

# La Cour multilatérale d'investissement : verrouiller le mécanisme de RDIE (ISDS)

Dix raisons qui prouvent que la proposition de l'UE en faveur d'une Cour multilatérale d'investissement ne remédie pas aux graves lacunes de ce système

## Introduction

Ces dernières années, les tribunaux d'investissement, devant lesquels les investisseurs peuvent poursuivre les États sur la base des accords de commerce et d'investissement, ont fait de plus en plus polémique. Ce système, appelé mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE, ou Investor-State Dispute Settlement - ISDS, en anglais), donne le pouvoir à trois avocats privés, appelés « arbitres », de contraindre des États à verser des sommes importantes en compensation du préjudice à des investisseurs privés, quand ils estiment que leurs profits sont compromis par une législation ou une mesure étatique. Des études ont montré que ces tribunaux ont servi à attaquer des politiques publiques parfaitement légitimes et à soutirer aux gouvernements des indemnités pour des mesures qui visent à protéger la santé des individus et l'environnement<sup>i</sup>.

La Commission européenne a répondu aux critiques envers le RDIE en le rebaptisant « système juridictionnel des investissements » (ICS en anglais) et en donnant aux États plus de pouvoir sur le choix des arbitres. La transparence de ce système a également été améliorée et certains des controversés passes-droit détenus par les investisseurs ont été revus. Dans l'ensemble, la proposition de la Commission comprenait des réformes superficielles, sans régler les problèmes de fond de ce système<sup>ii</sup>.

Durant l'été 2016, la Commission Européenne a annoncé sa volonté d'établir une Cour multilatérale d'investissement. Elle propose de mettre en place une juridiction devant laquelle les investisseurs peuvent demander une indemnisation des États, en vertu des actuels et futurs accords de commerce et d'investissement. Bien que de nombreux détails soient encore à déterminer (et on ne sait pas encore si cette idée trouvera suffisamment de soutien en dehors de l'Union Européenne), il est déjà clair que la nouvelle juridiction ne remettra pas fondamentalement en cause le système de RDIE. Au contraire, la proposition a l'air de chercher à maintenir la plupart de ses caractéristiques (et de ses lacunes), verrouillant ainsi le RDIE.

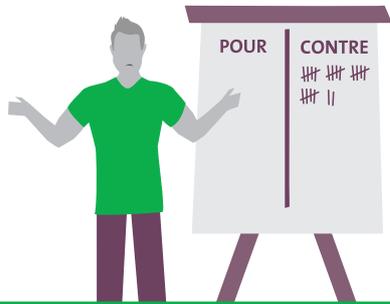
Nous avons identifié dix principaux problèmes en lien avec cette nouvelle proposition, qui montrent comment les droits des investisseurs privés restent favorisés par rapport à ceux des citoyens, renforçant ainsi le pouvoir des investisseurs vis-à-vis des États souverains. Il n'existe toujours pas d'arguments convaincants en faveur de toute forme de RDIE dans les accords commerciaux de l'Union Européenne, y compris de la - fallacieusement rebaptisée - « Cour multilatérale d'investissement ».



**Friends of the Earth Europe**



**Les Amis de la Terre France**



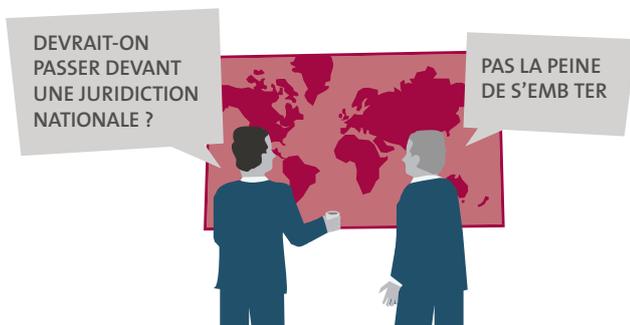
## #1 Aucune raison de favoriser les investisseurs

Aucune raison convaincante en faveur du RDIE n'a encore été démontrée. Il n'existe aucune preuve empirique que les accords d'investissement amènent à une augmentation des investissements directs étrangers (sans compter les investissements au service du développement durable), qui est censé être en premier lieu la raison d'être de ces accords<sup>iii</sup>. Au contraire, des études ont montré que les investisseurs étrangers sont en moyenne mieux traités que les entreprises nationales<sup>iv</sup>. Si les investisseurs sont particulièrement préoccupés par la sécurité de leur investissement, ils peuvent toujours souscrire à une assurance risques politiques, proposée par plusieurs institutions privées et publiques, ou faire comme tout le monde et utiliser les juridictions nationales.



## #3 Un accès réservé aux investisseurs étrangers

Seuls les investisseurs étrangers seront en mesure de porter plainte devant la nouvelle Cour de RDIE<sup>v</sup> et les communautés impactées par les mauvaises conduites des investisseurs se retrouveront laissées pour compte. Ce profond déséquilibre se traduit par un puissant système juridique parallèle proposé à un groupe déjà en force (les investisseurs étrangers), tandis que sont exclues les communautés locales qui pourraient être impactées par les abus des investisseurs (par exemple, les entreprises pétrolières ou minières polluantes leur environnement). Cette partialité encourage les décisions en faveur des investisseurs, dès lors que seules leurs poursuites vont permettre de faire vivre cette juridiction.



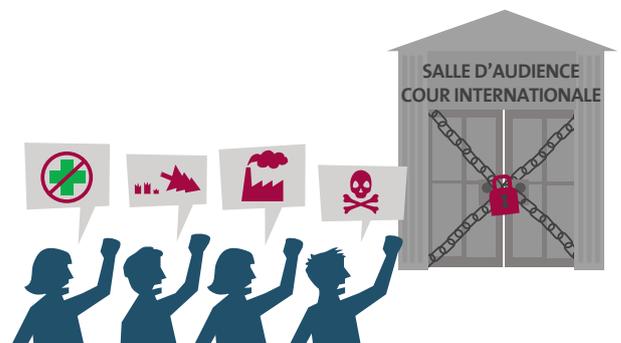
## #5 Aucun respect des juridictions nationales

Il paraît peu probable qu'il y ait une obligation pour les investisseurs étrangers de se pourvoir d'abord devant les juridictions nationales, s'ils cherchent à remettre en cause une décision gouvernementale, ou qu'ils aient à prouver que les juridictions nationales n'étaient pas en mesure de statuer sur leur cas. Cela est pourtant contraire au droit international coutumier et au droit international des droits de l'homme, qui requièrent l'épuisement des voies de recours internes. En pratique cela signifie également que les investisseurs peuvent utiliser la juridiction qui leur paraît la plus avantageuse. Ce privilège porte atteinte à l'état de droit et crée une discrimination envers les investisseurs nationaux (et tous les autres).



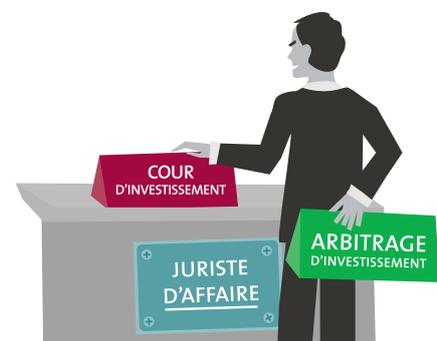
## #2 Les mêmes problématiques passe-droits qu'auparavant

La Cour multilatérale d'investissement ne changera rien aux passe-droits considérables qui sont accordés aux investisseurs étrangers dans les actuels accords d'investissement. Les investisseurs pourront continuer de se prévaloir des passe-droits qui leur ont été accordés dans des accords d'investissement datant de plusieurs décennies. Il a pourtant été prouvé que ces passe-droits étaient préjudiciables pour le processus décisionnel démocratique et qu'ils avaient été utilisés pour remettre en cause des législations d'intérêt général. Toute réforme, qui ne remettrait pas en cause ces passe-droits, ne peut pas nous protéger contre les nouvelles offensives des investisseurs.



## #4 Pas d'obligation pour les investisseurs de respecter les droits humains

Actuellement, il n'y a quasiment aucun accord d'investissement obligeant les investisseurs à respecter les lois nationales et les droits humains ou encore à éviter les dommages environnementaux. Il n'existe pas non plus de critères d'accès à cette juridiction pour les investisseurs, ce qui veut dire que même ceux qui ont exploité leurs travailleurs et pollué l'environnement pourront faire des demandes de recours. Cette nouvelle proposition de juridiction de RDIE ne tente pas d'y remédier, ce qui revient à perpétuer les fortes inégalités créées par la mondialisation économique.



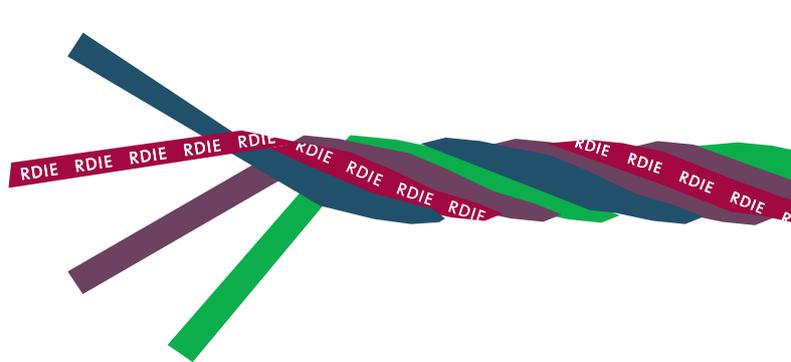
## #6 Un nom différent, les mêmes arbitres ?

Aucune garantie n'est proposée pour éviter le club restreint d'arbitres, qui décide actuellement d'un grand nombre de règlements des différends entre investisseurs et États, bien qu'ils ont été moteurs dans la recrudescence de l'arbitrage d'investissement. Bien au contraire, les futurs juges sont sélectionnés au regard de leur « expérience en loi d'investissement ». Il est également considéré de pouvoir mettre de côté la nouvelle juridiction en faveur d'une des institutions existantes en charge de RDIE, les juges issus du privé y détenant un pouvoir considérable. Tous ces éléments indiquent une forte continuité avec le système actuel plutôt qu'une tentative de réforme.



## #7 Le risque continu du « gel réglementaire »

Il est déjà pratique courante d'utiliser le mécanisme de RDIE comme outil pour faire pression sur les réformes législatives qui compromettraient les profits de l'entreprise. Il n'y a pas, pour l'instant, de garantie prévue pour éviter que cette nouvelle Cour internationale en faveur des entreprises ne provoque une paralysie réglementaire. Cela consiste en une utilisation de recours potentiels en RDIE pour prévenir le développement ou le vote de toute législation jugé indésirable par l'entreprise. Sans révision des passe-droits des investisseurs, les risques liés au gel réglementaire par la Cour d'investissement sont réels.



## #8 Verrouiller le mécanisme de RDIE

En mettant en avant les améliorations et changements mineurs liés à l'institutionnalisation du système actuel de RDIE, l'Union européenne utilise déjà cette juridiction internationale privée pour justifier l'essor du RDIE. L'UE a proposé d'inclure des tribunaux d'investissement dans pratiquement toutes les négociations commerciales et d'investissement en cours, comme par exemple en Asie (en Indonésie, aux Philippines, au Myanmar, en Inde, au Vietnam, à Singapour et en Chine) et en Amérique du Sud (au Mexique et au Chili). Cette expansion pourrait maintenir le système de RDIE pour les décennies à venir.



## #9 Compromettre les réelles tentatives de réforme

Nombreuses sont les tentatives de réforme du système actuel d'accords d'investissement : par exemple l'Afrique du Sud et l'Équateur ont mis fin aux accords d'investissement comprenant des mécanismes de RDIE. D'autres pays ont développé de nouveaux modèles d'accords d'investissement, qui comprennent des obligations pour les investisseurs, les contraignant à utiliser les voies de recours internes et considérant des méthodes alternatives au RDIE pour régler les différends entre investisseurs et États hôtes. La forte volonté de l'UE d'établir une juridiction internationale en faveur des entreprises, couplée à ses réactions ouvertement hostiles envers les réformes mises en place par d'autres pays<sup>vi</sup> confirment une intention d'ancrer le système actuel, bien qu'il soit biaisé et injuste.



## #10 Une proposition potentiellement illégale

Il n'est pas encore sûr que la nouvelle cour RDIE soit compatible avec les traités européens. Un certain nombre d'experts juridiques ont signalé qu'elle remettrait en question le monopole de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'interprétation des normes de l'Union européenne. Dans un cas récent, la Cour de justice de l'Union européenne elle-même a précisé que cette question n'était pas encore résolue<sup>vii</sup>. Il serait imprudent pour la Commission européenne de continuer d'avancer ce projet alors que l'opinion de la Cour Européenne de Justice à ce sujet, qui a été demandée par le gouvernement belge en septembre 2017, est toujours attendue.

Lors d'une consultation publique sur le RDIE organisée par la Commission européenne en 2014, 97 % des réponses rejetaient platement le RDIE<sup>viii</sup>. Pourtant, ces résultats ont été ignorés et les tribunaux d'investissement ont été inclus dans le traité de libre-échange avec le Canada (AECG ou CETA) ainsi que dans d'autres traités commerciaux. Une pétition plus récente, qui appelait la Commission à complètement revoir son approche sur cette Cour internationale au service des entreprises, a reçu plus de 340 000 signatures<sup>ix</sup>. Plutôt que de refléter cette opposition et de repenser comment les règles internationales d'investissement peuvent aider à répondre aux enjeux les plus urgents de notre époque, comme l'accélération des changements climatiques et la montée des inégalités, la Commission a montré qu'elle était déterminée à maintenir le système actuel, profondément défaillant.

Un revirement de politique est plus que nécessaire : les institutions et gouvernements européens doivent commencer par mettre un terme à ces accords d'investissement inutiles et néfastes et faciliter plutôt des moyens de recours efficaces pour les communautés locales, quand des entreprises multinationales violent les droits humains et polluent l'environnement. Ils doivent le faire en apportant tout leur soutien et en participant de manière constructive dans le groupe de travail intergouvernemental des Nations Unies pour le développement d'un traité contraignant sur les multinationales et les droits humains<sup>x</sup>.

## Références

- i. Eberhardt P. and Olivet C., Les profiteurs de l'injustice, Corporate Europe Observatory et le Transnational Institute, 2012. Voir: [https://corporateeurope.org/sites/default/files/executive\\_summary\\_-\\_french\\_0.pdf](https://corporateeurope.org/sites/default/files/executive_summary_-_french_0.pdf) (synthèse en français) <https://corporateeurope.org/international-trade/2012/11/profitting-injustice> (rapport entier en anglais)  
Lewis C., Roche C., Cingotti N., Entreprises pétrolières contre le climat: comment les investisseurs utilisent les accords commerciaux pour limiter l'action pour le climat, Amis de la Terre et autres, 2016. Voir <http://foeeurope.org/oil-vs-climate-in-trade-agreements-220216> (en anglais)  
Geraghty E., Cingotti N., Les coûts cachés des accords commerciaux de l'UE, Amis de la Terre Europe, 2014. Voir [http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/briefing\\_paper\\_french\\_v5\\_low.pdf](http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/briefing_paper_french_v5_low.pdf)
- ii. Réseau Seattles to Brussels, RDIE: Courtiser les investisseurs étrangers, 2015. Voir <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/> (en anglais)  
Cingotti N. et al, Le Système juridique des investissements mis à l'épreuve, Amis de la Terre Europe et autres, 2016. Voir : [http://foeeurope.org/sites/default/files/eu-us\\_trade\\_deal/2016/execsum-icstest-fr\\_0.pdf](http://foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/execsum-icstest-fr_0.pdf) (synthèse en français) ou <http://foeeurope.org/investment-court-system-put-to-test> (rapport entier en anglais)
- iii. Sauvart, K., Sachs, L. (eds.) Les effets des accords sur les investissements directs étrangers: accords bilatéraux d'investissement, accord de double taxe et les flux d'investissement; Poulsen L., L'importance des accords bilatéraux d'investissement pour les investissements directs étrangers et les assurances risques politiques, 2010 Voir [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1685876](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685876) (en anglais)
- iv. Aisbett E., Poulsen L., Les traitements relatifs aux étrangers: les preuves au niveau des entreprises issues des pays en développement, 2016. Voir <http://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg/files/GEG20WP%2012%20Relative%20Treatment%20of%20Aliens%20-%20Firm-level%20Evidence%20from%20Developing%20Countries%20-%20Aisbett%20and%20Poulsen.pdf> (en anglais)
- v. A part dans des circonstances exceptionnelles, par exemple quand un accord bilatéral d'investissement autorise les demandes reconventionnelles
- vi. Allix M., L'UE monte au créneau pour maintenir les accords avec l'Afrique du Sud, article du Business day live, 16 novembre 2013. Voir <https://www.businesslive.co.za/bd/companies/trade-and-industry/2013-11-12-eu-steps-up-fight-to-have-treaties-with-sa-retained/> (en anglais)
- vii. Cour de Justice de l'Union Européenne, Avis 2/15 de la Cour, 16 mai 2017, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3014>
- viii. Voir <https://www.foeeurope.org/eu-commission-deaf-opposition-investor-privileges-130115> (en anglais)
- ix. Voir <https://act.wemove.eu/campaigns/non-tribunaux-speciaux-entreprises>
- x. Voir <http://foeeurope.org/un-treaty> (en anglais)

## Remerciements

Rédaction : Fabian Flues

Commentaires : Paul de Clerck, Laure Kervyn, Paul Hallows

Mise en page : Lindsay Noble Design

Traduction de l'anglais vers le français : Audrey Arjouné

Publié par les Amis de la Terre Europe en novembre 2017

Pour plus d'informations, merci de contacter Fabian Flues, chargé de campagne sur le commerce, Amis de la Terre Europe, par email [fabian.flues@foeeurope.org](mailto:fabian.flues@foeeurope.org) ou par téléphone au +32-2-893-1024

Les Amis de la Terre Europe tiennent à remercier l'Union européenne et le Ministère néerlandais des Affaires étrangères pour leur soutien financier. Le contenu de cette publication relève de la seule responsabilité des Amis de la Terre Europe et ne peut en aucun cas être considéré comme reflétant la position des bailleurs mentionnés plus haut. Les bailleurs ne peuvent pas être tenus responsables de l'utilisation qui pourrait être faite des informations contenues dans ce document.



**Friends of the Earth Europe**



**Les Amis de la Terre France**