

A. Dispositions substantielles relatives à la protection des investissements

Question 1: Portée des dispositions substantielles relatives à la protection des investissements

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre opinion sur les objectifs ainsi que l'approche adoptée relativement à l'étendue des chapitres de protection substantielle des investissements dans le TAFTA ?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

Il est heureux que la Commission souligne la nécessité de limiter la protection des investissements à ceux effectués conformément aux règles de droit existantes ; c'est en effet un préalable incontournable dans l'hypothèse de l'inclusion d'un mécanisme de type RDIE dans le traité UE-Etats-Unis. Mais l'analyse de cas passés démontre que des panels d'arbitrage ont pu donner raison à des investisseurs qui n'avaient pas opéré dans le cadre du droit domestique, ou qui avaient recouru à la fraude ou à la corruption. La Commission ne peut donc s'en tenir à « se fonder sur la pratique en matière de traités » au motif que celle-ci aurait donné de bons résultats. Dans l'hypothèse où elle retiendrait l'inclusion de ce type de mécanisme dans le traité, elle doit explicitement indiquer dans le traité que le système de protection des investissements ne pourra s'appliquer aux investisseurs qui n'auraient pas respecté la loi. De même, l'exclusion des sociétés écrans et entreprises « boîtes aux lettres » du champ du mécanisme ISDS potentiel est indispensable. Il conviendra, pour que le principe soit justiciable, de préciser exactement dans le texte ce que recouvre l'expression "activités commerciales substantielles".

Question 2: Traitement non discriminatoire pour les investisseurs

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre opinion sur l'approche de l'UE concernant la non-discrimination relativement au TAFTA. Merci de développer.

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

Tout d'abord, le texte proposé par la Commission induit en erreur sur une question fondamentale : la clause de non-discrimination couvrira-t-elle les investissements pré-établissement, ce qui implique qu'elle inclurait des obligations en terme de libéralisation des investissements pour les Parties au traité ?

Le texte proposé en référence stipule ainsi que la clause NPF et la clause de traitement national couvriront "l'établissement, l'acquisition, la conduite, l'opération, la gestion, la maintenance, l'usage, la jouissance et la vente ou la disposition des investissements". Mais le document de consultation de la Commission ne donne en revanche aucune précision sur la question de savoir si le mécanisme de protection des investissements mis en place s'appliquera aux questions d'accès au marché (libéralisation des investissements) et si oui, aux interdictions de « performance requirements », qui définissent a priori les obligations faites aux investisseurs qui souhaitent accéder au dit marché.

Or les accords bilatéraux d'investissement de l'UE ne prévoient pas nécessairement la libéralisation contrainte des investissements (pré-établissement) mais ceux des USA le font depuis au moins quinze ans, et, surtout, le mécanisme ISDS couvre les dispositions relatives à l'accès au marché. C'est un point fondamental que la Commission doit éclaircir pour que les citoyens comprennent les enjeux de l'accord transatlantique et le champ exact d'application de son volet ISDS potentiel.

Nous considérons plus généralement que le standard de non-discrimination garantissant que les investisseurs étrangers « ne bénéficieront pas d'un traitement moins favorable que les investisseurs locaux » confère dans les faits un privilège aux investisseurs étrangers, et qu'il établit les bases d'une concurrence en faveur de ceux-ci.

La possibilité d'une discrimination à l'établissement, en restreignant l'accès des investisseurs étrangers à certains secteurs considérés comme sensibles et/ou stratégiques (énergie, défense par exemple), que la

Commission présente comme une disposition de sauvegarde et de protection, ne répond pas à une préoccupation centrale : permettre aux collectivités publiques de développer des politiques et des mesures de discrimination positive (subventions, clauses de contenu local par exemple) en faveur des acteurs économiques implantés dans les territoires et engagés dans la valorisation de ressources et de savoir-faire locaux, durables, qui fonctionnent en circuits courts. De tels instruments, pourtant indispensables pour organiser le développement économique et social des territoires, pourraient alors être attaqués devant un tribunal d'arbitrage.

La Commission doit aussi explicitement spécifier que l'importation, via la clause NPF, de clauses d'autres traités susceptibles de conférer aux investisseurs étrangers des avantages encore plus favorables que le traité UE-Etats-Unis sera refusée par l'UE, ce que le projet de texte AECG porté à notre connaissance ne fait pas.

Du reste, même l'interdiction de l'importation de clauses n'empêchera pas les arbitres d'interpréter une disposition en fonction d'interprétations plus favorables de la même disposition dans d'autres traités. C'est pourquoi l'introduction de la clause NPF doit être exclue du traité, et toute interprétation reposant sur le principe même de l'importation de clauses doit être rigoureusement proscrite dans le cadre des arbitrages.

Concernant les exceptions prévues par les dispositions de non-discrimination afin de conserver aux États leurs capacités à réguler : elles ne peuvent être formulées par « liste négative » c'est à dire en établissant la liste des champs qui pourront faire l'objet d'exceptions. Cela signifierait que les autres domaines de l'action publique non clairement cités dans le texte ne peuvent être concernés par le droit à réguler. Enfin une telle formulation établirait le droit à réguler en exception, et non en norme.

La Commission doit donc introduire et protéger le droit souverain à réguler de l'UE, des États et des collectivités publiques de façon explicite et transversale à l'ensemble du traité, non seulement en préambule ou en introduction au texte, mais bien comme article premier, afin de lui donner une valeur juridique contraignante. Faute de répondre à cet impératif, l'introduction d'un mécanisme de type RDIE à même de promouvoir cette acceptation de la non-discrimination dans le traité est inacceptable à nos yeux.

Question 3: Traitement juste et équitable

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre opinion sur l'approche du traitement juste et équitable des investisseurs et de leurs investissements relativement au TAFTA ?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

La clause de Traitement juste et équitable (TJE) a donné lieu aux interprétations les plus abusives des arbitres dans le passé, et son caractère extrêmement vague a renforcé le pouvoir de ces derniers à l'égard des collectivités publiques. La reconnaissance de ces abus est un premier pas, mais la Commission omet de remettre en question le rôle déterminant des arbitres à l'origine du problème.

Concernant la clause « de protection » ou « umbrella clause », elle ne doit en aucun cas figurer dans le volet « protection des investissements » du traité, car elle élèverait des différends liés aux contrats au niveau d'une violation de traités internationaux. Cela supposerait ainsi que tout manquement à un contrat de droit privé entre un État et une entreprise (non-paiement d'une facture par exemple, non entretien d'une infrastructure...) pourrait induire des poursuites devant un tribunal d'arbitrage, et consacrerait de fait la socialisation des conséquences d'une infraction privée au droit commercial.

En réalité la seule raison justifiant l'introduction d'une clause TJE dans le traité est le déni d'accès à une procédure judiciaire équitable auprès d'une juridiction nationale, car dans l'immense majorité des cas, les dispositions de droit national protègent l'investisseur contre la violation de ses droits fondamentaux (expropriation illégitime, discrimination vis à vis d'autres investisseurs...). La liste des situations qui pourraient donner lieu à l'invocation de la clause de TJE telle que donnée par le texte de consultation de la Commission ouvre par ailleurs la possibilité qu'elle soit étendue par les arbitres eux-mêmes, dont le pouvoir d'interprétation échappe largement aux parties.

Si le mécanisme de règlement des différends devait effectivement être introduit dans le traité, il devrait établir de façon explicitement restrictive (via une formule de type « seulement dans les cas de... » par exemple) les situations dans lesquelles la clause TJE pourrait être invoquée, afin de limiter formellement son usage aux cas de figure légitimes (non-accès à un tribunal local, principalement).

Le concept d' « attentes légitimes » des investisseurs ne peut en outre être introduit dans le texte du traité, et encore moins de façon aussi évasive. L'invocation de cette notion a en effet donné lieu à de nombreux cas abusifs, fondés sur des interprétations extravagantes par les multinationales et des arbitres (et justifiées par des preuves ridiculement insuffisantes). A moins d'explicitement préciser, et de façon restrictive, ce qui pourrait fonder ces « attentes légitimes » dans le cadre d'une procédure (des engagements écrits, spécifiques et signés), son introduction donnera aux investisseurs et aux tribunaux d'arbitrage une arme terrible leur permettant de faire condamner les collectivités publiques à des indemnités exorbitantes sur la seule base, par exemple, de la lecture d'une publicité attractive ou d'une discussion informelle avec un fonctionnaire.

En attendant que la Commission fournisse des garanties significatives, la notion, fondée sur des formulations aussi

vagues, qui consacrent une acception très extensive du concept d'« attentes légitimes », ne peut en aucun cas figurer dans le texte final.

L'attente de stabilité réglementaire des investisseurs, en particulier, ne peut être fondée. En effet il ne peut exister, dans la loi, aucune garantie de stabilité de l'environnement institutionnel pour les investisseurs et la clause de TJE ne peut être interprétée comme telle. La Commission doit explicitement inscrire dans le texte du traité que l'obligation de retour sur investissement ne peut nullement fonder une procédure, ni être interprétées de la sorte par les arbitres. Seul le déni de justice peut fonder le recours à une instance arbitrale internationale.

Un investissement, pour une entreprise comme pour un particulier, est un risque économique et financier. L'investisseur mesure le niveau de ce risque, et sa rémunération est généralement proportionnelle au niveau de ce risque. Il ne peut en aucun cas attendre que les lois couramment applicables ne changent jamais dans le futur. Et il n'appartient pas aux budgets publics de jouer le rôle de garantie contre ces risques.

Le seul cas de figure dans lequel un Etat ou une collectivité publique pourrait devoir rendre compte de ses responsabilités devant une instance arbitrale ad hoc, c'est s'il a manifestement violé le droit de l'investisseur à une procédure juridique équitable et juste.

Au contraire, en contradiction avec l'ensemble des précautions qu'elle énonce, le dernier paragraphe de la question « l'Union s'efforcera également, le cas échéant, d'offrir une protection aux investisseurs étrangers au cas où l'État d'accueil ferait usage de ses pouvoirs souverains pour échapper à ses obligations contractuelles vis-à-vis des investisseurs étrangers ou de leurs investissements » indique que la Commission entend élargir l'acception de la clause TJE et lui donner une portée plus large et mal définie, donc sujette à toutes les interprétations possibles.

Cette acception remettra en cause le droit de réguler des Etats membres de l'UE, ou le placera, à tout le moins, en dépendance vis à vis de l'interprétation de la Commission elle-même. En conclusion la référence à la notion de TJE constitue un danger majeur pour les collectivités publiques qui s'engageront à travers la signature du traité par les parties, et ne doit en aucun cas figurer dans le texte final si jamais un mécanisme de type RDIE devait y être inclus.

Question 4: Expropriation

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre opinion sur l'approche liée à l'expropriation relativement au TAFTA? Merci de développer.

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

La Commission a raison de souligner l'extrême volatilité du concept d'expropriation indirecte, et la soumission entière de son interprétation à la liberté des arbitres, et c'est un des cœurs du problème.

Dans les ¾ des cas environ, les arbitres choisissent d'adopter une lecture extensive de la notion, et d'émettre des arbitrages qui dans les faits privilégient le droit de l'investisseur contre celui de la collectivité publique à réguler.

Si la Commission fait référence à la Convention européenne des droits de l'Homme pour fonder sa volonté d'instaurer un plus grand équilibre entre droits des investisseurs et droit à réguler, elle omet de spécifier que la seconde partie de l'article 1 de la dite Convention, relatif au droit à la propriété, précise que « les dispositions qui y sont relatives [au droit à la propriété] ne pourront en aucun cas remettre en cause le droit d'un État à mettre en œuvre des lois telles que nécessaires pour contrôler l'usage de la propriété conformément à l'intérêt général, ou pour assurer le paiement de l'impôt ou bien de toute autre pénalité ou amende. »

Le droit à la propriété ne peut donc en aucun cas servir de fondement à la constitution d'une plainte suite à une régulation publique quelle qu'elle soit (hormis si elle conduit à un déni de justice, cf supra). La marge de manœuvre des arbitres à donner une lecture extensive de la notion d'expropriation doit donc être limitée par un langage très clair du traité, qui rappellera la supériorité systématique du droit à réguler sur le droit à la propriété, voire qui pourra spécifier - sous forme de liste négative - les situations susceptibles d'être interprétées comme des cas d'expropriation indirecte, et qui couvrira l'ensemble des clauses du texte, de façon à ce que d'autres dispositions ne puissent être invoquées à sa place afin d'arriver au même résultat (par exemple la clause de TJE).

Le texte cité en référence exclut à cet égard du champ de l'expropriation indirecte toutes les mesures (non-discriminatoires) qui protègent légitimement des objectifs d'intérêt général tels que la santé, la sécurité, l'environnement. Mais il stipule qu'il restera des exceptions « rares » dans lesquelles de telles mesures seront envisagées comme des expropriations indirectes ; mais quelles seront ces « rares exceptions » et qui en décidera

De même, les clarifications terminologiques de la Commission n'empêcheront pas les arbitres qui le souhaitent de recourir à la clause de la NPF et au mécanisme d'importation de clauses, car il existe forcément des accords dont l'UE ou les États-Unis seront parties prenantes qui permettront des interprétations beaucoup plus larges et défavorables aux États. En conclusion, le droit à réguler des États et des collectivités publiques doit primer sur toute autre considération visant la protection de la propriété privée, raison pour laquelle l'introduction d'un mécanisme de règlement des différends dans le traité, dont le fondement consiste à donner au droit à la propriété des investisseurs une valeur supérieure à celle du droit à légiférer des autorités publiques, et en cela à l'intérêt général, représente un danger majeur sur le plan du respect des principes basiques du droit européen et international.

Question 5: Ensuring the right to regulate and investment protection

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre opinion sur la façon dont le droit de réguler est traité par l'UE dans le TAFTA ?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

L'approche proposée par la Commission concernant « le droit à réguler » pose un problème de principe car elle introduit une contradiction fondamentale entre l'arbitrage Investisseur-État et la protection des droits humains. En effet elle place la protection des droits de propriété au dessus du droit à réguler autant que des droits humains fondamentaux, notamment en continuant de proposer le recours à un système d'arbitrage lucratif. Les privilèges conférés par cette approche aux investisseurs sont les suivants :

- un système de contrainte de la sanction beaucoup plus large et puissant que celui relatif aux droits humains ;
- la possibilité d'une compensation financière publique beaucoup plus forte que dans le système relatif à la protection des droits humains ;
- la possibilité de recourir à des normes de protection qui n'ont pas d'équivalent dans le système de justiciabilité des droits humains ;
- la possibilité pour les investisseurs de jouer un rôle direct dans la composition du tribunal, qui n'existe pas pour les individus ou entités plaignantes dans des cas fondés sur les conventions et textes régissant les droits humains ;
- un système de jugement dans lequel l'entité énonciatrice du jugement a un intérêt à favoriser le plaignant.

La Commission donne donc aux investisseurs privés des droits procéduraux et de substance très supérieurs à ceux des autres acteurs et des autorités publiques et ses clarifications sémantiques seront insuffisantes pour empêcher les décisions produites par les arbitres de manquer de l'indépendance et de l'intégrité minimales requises.

Le texte cité en référence priorise en outre les approches volontaristes et normatives concernant la responsabilité des entreprises, mais n'affirme pas sa volonté de contribuer à l'édiction d'un véritable système légal et contraignant, qu'il s'agisse de respecter les droits des entreprises ou de définir leurs obligations.

En contrepoint des sanctions auxquelles peuvent être soumis les États, les investisseurs ne peuvent quant à eux être soumis à aucune sanction ou pénalité, même uniquement financière.

L'introduction du droit à réguler en préambule du texte final du traité ne suffira pas à le rendre « surplombant » de l'ensemble des autres clauses. Son introduction en tant que norme placée au même niveau que d'autres dispositions techniques tendra même à sous-entendre que les États ne sont pas capables d'assurer le respect de ce droit par eux-mêmes, et qu'un mécanisme de type RDIE est indispensable pour les contrôler. Dans ce contexte, l'explicitation d'exceptions et de sauvegardes auxquelles le droit à réguler s'appliquera tend à rendre ce droit inférieur (et exceptionnel, sous réserve que la collectivité publique puisse démontrer sa légitimité) à celui des investisseurs.

La Commission n'a en outre aucun moyen d'assurer que les clauses NPF ou TJE, ou encore que la notion d'expropriation indirecte, ne seront pas interprétées par les arbitres de manière libre et extensive. L'incitation financière de ces arbitres à statuer en faveur des entreprises plaignantes est incontestable, et la seule manière d'y remédier et de s'orienter vers un système de règlement des différends qui reposera sur des juges (et non des arbitres) indépendants, statutairement non-dépendants des parties pour leurs rémunérations.

Concernant l'introduction d'un mécanisme d'interprétation contraignante des dispositions du traité par les parties, il existe déjà dans l'ALENA et n'a quasiment jamais été utilisé. Dans le cas de l'Union européenne, on voit mal comment les 28 États membres pourraient s'accorder avec les États-Unis sur une interprétation commune des textes. C'est en outre une procédure lourde et ultra-bureaucratique, qui n'a que des chances très minces d'aboutir.

Enfin concernant la proposition d'amélioration procédurale qui empêchera explicitement un tribunal arbitral d'ordonner le retrait d'une mesure par une collectivité publique et lui donnera seulement le droit de décider de compensations, on voit mal en quoi cela pourrait réduire l'effet de dissuasion à l'égard des États. En effet, le volume des coûts engendrés par les procédures pour les budgets publics, compensations potentielles incluses, suffira pour produire une contrainte sur les décideurs publics.

On ne peut donc considérer que le droit à réguler sera garanti par toutes les « innovations » proposées par la Commission en cas d'introduction d'un mécanisme ISDS intégrant celles-ci. C'est pour cette raison que nous nous opposons à son inclusion dans le traité final.

B. Règlement des différends investisseur-État (ISDS)

Question 6: Transparency in ISDS

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, pensez-vous que cette approche contribue à l'objectif de transparence et d'ouverture dans le système de règlement des différends investisseur-État ? Merci d'indiquer vos suggestions.

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

La transparence et l'accès du public à toutes les informations relatives aux procédures de règlements d'un différend Investisseur-État sont en effet des sources de préoccupations majeures, mais les propositions de la Commission sont largement insuffisantes pour réellement respecter les droits fondamentaux des citoyens à l'information et leur droit fondamental à l'accès à la justice.

Ce sont l'ensemble des audiences et des documents de procédures, preuves comprises, qui doivent être accessibles au public, et aisément consultables par celui-ci dans le cas des seconds.

La possibilité d'exceptions à cette obligation de transparence au nom de la protection d'informations confidentielles ou de secrets industriels pose un problème de premier plan, et seules des juridictions nationales ou internationales composées de juges, et non des arbitres eux-mêmes, devraient être estimées compétentes pour évaluer ce risque.

La proposition du texte de consultation de donner aux tiers parties le droit de soumettre des contributions au tribunal arbitral ne permet pas, quant à elle, de rééquilibrer l'infériorité des droits conférés aux citoyens ou entités publiques concernés par une procédure par rapport à ceux des investisseurs. En effet toute entité dont les droits ou les intérêts sont affectés par la procédure a le droit légal d'y participer pleinement, en tant que partie, afin que ses arguments et que ses observations puissent être entendues et retenues dans le cadre du jugement. C'est une condition impérative pour le système d'arbitrage Investisseur-État devienne cohérent avec les principes du droit public.

Enfin nous savons que le rôle de l'industrie d'arbitrage dans l'élaboration des normes et des procédures relatives aux mécanismes de type ISDS est déterminant, et qu'il vise à orienter ceux-ci en fonction de l'intérêt des firmes juridiques et des experts-arbitres internationaux. C'est pourquoi la Commission et les institutions européennes dans leur ensemble doivent publier de façon systématique la liste des initiatives de lobby conduites dans ce domaine, et instaurer un registre obligatoire des lobbyistes à Bruxelles.

Question 7: Plaintes multiples et relation aux tribunaux nationaux

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, que pensez-vous de cette approche pour contrebalancer l'accès aux ISDS avec un recours possible aux tribunaux nationaux, évitant les conflits entre les recours nationaux et les ISDS relativement au TAFTA. Merci d'indiquer les étapes qui pourraient être prises, ainsi que vos commentaires sur l'utilité de la médiation comme outil de règlement de différends.

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

Dans le cadre de toutes ses négociations de commerce et d'investissement, la Commission devrait promouvoir comme premier principe la primauté des juridictions nationales sur les tribunaux d'arbitrage d'investissement. C'est le cas dans tous les autres domaines du droit international, qu'il s'agisse des droits humains ou de la protection diplomatique : toutes les voies domestiques doivent être épuisées avant recours aux procédures supra-nationales (régionales ou internationales).

Or la terminologie « privilégier », « inciter » laisse à penser que l'épuisement de toutes les juridictions et cours locales/nationales ne sera pas obligatoire pour les parties au traité. En effet le fait qu'un traité international ne puisse pas directement être invoqué pour saisir une cour nationale ne signifie pas que le droit national ne sera pas capable d'offrir l'accès à une justice qui défend équitablement les droits des investisseurs et des citoyens, puisque les droits de propriété individuels, la protection contre les expropriations ou encore contre une discrimination inappropriée sont largement assurés dans les droits des États membres de l'UE, de l'UE elle-même de même que dans le droit nord-américain.

C'est pourquoi nous nous opposons à l'introduction d'un mécanisme de type ISDS dans le traité transatlantique.

Le texte de la consultation soutient pourtant l'idée que nombreuses sont les situations où les tribunaux nationaux ne sont pas en mesure d'offrir une justice équitable et accessible aux investisseurs. C'est accorder peu de crédit aux appareils et aux acteurs de justice nationaux, et remettre en question la volonté et la compétence des États membres à offrir les conditions de mise en œuvre et de protection de tous les droits fondamentaux, et à garantir un accès universel et équitable à la justice.

Dans l'hypothèse où un mécanisme de type ISDS devait être intégré au texte final du traité, nous pensons donc que cette disposition (l'obligation d'épuiser le recours à toutes les juridictions publiques existantes avant de saisir un tribunal d'arbitrage) devrait être introduite.

Il doit également être impossible pour une entreprise ou un investisseur de saisir en parallèle des juridictions différentes, directement ou par la voie d'une de ses filiales ou entités. Mais le texte proposé par la Commission laisse planer l'ambiguïté. Il indique en effet que les recours multiples pour compensation seront prohibés, mais les procédures nationales sont pour la plupart non-compensatoires par nature, si bien que la juxtaposition de procédures parallèles dans des juridictions distinctes ne sera de fait pas empêchée.

Enfin la prise en compte des jugements/arbitrages relatifs à des cas semblables est une pratique constitutive du Droit, afin d'assurer à la fois la cohérence et la « commensurabilité » des sanctions. Le fait que la Commission doive le rappeler indique bien que les manquements des arbitres à ce principe fondamental sont légions, du fait des arbitres qui sont incités par le fonctionnement du système ISDS à « sur-compenser » les investisseurs.

Si un mécanisme de type RDIE devait figurer au texte du traité, la seule façon de répondre à cette préoccupation serait de remplacer les arbitres indépendants et payés au contrat par des juges statutaires œuvrant au sein d'une juridiction répondant à des règles de procédures et d'organisation - nomination des juges incluse - garantissant leur indépendance, leur impartialité et leur contrôle par une instance administrative indépendante des pouvoirs politiques que des lobbies industriels et financiers.

Toutes ces garanties n'étant pas offertes par le texte de consultation de la Commission, nous nous opposons à l'introduction d'un mécanisme de type RDIE dans le traité États-Unis.

Question 8: Éthique des arbitres, conduite et qualifications

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre position sur ces procédures, et en particulier sur le Code de Conduite et les prérequis en termes de qualifications pour les arbitres relativement au TAFTA. Améliorent-ils le système existant ? Y a-t-il des améliorations qui pourraient être envisagées ?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

Le manque d'impartialité et d'indépendance des arbitres n'est pas le fait de cas individuels et isolés, qui pourraient être jugulés via un code de conduite ou la supervision des gouvernements. C'est un problème systémique à l'arbitrage d'investissement ; les arbitres, dont la rémunération croît avec le nombre de plaintes dans lesquelles ils sont impliqués, sont incités à rendre des décisions favorables aux investisseurs pour être choisis comme arbitres ou comme conseils lors de litiges ultérieurs.

Toute juridiction permettant aux arbitres d'officier en tant qu'avocats « conseils » d'une des parties dans d'autres litiges soulève par ailleurs un cas de conflit d'intérêt évident. Il n'existe aucun système juridique national ou supra-national public dans lequel un magistrat ne peut conserver des activités de conseil juridique parallèles.

Le système actuel confie en outre au Secrétaire général du CIRDI la responsabilité de désigner les arbitres en cas de désaccord des parties au litige, ce qui constitue une violation du principe d'indépendance politique de la justice, en particulier dans le cas d'un traité transatlantique, le SG du CIRDI étant nommé par l'administration américaine.

Or les réponses proposées par la Commission ne permettront pas de répondre à ces problèmes systémiques :

- l'introduction d'un Code de conduite - qui n'est pas inclus au texte de la consultation et dont les moyens de mise en œuvre du caractère contraignant ne sont pas précisés - ne remplacera pas les garanties offertes par un système de justice indépendant géré par des magistrats autonomes.
- La Commission ne spécifie pas qu'elle exigera des arbitres une certaine expérience et certaines compétences en matière de droit public / de politiques publiques sectorielles (en fonction des litiges).
- Le recours à des juges retraités ne résoudra pas, en outre, la question de la dépendance économique des arbitres vis à vis des investisseurs qui les choisissent.
- La mise en place d'un répertoire des arbitres n'est pas non plus une réponse si les arbitres sont toujours payés à la mission, choisis par les parties, et en mesure d'œuvrer aussi comme conseils juridiques. D'après le texte UE-Canada, il ne concernerait en outre que les présidents du panel d'arbitrage, ce qui laissera toujours la possibilité aux parties d'appointer des individus sans compétence ou en situation de conflit d'intérêt majeur pour occuper les deux autres positions d'arbitrage.

Seule la constitution d'une juridiction indépendante, composée de juges indépendants et salariés de droit public et encadrés par des magistrats autonomes, souverains de leurs décisions de nomination/renvoi, promotion/rétrogradation, permettra de pallier aux défaillances systémiques du mécanisme RDIE. En l'absence d'une proposition de cette nature, nous nous opposons à l'introduction d'un mécanisme RDIE dans le traité final.

Question 9: Réduire le risque de cas abusifs et non fondés

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre position sur les mécanismes de réduction de poursuites abusives et non fondées, ainsi que l'élimination des incitations relativement au TAFTA.

other means to limit frivolous or unfounded claims.

If you do not want to reply to this question, please type "No comment".

Faire en sorte d'éradiquer les litiges abusifs et infondés est une nécessité impérieuse dans tout système juridictionnel, c'est donc une condition indispensable à la mise en place d'un hypothétique mécanisme RDIE dans le traité UE-Etats-Unis.

Mais là non plus la Commission n'offre pas les garanties qui permettront de rendre ce mécanisme indépendant et équitable. En l'occurrence tout juge a le pouvoir de rejeter un cas abusif, dans n'importe quelle cour. Mais renvoyer aux arbitres d'investissement la décision de rejeter les procédures abusives est un non-sens compte tenu du conflit d'intérêt primaire auquel ils sont soumis : comment des arbitres payés à la mesure de leur implication dans des litiges pourraient-ils avoir l'indépendance nécessaire pour les rejeter ?

Dans ces conditions, l'introduction d'un mécanisme RDIE dans le traité transatlantique demeure un risque majeur pour les États, qui, pouvant être poursuivis pour des motifs fallacieux, seront dissuadés a priori de légiférer ; et l'hypothèse d'une condamnation systématique aux dépens ne palliera pas à ce risque. Une approche qui fait donc de la protection des investisseurs une entrave à la régulation publique.

Question 10: Autorisation des poursuites (filtre)

Question:

Certains accords d'investissement incluent des des mécanismes de filtrage grâce auxquels les Parties de l'accord (ici les US et l'UE) peuvent intervenir dans des cas ISDS où un investisseur cherche à s'opposer à des mesures découlant des réglementations de prudence pour la stabilité financière. Dans de tels cas, les Parties peuvent décider ensemble qu'une plainte de puisse être poursuivie.

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre position sur l'utilisation et l'étendue d'un tel mécanisme de filtrage relativement au TAFTA ?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

Dans l'hypothèse d'un mécanisme RDIE inclus dans le traité, pourquoi ne permettre que la protection du droit à réguler dans le secteur financier ?

Le recours à ces « filtres » devrait être possible dans l'ensemble des secteurs de la décision publique. Faute de le spécifier, la disposition proposée par la Commission tend à laisser penser que seul le système financier pourra faire l'objet de ces « exceptions de régulation », ce qui fondera des interprétations éminemment restrictives de la part des arbitres.

En outre, afin de garantir l'indépendance de cette procédure d'instauration de « filtres », les autorités de régulation saisies dans les deux pays concernées devraient présenter toutes les garanties d'une complète autonomie vis à vis des acteurs politiques comme économiques.

Question 11: Orientation des Parties (l'UE et les US) sur l'interprétation de l'accord

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre position sur cette approche assurant l'uniformité et la prédictibilité dans l'interprétation de l'accord? Ces éléments sont-ils désirables? Le cas échéant, considérez-vous qu'ils sont suffisants?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

Tout d'abord, l'expérience des arbitrages effectués dans le cadre de l'ALENA, depuis le milieu des années 90, montre que ce mécanisme d'interprétation « partagée » entre les deux États parties au traité s'est avéré d'une portée limitée pour contrer la tendance des arbitres à interpréter le texte de façon extensive et/ou hasardeuse. Ce n'est pas donc pas une réponse empirique valable au problème des excès ou d'incohérence d'interprétation éventuels.

Mais surtout confier aux États parties d'un traité la capacité de rendre contraignante leur propre lecture du droit, même conjointe, pose un problème majeur d'indépendance du système juridictionnel qu'il comporte. Ce sont des juges ou des entités juridiques indépendantes qui devraient avoir ce pouvoir en dernière instance, et non des diplomaties bilatérales soumises aux aléas du pouvoir politique et des changements géopolitiques.

C'est pourquoi les propositions de la Commission ne permettent pas non plus de garantir le caractère juste et impartial du mécanisme RDIE, et nous ne pouvons accepter son introduction en l'état.

Question 12: Mécanisme de recours et cohérence des procédures

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe en référence, quelle est votre position sur la création du mécanisme de recours dans le TAFTA comme moyen d'assurer l'uniformité et la prédictibilité de l'interprétation de l'accord?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

La possibilité pour l'une des parties d'une procédure de faire appel de la décision en première instance est un droit fondamental, qu'il est indispensable de respecter dans le cadre du règlement de conflits liés à l'investissement comme dans toute procédure juridique.

Mais l'introduction d'un mécanisme d'appel dans un éventuel dispositif de RDIE ne répondra en rien aux problèmes déjà soulignés précédemment (partialité des arbitres et conflits d'intérêt) à partir du moment où les tribunaux d'appel seront composés dans les mêmes conditions que ceux de première instance, c'est à dire par des arbitres rémunérés au cas traité, et exerçant des activités professionnelles lucratives dépendantes des investisseurs par ailleurs.

Dans cette mesure, faute de confier l'arbitrage des conflits liés à l'investissement à une juridiction entièrement indépendante et composée de juges obéissant aux règles légales et administratives des États parties ou des entités supra-nationales compétentes - à parité -, nous ne pouvons accepter un mécanisme de type RDIE.

Du reste la Commission ne communique aucune indication concernant le fonctionnement du mécanisme d'appel proposé, nous ne pouvons donc soutenir cette proposition.

C. Évaluation générale

Quelle est votre évaluation générale de l'approche de normes de protection de fond et l'ISDS comme base pour les négociations d'investissements entre l'UE et les US?

Voyez-vous d'autres façons pour l'UE d'améliorer le système d'investissement?

Y a-t-il d'autres questions liées aux thèmes abordés par ce questionnaire dont vous voudriez parler?

Si vous ne souhaitez pas répondre à cette question, merci d'écrire « pas de commentaire »

L'AITEC s'est employé à fournir des réponses détaillées à l'ensemble des questions de la consultation afin de mettre en évidence :

- les nombreuses problèmes posés par le régime actuel de droit des investissements,

- les insuffisances et défaillances des propositions correctives formulées dans le document de consultation de la Commission.

Nous souhaitons, en conclusion, souligner notre opposition profonde à l'introduction d'un mécanisme de type RDIE dans l'accord de libre-échange en projet avec les États-Unis et dans tout autre traité en cours de négociation, ce pour les raisons suivantes :

- il confère aux investisseurs des droits infiniment supérieurs à ceux des individus et des entités publiques tels qu'ils sont protégés par les droits nationaux, supra-nationaux ou internationaux ; seules les entreprises disposent, à travers des mécanismes RDIE, du droit unilatéral de saisine d'un État et d'un tel pouvoir de contrainte a priori et a posteriori pour imposer leurs intérêts.

- il repose sur un système d'arbitrage privé au cœur duquel domine la logique lucrative et le conflit d'intérêt. Le rôle néfaste de l'industrie d'arbitrage - experts juridiques de l'investissement, cabinets d'avocats - dans l'introduction puis l'élargissement de ce type de mécanismes a été démontrée, de la même façon que les multiples démarchages qu'ils opèrent auprès des investisseurs pour les inciter à lancer des procédures dans lesquelles il agiront en tant que conseils, avant d'être choisis comme arbitres par la même compagnie lors d'un litige ultérieur.

- il n'offre aucune des garanties d'indépendance et d'impartialité minimales - notamment la déconnexion de la rémunération des arbitres ou des juges du nombre de cas auxquels ils participent - et n'est soumis à aucun contrôle indépendant par des magistrats ou des juges non partie-prenante du système d'arbitrage.

- il exerce un effet de dissuasion profond à l'égard des États et des autorités publiques, dont le droit à réguler en pleine souveraineté - pourtant supérieur aux droits de propriété en théorie - n'est plus garanti. Ceux-ci renoncent ainsi à des politiques publiques et des décisions légales nécessaires à la promotion de l'intérêt général, dans le domaine de la santé publique, de l'environnement, du développement local...

- il conduit à l'imposition, par les arbitres, de compensations financières faramineuses au détriment des États ou des collectivités territoriales, amenés à puiser dans les deniers publics pour contenter des investisseurs qui saisissent bien plus souvent l'instance d'arbitrage par effet d'aubaine financière que par réel préjudice.

Ce sont là des failles systémiques de l'arbitrage d'investissement, qui ne peuvent être corrigés par les aménagements et les améliorations proposées par la Commission dans son texte de consultation. De plus, et surtout, la consultation, dont le caractère ouvert et démocratique est du reste largement discutable tant son approche est étroite et son langage et sa terminologie inaccessibles au plus grand nombre, omet de poser plusieurs questions primordiales :

Pourquoi conférer aux investisseurs des droits spéciaux ? Pourquoi leur renvoyer in fine le droit de contrôler les décisions publiques et de censurer toutes celles qui limiteront l'expansion de leurs bénéfices ?

- Pourquoi présupposer que les États sont incapables de faire valoir une justice équitable pour toutes les parties et respectueuse à la fois du droit et de l'intérêt général ?

- A qui profite véritablement l'introduction d'un mécanisme de type RDIE - dont la plupart des entreprises, multinationales exceptées, sont critiques - si ce n'est presque exclusivement à l'industrie de l'arbitrage elle-même ?

- Faut-il décevoir, à la lumière de tous les problèmes qu'il pose, de toutes les inquiétudes qu'il suscite et de toutes les procédures honteuses qu'il a générées, notamment vis à vis de gouvernements - donc de citoyens - violemment frappés par la crise, imposer l'introduction d'un mécanisme de type RDIE dans le texte du futur traité transatlantique ?

Ce sont là les interrogations préalables que la Commission aurait du soumettre aux citoyens, aux organisations de la société civile et aux acteurs économiques, à la lumière d'exemples précis d'arbitrages passés et des implications désastreuses qu'ils ont eues sur les collectivités publiques et leur capacité à remplir leur mandat de défense de l'intérêt des peuples et de l'environnement.

A défaut, l'exercice de consultation prétendue ne peut être pris au sérieux, il tend même à la caricature.