

L'ISDS ressuscité

Rebaptisé «ICS», la «Charte des pleins pouvoirs» des entreprises renaît sous une nouvelle forme

(The zombie ISDS. Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die)



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

Février 2016

Résumé exécutif

Au cours des deux dernières années, une polémique sans précédent sur le territoire européen, à propos d'un élément autrefois inconnu des accords de libre-échange, tient les citoyen.ne.s, les politicien.ne.s et les médias en haleine : le fameux mécanisme de règlement des différends Investisseur-État, le mal-aimé « ISDS » (pour Investor-State Dispute Settlement, la formulation anglaise).

L'ISDS se trouve inclus dans des milliers d'accords internationaux. Il permet aux entreprises de poursuivre les gouvernements lorsque ces derniers mettent en œuvre des politiques susceptibles de nuire aux profits des premières, y compris des politiques visant à protéger la santé publique ou l'environnement. De telles poursuites contournent les tribunaux nationaux et se règlent devant un tribunal d'arbitrage international composé de trois juristes *free-lance*, qui décident si les bénéficiaires privés doivent être prioritaires au regard de l'intérêt général. Partout dans le monde, les tribunaux d'arbitrage Investisseur-État accordent des milliards de dollars, financés par le contribuable, aux grandes entreprises – souvent en compensation de mesures d'intérêt public.

Lorsque la Commission européenne a proposé d'inclure ce régime juridique conçu au service des entreprises dans l'accord commercial en cours de négociation avec les États-Unis, le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI, TAFTA ou TTIP), elle a déclenché une opposition massive : plus de 97% des 150 000 participants, un taux de participation record, a rejeté ces privilèges lors d'une consultation publique. Cette critique

s'est également infiltrée parmi les États membres de l'UE et au Parlement européen. L'ISDS est devenu « l'acronyme le plus toxique en Europe », selon la Commissaire au Commerce de l'UE, Cecilia Malmström.

À l'automne 2015, dans une tentative de contournement de l'opposition colossale engendrée par l'ISDS, la Commission européenne a choisi de re-labelliser le mécanisme lors de la publication d'une proposition révisée, pour toutes les négociations relatives à l'investissement en cours et à venir, dont le TAFTA/TTIP. Fini l'« ancien » ISDS : la Commission promettait un « nouveau » système prétendument indépendant et supposé protéger le droit à réguler des gouvernements : le « système judiciaire pour l'investissement », ou ICS en anglais.

Ce rapport montre que l'ICS ne met pas un terme à l'ISDS. Bien au contraire, il permettra à des milliers d'entreprises de contourner les systèmes juridiques nationaux et de poursuivre les gouvernements devant les tribunaux parallèles si les lois et règlements entravent leur capacité à générer des profits. Cela reviendra à reverser l'argent des contribuables, en milliards d'euros, aux grandes entreprises. Ce système pourra empêcher la mise en œuvre de politiques de protection des individus et de la planète pourtant souhaitables, et enfermer définitivement les États membres de l'UE dans le régime d'injustice instauré par l'ISDS.

En somme, l'ICS est une réincarnation de l'ISDS. C'est l'ISDS régénéré de ses cendres.

Principales conclusions :

1. **Le nombre de contentieux Investisseur-État et les sommes en jeu ont atteint des sommets au cours des vingt dernières années.** Alors que trois cas étaient recensés en 1995, on en dénombre 700 en janvier 2016, et un record de 70 nouveaux litiges est enregistré pour la seule année 2015. Les compensations exigées envers les États ont également explosé, les sommes pouvant atteindre 50 milliards de dollars. Les principaux bénéficiaires ont été les grandes entreprises et quelques individus nantis.
2. **Le contentieux sur l'investissement a explosé au cours des deux dernières décennies. Des plaintes de plusieurs milliards de dollars ont ainsi été déposées pour obtenir des compensations aux préjudices allégués de profits perdus suite au développement de politiques d'intérêt public.** Sur tous les continents, des législations visant à lutter contre le tabagisme, à interdire des produits chimiques toxiques, à lutter contre les discriminations, ou encore des mesures de stabilité financière, des restrictions sur des projets miniers polluants... ont été contestées. Par exemple, 60% des réclamations contre les États membres de l'UE concerne l'environnement. C'est à ce titre qu'un avocat a qualifié la base légale – c'est-à-dire les accords d'investissement internationaux – de ces litiges sur l'environnement d' "armes de destruction par le droit".
3. **Le « nouveau » modèle d'ISDS, rebaptisé ICS, est aussi dangereux pour la démocratie, les lois d'intérêt public, et les budgets nationaux que l'était l' « ancien » modèle tel qu'il est inscrit dans l'accord UE-Canada (CETA).** À l'exception de quelques améliorations de procédure – un processus de sélection des arbitres amélioré, des règles éthiques plus fortes, et l'établissement d'un organe d'appel – la version rebaptisée contient essentiellement les mêmes privilèges accordés aux investisseurs, avec parfois des formulations identiques à celles utilisées dans le texte du CETA.
4. **Les poursuites d'investisseurs contre des mesures non discriminatoires et licites de protection de la santé, de l'environnement et, de manière générale, d'intérêt public, seront possible sous la nouvelle proposition de l'UE** puisqu'elle introduit les mêmes droits dont seules peuvent jouir les entreprises telles que Philip Morris (qui s'est attaqué à la politique de lutte contre le tabagisme de l'Uruguay) ou TransCanada (qui exige 15 milliards de dollars de compensation aux États-Unis suite au rejet du projet très controversé d'oléoduc KeyStone XL).
5. **Avec la proposition de l'UE, des milliards de dollars collectés auprès des contribuables seront reversés aux entreprises, y compris pour compenser la perte éventuelle de profits futurs escomptés** (à l'image du cas contre la Libye, laquelle a été condamnée à payer 905 millions de dollars à une entreprise n'en ayant investi que 5). En outre, des pays pourront être condamnés à payer des compensations pour la mise en œuvre de nouvelles lois et régulations d'intérêt public. Les formulations de la proposition de l'UE sur la protection du droit à réguler ne sauraient protéger les gouvernements de ces coûts ravageurs potentiels.
6. **La proposition de l'UE accroît le risque de poursuites coûteuses contre des mesures d'intérêt général, puisque que l'on peut affirmer qu'elle octroie aux investisseurs des droits encore plus étendus que de nombreux accords d'investissement actuels :**
 - a) En protégeant les « *attentes légitimes* » des investisseurs, garanties dans la clause de « traitement juste et équitable », l'UE prend le risque de codifier une interprétation très large de la clause qui créerait le « droit » à un environnement réglementaire stable. Cela offrira aux investisseurs une arme puissante pour lutter contre les changements réglementaires, même si ces derniers sont mis en place à la lumière de nouveaux savoirs et de choix démocratiques.
 - b) Le type de *clause-parapluie* proposé par l'UE est très dangereux, car il élèvera tous les contrats écrits signés par un État au niveau du droit international public, ce qui multipliera les risques de poursuites coûteuses. Cette clause n'apparaît pas dans le CETA, accord transatlantique entre l'UE et le Canada, vraisemblablement parce que le Canada l'a rejetée, la considérant trop risquée.
7. **Si le TAFTA/TTIP incluait la proposition sur les droits des investisseurs, la responsabilité des États membres et les risques financiers auxquels ils devront faire face s'intensifieront et dépasseront de loin ce qui existe déjà dans d'autres traités dont ils sont parties :**

dans le TAFTA/TTIP, 19 pays supplémentaires membres de l'UE pourront être directement poursuivis par des investisseurs états-unis (alors qu'aujourd'hui seuls 9 États membres ont signé un traité d'investissement avec les États-Unis) ; le TAFTA/TTIP couvrira les 99 % d'investissements américains vers l'UE restants (alors que les traités existants ne couvrent qu'1 % de ces investissements) ; de nouveaux pouvoirs coercitifs seront offerts à plus de 47 000 entreprises (aujourd'hui, seules 4500 peuvent en faire usage). Le TAFTA/TTIP est en mesure d'ouvrir la voie à près de 900 poursuites d'investisseurs états-unis contre les États membres de l'UE (contre 9 poursuites dans le cadre des traités existants).

8. **Avec la proposition de l'UE, les entreprises multinationales pourront même poursuivre leur propre gouvernement** – en structurant leurs investissements à partir d'une filiale à l'étranger, ou en demandant à un actionnaire étranger de poursuivre l'État en question. Dans le contexte du TAFTA/TTIP, ce danger est particulièrement critique, au vu des 3,5 milliards de dollars de valeurs mobilières européennes détenues par des investisseurs états-unis. Presque tous les groupes privés européens accueillent des investisseurs états-unis, qui pourront porter plainte contre l'UE ou ses États membres dans le cadre du TAFTA/TTIP.
9. **La proposition de l'UE sur les droits des investisseurs est un moyen infaillible d'intimider les décideurs politiques, et de limiter potentiellement les prises de décision courageuses.** Il existe déjà des exemples où des propositions de réglementations environnementale et sanitaire ont dû être abandonnées, repoussées ou adaptées en fonction des souhaits des entreprises, à cause de poursuites coûteuses sur un sujet similaire ou de menaces de contentieux. Le Canada et la Nouvelle Zélande, par exemple, ont différé l'adoption de lois contre le tabagisme face à l'imminence de poursuites venant de l'investisseur Big Tobacco.
10. **Le processus de règlement des différends proposé par l'UE n'est pas juridiquement indépendant, mais contient un biais intrinsèque en faveur des investisseurs.** Puisque seuls les investisseurs peuvent porter plainte, les arbitres (re-baptisés « juges » dans la proposition de l'UE) sont encouragés à se placer du côté des investisseurs, puisque cela encouragera de nouvelles poursuites,

et donc plus d'honoraires et de prestige. Les critères de sélection restrictifs, le manque de délai de réflexion et les failles dans le code éthique proposé pour les arbitres suscitent particulièrement l'inquiétude. Les tribunaux emploieront les avocats privés qui ont jusqu'à présent encouragé la recrudescence de l'arbitrage d'investissement et ont fait prospérer leurs affaires personnelles, en encourageant les investisseurs à porter plainte et en interprétant le droit de l'investissement de façon très large pour susciter de nouvelles poursuites.

11. **Il existe de nombreux doutes sur la compatibilité de cette proposition sur les droits des investisseurs avec le droit européen,** ce qui cause de grandes inquiétudes chez les juges. La proposition de la Commission marginalise les cours de justice européennes et est fondamentalement discriminatoire, puisqu'elle octroie des droits spéciaux aux investisseurs étrangers uniquement.
12. **Plutôt qu'en finir avec l'ISDS, le projet de protection de l'investissement de l'UE menace d'enfermer à perpétuité les États membres dans le mécanisme de règlement des différends (ISDS).** Il leur sera pratiquement impossible de se défaire des privilèges des investisseurs une fois qu'ils seront inscrits dans des accords commerciaux extrêmement vastes comme le TAFTA/TTIP ou le CETA (pour y échapper ils devraient sortir de l'Union européenne). La cour multilatérale d'investissement proposée par l'UE – une cour suprême internationale au service exclusif des groupes privés – risque de perpétuer un système déjà intolérablement injuste où, d'un côté, de grands groupes ou individus extrêmement riches obtiennent des droits exceptionnellement puissants et concrets, et de l'autre les populations nationales qui n'ont le droit que de remplir leurs devoirs face aux attentes de ces investisseurs.

La tentative d'expansion et de verrouillage du système d'arbitrage d'investissement par l'UE intervient à un moment où de plus en plus de personnes, de tout le spectre politique, s'expriment contre le carcan de la justice privée et alors qu'un nombre croissant de gouvernements tente de s'en extirper.

Ce rapport se termine par un appel à action :

- pour abolir tous les traités existants qui autorisent les groupes privés à poursuivre

les gouvernements devant des tribunaux internationaux si les lois et régulations mises en place amoindrissent leur perspectives de profit ;

- pour empêcher la justice privée des droits des investisseurs dans les traités proposés, comme le TAFTA/TTIP et le CETA ;
- pour rejeter les projets d'une cour suprême mondiale conçue exclusivement pour les groupes privés et les plus riches.

