floues des traités. Certaines normes sont fortement controversées étant donné qu'elles pourraient couvrir des situations dans lesquelles des réglementations légitimes au titre du bien-être public donnent lieu au paiement d'une indemnisation auprès des investisseurs étrangers. Les dispositions de l'ISDS donnent loisir aux investisseurs de faire appel à un comité spécial d'arbitrage composé de trois arbitres afin d'invoquer ces droits matériels et d'examiner dans le détail toute décision politique, administrative ou judiciaire qui affecte leurs activités. Les investisseurs peuvent de fait tenir l'état pour responsable de leurs pertes de bénéfices, même si les mesures prises par l'état sont non discriminatoires, licites du point de vue interne et conçues par exemple pour protéger l'environnement, la santé publique ou les droits des travailleurs, pour renationaliser les chemins de fer, les systèmes d'approvisionnement en eau ou en énergie ou les systèmes de santé.

Ces privilèges sont accordés aux investisseurs étrangers sans que ces derniers soient assujettis en retour à une quelconque responsabilité ayant force obligatoire, pouvant ouvrir droit à des poursuites et pouvant être invoquée par l'état ou les parties affectées par l'investissement.

La protection de l'investissement et l'ISDS menacent la réglementation dans l'intérêt public, l'alternance démocratique et les budgets des états

La protection de l'investissement constitue un subtil glissement des pouvoirs vers des acteurs commerciaux individuels à l'influence déjà perceptible, puisqu'elle affaiblit la prise en considération des intérêts publics et restreint l'alternance démocratique. Compte tenu des encours et flux importants de l'investissement transatlantique, l'introduction dans le TTIP et le CETA d'une protection de l'investissement étranger sera potentiellement à l'origine d'un grand nombre de

plaintes entre investisseurs et Etats et, consécutivement, de frais juridiques élevés et de milliards de dommages et intérêts prélevés sur les budgets publics. Ceci pourrait à son tour donner lieu à un *gel réglementaire* puisque des gouvernements pourraient s'abstenir de toute mesure réglementaire dans l'intérêt public, pour la raison de la menace représentée par l'arbitrage des investissements et des dommages et intérêts élevés qu'elle suscite. En vertu des traités existants, des investisseurs ont utilisé cet effet de levier pour interférer concrètement dans des changements de politique démocratique. Il convient de ne pas sous-estimer ce problème, étant donné que les pays pauvres comme les pays riches ont prouvé qu'ils sont sensibles à cette pression.

L'ISDS est systématiquement biaisé et manque de mesures de protection de l'Etat de droit

Le système ISDS actuel manque de mesures de protection permettant de garantir l'indépendance et l'impartialité, qui sont deux piliers cruciaux de l'Etat de droit : les arbitres sont payés au cas par cas et les plaintes ne peuvent être déposées que par des investisseurs. Ceci crée une incitation systémique à interpréter la loi en faveur de l'investisseur. Cette discrimination systémique est particulièrement préoccupante car les arbitres jouissent d'une bien plus grande latitude que les juges nationaux, quel que soit l'étape du processus de règlement des différends : depuis l'admission des plaintes et les autres aspects procéduraux jusqu'à l'application des normes matérielles formulées avec flou et l'estimation d'indemnités adéquates.

La toute dernière proposition de la Commission Européenne n'offre aucun moyen de remédier à ces lacunes fondamentales

La proposition de la Commission (qui remonte à novembre 2015) pour que soit intégré au TTIP un chapitre sur les investissements et le texte du CETA ne contribuent en rien à remédier à ces lacunes fondamentales dans le droit international de l'investissement. Ces textes accorderaient surtout aux investisseurs les mêmes privilèges matériels et donneraient une grande latitude dans la détermination de la proportionnalité des interventions étatiques dans ce contexte précis. D'un côté, ils n'abordent pas de manière efficace le flou des normes matérielles. Même si les nouvelles propositions relatives aux normes matérielles tentent d'aborder les problèmes existants d'interprétation au sens large, elles laissent des vides alarmants. Plus important encore, elles échouent à limiter la protection matérielle à la seule non-discrimination. Elles contiennent toujours des normes comme celles concernant les FET et la protection contre toute expropriation indirecte, qui accordent des privilèges matériels aux investisseurs étrangers. N'offrir qu'une protection de non-discrimination aux investisseurs étrangers aurait été la meilleure option pour pouvoir clairement ajuster la protection de l'investissement étranger au niveau national de protection. En même temps, cela aurait été un moyen viable de protéger la flexibilité réglementaire des états, qui est essentielle à une société démocratique.

Au contraire, ces tentatives de protéger le droit des états à réglementer dans l'intérêt public sont vouées à l'échec. Les dispositions afférentes ne sont que des lignes directrices d'interprétation et contiennent diverses réserves et restrictions de la latitude à mener des politiques publiques.

D'un autre côté, le « Système Juridictionnel des Investissements » proposé introduirait quelques améliorations institutionnelles de l'ISDS, y compris un mécanisme de recours en appel et des exigences de transparence. Les investisseurs n'auraient plus non plus leur mot à dire dans la sélection des arbitres chargés de leur cas. A la place, un Système juridictionnel composé de 15 juges, en exercice par rotation en groupes de trois, serait établi.

Toutefois, le Système Juridictionnel des Investissements manque toujours cruellement de mesures institutionnelles de protection en accord avec l'Etat de droit. L'impartialité et l'indépendance des juges sélectionnés ne sont pas complètement garanties. Cela ne signifie pas que les juges seraient nécessairement biaisés dans le sens des investisseurs ou tenus de décider des cas à traiter sur la base de leur intérêt personnel. Néanmoins, les systèmes judiciaires nationaux et internationaux ont mis en place des dispositifs de prudence afin d'éliminer même les partis pris et les conflits d'intérêt, particulièrement en accordant aux juges un poste permanent à plein temps et une rémunération fixe

adéquate. Ces dispositifs semblent d'autant plus importants qu'il s'agit d'un système unilatéral purement dédié à protéger l'investissement contre les états. L'avant-projet de la Commission néglige ces préoccupations : les juges ne seront pas employés à plein temps et outre des honoraires mensuels de 2 000 Euros, ils seront rémunérés au cas par cas. Des conflits d'intérêt pourraient en découler, étant donné qu'il ne leur est pas interdit de travailler simultanément en tant qu'arbitres dans le système ISDS actuel ou en tant qu'avocats de sociétés (en dehors du cadre très étroit des différends relatifs aux investissements). L'avant-projet de la Commission se contente de détourner ces doutes concernant l'indépendance et l'impartialité judiciaires en établissant de manière formelle ces principes dans une Annexe à la proposition. En même temps, il encourage les investisseurs à contourner les procédures légales bien établies dans les tribunaux nationaux puisque ces dernières pourraient partiellement les empêcher de profiter de l'option ISDS, potentiellement bien plus prometteuse. Ceci contraste vivement avec le concept traditionnel de prudence du droit international qui veut que les particuliers épuisent les recours locaux avant de pouvoir avoir recours aux tribunaux internationaux.

En forte tension avec les principes du droit constitutionnel et européen

Les chapitres envisagés dans le TTIP et le CETA concernant l'investissement sont également en forte tension avec l'Etat de droit et les principes démocratiques inscrits dans les constitutions nationales et le droit européen. En outre, ils sont susceptibles d'affecter l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union Européenne, puisque les décisions définitives et exécutoires des tribunaux d'arbitrage des investissements concernant la responsabilité des états menacent l'application efficace et uniforme du droit de l'UE. Ils peuvent en particulier contrecarrer n'importe quelle disposition nationale ou émanant de l'UE imposant des charges financières sur les particuliers et les entreprises (y compris des dispositions relatives aux frais, taxes, pénalités, amendes et responsabilités environnementales).

La protection de l'investissement et l'ISDS sont superflus

Les Etats-Unis, le Canada et l'UE disposent tous de systèmes juridiques efficaces et très perfectionnés qui garantissent une protection juridique appropriée des investisseurs étrangers. Par ailleurs, il n'existe aucune preuve concluante que l'inclusion de règles relatives à l'investissement pourra même avoir un impact positif sur la masse des investissements directs étrangers transatlantiques. La protection de l'investissement dans le TTIP et le CETA est par conséquent superflue.

En conséquence, nous demandons instamment de ne pas affaiblir, ni saper l'Etat de droit et les principes démocratiques sur lesquels nos états membres et l'Union Européenne ont été fondés en fournissant aux investisseurs étrangers, dans le cadre du TTIP ou du CETA, un système juridique et judiciaire parallèle structurellement contestable, injustifié et systématiquement biaisé.

Liste des signataires :

Prof. Anneli Albi, University of Kent
Prof. Diamond Ashiagbor, University of London
Prof. Dr. Antoine Bailleux, Université Saint-Louis – Bruxelles
Dr. Marija Bartl, Universiteit van Amsterdam
Prof. Antonio Pedro Baylos, Universidad de Castilla-La Mancha
Prof. JUDr. Josef Bejček, Masarykova univerzita
Prof. Dr. Ronald Beltzer, Universiteit van Amsterdam
Prof. Dr. Carl Fredrik Bergström, Uppsala Universitet
Prof. Dr. Jochen von Bernstorff, Universität Tübingen
Prof. Dr. Leonard Besselink, Universiteit van Amsterdam
Prof. Georgi Bliznashki, Sofia University
Prof. Nada Bodiroga-Vukobrat, Sveučilište u Rijeci
Prof. Dr. Ted de Boer, Universiteit van Amsterdam

Prof. Alan Bogg, University of Oxford
Dr. Jacco Bomhoff, London School of Economics and Political Science
Prof. Pierre Brunet, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Dr. Hauke Brunkhorst, Europa-Universität Flensburg
Prof. Geneviève Burdeau, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Başak Çalı, Hertie School of Governance
Prof. David Capitant, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Valeriu Ciuca, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
Prof. Vesna Crnić-Grotić, Sveučilište u Rijeci
Prof. Simon F. Deakin, University of Cambridge
Prof. Joaquim Joan Forner Delaygua, Universidad de Barcelona
Prof. Laurence Dubin, Université de Vincennes à Saint-Denis
Prof. Dr. Hugues Dumont, Université Saint-Louis – Bruxelles
Prof. Julio Faundez, University of Warwick
Prof. Dr. em. Axel Flessner, Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld 4
Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Bremen
Prof. Ognyan Gerdzhikov, Sofia University
Prof. Lazar Gruev, Sofia University
Prof. Adoración Guamán, University of Valencia
Prof. em. Carol Harlow, London School of Economics
Prof. John Harrington, Cardiff University
Prof. James Harrison, University of Warwick
Prof. Alan Hervé, l'Université Bretagne Loire
Prof. Dr. Martijn W. Hesselink, Universiteit van Amsterdam
Prof. David Hiez, Université de Luxembourg
Prof. Dr. Dr. h.c. Christian Joerges, Hertie School of Governance Berlin
Prof. Gábor Kardos, Eötvös Loránd Tudományegyetem
Prof. Dr. Bernhard Kempen, Universität zu Köln
Prof. Plamen Kirov, Sofia University
Prof. Csilla Kollonay-Lehoczky, Central European University
Prof. Dr. Martti Koskenniemi, Helsingin yliopisto
Prof. Dr. Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
Prof. Nico Krisch, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva
Prof. Evelyne Lagrange, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Dr. Ján Lazar, Universitas Tyrnaviensis, Trnava
Prof. Dr. Marco Loos, Universiteit van Amsterdam
Prof. Laura Lorello, Università degli Studi di Palermo
Prof. Dr. Verena Madner, Vienna University of Economics and Business
Prof. Ugo Mattei, Università di Torino
Prof. Maria Rosaria Marella, Università degli Studi di Perugia
Prof. Giovanni Marini, Università degli Studi di Perugia
Prof. Arjen Meij, Honorary Professor University of Luxembourg
Prof. Joana Mendes, University of Luxembourg
Prof. Agustín José Menéndez, Universidad de León
Prof. Carlos Manuel Almeida Blanco Morais, Universidade de Lisboa
Prof. Raymond Murphy, National University of Ireland Galway
Prof. Monica Navarro-Michel, Universidad de Barcelona
Prof. Danny Nicol, University of Westminster
Prof. Dr. François Ost, Université Saint-Louis – Bruxelles
Prof. Dr. Viorel Pasca, Universitatea de Vest din Timisoara
Prof. JUDr. Václav Pavlíček, The Charles University in Prague
Prof. Sasho Penov, Sofia University

Prof. Jeremy Perelman, Sciences Po – Paris
Prof. Amanda Perry-Kessaris, University of Kent
Prof. em. Sol Picciotto, Lancaster University
Prof. Iain Ramsay, University of Kent
Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Kassel
Prof. Anne Saab, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva
Prof. Joel Samuelsson, Uppsala Universitet
Prof. Cesare Salvi, Università degli Studi di Perugia
Prof. Dr. Giovanni Sartor, Università di Bologna
Assoc. Prof. Andrej Savin, Copenhagen Business School
Prof. Dr. Harm Schepel, University of Kent
Prof. Robert Schütze, Durham University
Prof. Dr. Danielius Serapinas, Mykolas Romeris University
Prof. Stijn Smismans, Cardiff University
Prof. Constantin Stamatis, Aristotle University of Thessaloniki
Prof. Petros Stangos, Aristotle University of Thessaloniki 5
Prof. Georgi Stefanov, Sofia University
Prof. Arkadiusz Sobczyk, Uniwersytet Jagielloński
Prof. Jean-Marc Sorel, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Krasimira Sredkova, Sofia University
Assoc. Prof. Celine Tan, University of Warwick
Assoc. Prof. Jan Trzaskowski, Copenhagen Business School
Prof. William Twining, University College London
Prof. Dr. Christoph Urtz, Universität Salzburg
Prof. Dr. Wouter Vandenhole, Universiteit Antwerpen
Prof. Dr. Javier A. González Vega, Universidad de Oviedo
Prof. Dr. Ingo Venzke, Universiteit van Amsterdam
Prof. Simone Vezzani, Università degli Studi di Perugia
Prof. Horatia Muir Watt, Sciences Po – Paris
Prof. Lotta Vahlne Westerhäll, Göteborgs universitet
Prof. Ralph Wilde, University College London
Dr. Marco Aparicio Wilhelmi, Universitat de Girona
Prof. Toni Williams, University of Kent
Prof. Siobhán Wills, Ulster University
Prof. Mikhail Xifaras, Sciences Po – Paris