

Université de Strasbourg

Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg



**Le mécanisme de règlement des différends entre
investisseurs et Etats dans les négociations TTIP**

Kamile Bougdira

Mémoire de 4^e année

Sous la direction de Mme Anne Kelebes-Pélissier

Professeur de droit
Chevalier de la Légion d'Honneur
Ancienne Présidente de l'EALF

M. Alexis Vahlas

Maître de Conférences en droit

Juin 2015

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements vont à Mme Anne Klebes-Pélisser, qui a dirigé mes recherches, et dont la relecture méticuleuse et les suggestions pertinentes m'ont permis d'améliorer la qualité de ce mémoire.

Je remercie également M. Alexis Vahlas, pour m'avoir fait l'honneur de participer au jury de soutenance.

Sommaire

<u>INTRODUCTION.....</u>	<u>8</u>
<u>PARTIE I: FONDEMENTS ET JUSTIFICATIONS DE L'APPROCHE EUROPEENNE EN MATIERE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS</u>	<u>14</u>
CHAPITRE 1. LA COMPETENCE DE L'UNION EN MATIERE D'INVESTISSEMENTS ETRANGERS ET LA NECESSITE D'UNE POLITIQUE COMMUNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS.	14
CHAPITRE 2. LES PROBLEMATIQUES AUXQUELLES LA POLITIQUE EUROPEENNE D'INVESTISSEMENT DOIT REpondre	21
<u>PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DANS LE TTIP.....</u>	<u>36</u>
CHAPITRE 1. LES MESURES PROPOSEES POUR LE TTIP.....	36
CHAPITRE 2. L'OPPOSITION A L'APPROCHE PROPOSEE	45
<u>CONCLUSION GENERALE.....</u>	<u>56</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE.....</u>	<u>60</u>
<u>ANNEXES</u>	<u>69</u>

Abréviations

AECG	Accord Economique et Commercial Global
ALENA	Accord de Libre-Echange Nord-Américain
ALEUES	Accord de Libre-Echange UE-Singapour
AII	Accord International d'Investissement
AMI	Accord Multilatéral sur l'Investissement
BIT	Bilateral Investment Treaty
CE	Communautés Européennes
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CNUCED	Conférence des Nations-Unies sur le Commerce et le Développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International
ETI	Entreprise de Taille Intermédiaire
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
IBA	International Bar Association
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
IED	Investissement Etranger Direct
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OECD	Organisation for Economic Co-operation et Development
OGM	Organisme Génétiquement Modifié

OMC	Organisation Mondiale du Commerce
ONG	Organisation Non Gouvernementale
ORD	Organe de Règlement des Différends
PLO	Procédure Législative Ordinaire
PME	Petite et Moyenne Entreprise
TAFTA	Transatlantic Free Trade Agreement
TBI	Traité Bilatéral d'Investissement
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
TUE	Traité sur l'Union Européenne
TVA	Taxe sur la Valeur Ajoutée
UE	Union Européenne
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

Résumé

Le traité de Lisbonne a étendu la compétence exclusive de l'Union européenne aux investissements étrangers directs. La Commission Européenne a donc développé une politique globale en matière d'investissements internationaux destinée à se substituer à terme aux traités d'investissement des Etats membres. Sa mise en œuvre dans les négociations du TTIP a pour objectif de fixer de nouveaux standards internationaux de protection des investissements. Cependant, les négociations transatlantiques ont fait émerger tout l'enjeu politique de l'ISDS et suscitent la controverse. Si elle veut voir les négociations du TTIP aboutir, la Commission devra réviser son approche et rassurer les Etats membres, tenus à l'écart des négociations et inquiets de ne pas pouvoir jouer à armes égales avec les Etats-Unis.

The Lisbon Treaty granted the European Union competence over foreign direct investment. Therefore, the European Commission developed a comprehensive European international investment policy which will replace and phase out the existing treaties of Member States. Its implementation through TTIP negotiations aims to set new international investment protection standards. Nevertheless, transatlantic negotiations highlighted ISDS' political stakes, and provoked much controversy. Member States are kept outside of the negotiations, and worry they are not dealing on equal terms with the United States. The Commission shall review its approach if it wants TTIP negotiations to succeed.

Mots clés : ISDS, RDIE, TTIP, TAFTA, IED, UE, Politique européenne, Investissements étrangers directs, globale, Investissements internationaux.

Key words : ISDS, TTIP, TAFTA, FDI, EU, European policy, Foreign Direct Investment, International Investment.

Introduction

Le Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement, ou TTIP, prévoit la création d'une zone de libre-échange couvrant 45,5% du PIB mondial, soit la plus grande de l'histoire. Présenté par la Commission Européenne comme une formidable opportunité de relancer la croissance et d'attirer les investissements étrangers, le TTIP suscite de nombreuses inquiétudes, notamment en France et en Allemagne, qui sont accentuées par le secret dans lequel se tiennent les négociations – bien que ce silence soit caractéristique de toutes les négociations commerciales¹. Parmi ces inquiétudes, outre celle d'une harmonisation des normes de protection par le bas (par exemple le fameux « poulet au chlore »), se trouve la mise en place du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats, ou ISDS.

L'ISDS permet aux opérateurs du commerce international de demander directement à l'Etat d'accueil réparation des dommages causés à leurs investissements internationaux devant un tribunal arbitral. C'est notamment le cas quand il peut être reproché à l'Etat d'avoir failli à ses obligations au titre d'un traité d'investissement – le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable, et l'obligation de verser une compensation prompte et adéquate pour toute mesure d'expropriation directe ou indirecte. L'ISDS sur le fondement des traités est une forme d'arbitrage dans lequel le consentement des parties à la convention d'arbitrage est dissocié. « L'Etat émet une offre générale de contracter en spécifiant, dans l'instrument de protection des investissements concerné, que les litiges relatifs aux investissements couverts par cet instrument pourront être réglés par voie d'arbitrage² ». L'investisseur n'accepte cette offre qu'au moment de former la demande

¹ Les négociations commerciales sont un jeu dans lequel montrer ses cartes revient à affaiblir sa position.

² Emmanuel GAILLARD (2003), L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, *Revue de l'Arbitrage* n°3, 2003, p.4.

d'arbitrage. Il peut généralement choisir que l'arbitrage soit tenu au CIRDI³, dans un tribunal ad-hoc statuant selon le Règlement de la CNUDCI⁴, et parfois à la Chambre de Commerce de Stockholm ou à la Chambre de Commerce Internationale de Paris. Le CIRDI est l'option la plus couramment sélectionnée. Par défaut, le tribunal est constitué de 3 arbitres⁵. Un arbitre est désigné par chaque partie, puis les parties – formellement les deux arbitres – désignent l'arbitre président. Le tribunal arbitral rend sa sentence à la majorité des voix, et les Etats sont tenus de l'exécuter sur le fondement de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

L'ISDS est avant tout un instrument essentiel des politiques de promotion des investissements internationaux. Il a été mis en place dans plus de 3000 traités, tels que des traités bilatéraux d'investissement, des accords de libre-échange comme l'ALENA⁶, ou des traités multilatéraux comme la Charte de l'Energie. Il est considéré, pour plusieurs raisons⁷, comme un instrument efficace de protection des investissements étrangers. D'une part, les juridictions de certains Etats sont perçues par les économies développées comme pouvant manquer d'indépendance. L'ISDS permet alors de garantir aux investisseurs une justice impartiale. D'autre part, des investisseurs peuvent se voir refuser l'accès aux juridictions du pays d'accueil. L'arbitrage entre investisseurs et Etats offre donc un recours possible. Enfin, les Etats ne transposent pas toujours les règles des traités d'investissement dans leur droit national. Les investisseurs ne peuvent dans ce cas invoquer certaines dispositions relatives à la protection des investissements devant les juridictions nationales. Il leur est alors possible de se tourner vers les tribunaux arbitraux. Les cas de figure que nous venons de mentionner ont plutôt tendance à se produire dans des pays en développement. La Commission Européenne rappelle d'ailleurs que les traités

³ Le CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement) est un organe de la Banque Mondiale. Il est actif depuis 1966, année de l'entrée en vigueur de la Convention de Washington.

⁴ Le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) de 1976, révisé en 2010, est le règlement d'arbitrage le plus utilisé avec la Convention du CIRDI.

⁵ Des tribunaux à arbitre unique ou à nombre impair d'arbitres sont cependant possibles sur demande conjointe des parties à l'arbitrage.

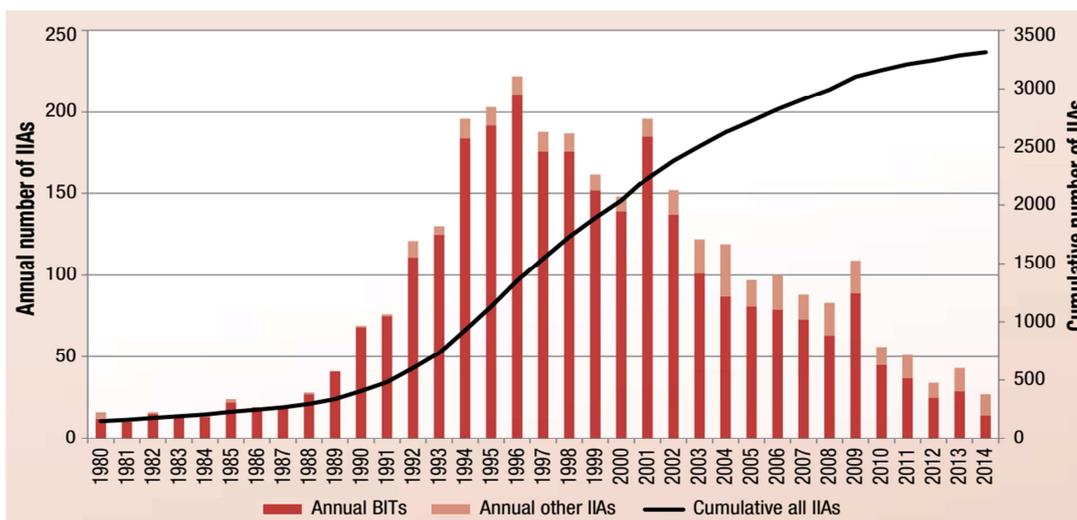
⁶ Accord de Libre-Echange Nord-Américain (ALENA).

⁷ Nous mentionnons ici 3 raisons avancées par la Commission – et très largement partagées dans la littérature relative à l'arbitrage d'investissement – dans un document du 3 octobre 2013 – « Incorrect claims about investor-state dispute settlement ».

d'investissement ont permis aux Etats membres d'obtenir des pays tiers « des garanties spécifiques sur le traitement de leurs investisseurs par ces mêmes pays », et qu'ils sont particulièrement efficaces pour promouvoir et attirer les investissements « en particulier dans les pays dont les institutions et les politiques économiques nationales ne sont pas considérées comme suffisantes en elles-mêmes pour apporter de telles garanties »⁸. On peut en déduire que l'ISDS est, à l'origine, un instrument qui permet de protéger les investissements dans des « pays à risques ».

L'ISDS est un sujet particulièrement d'actualité dont le développement ne date que des années 1990. Alors que le CIRDI semblait voué à devenir une institution dormante et sous-utilisée (seules 9 affaires furent enregistrées dans les années 1970, et 23 dans les années 1980⁹), la prolifération rapide des traités d'investissement ces vingt dernières années a popularisé le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats.

Nombre d'accords bilatéraux et internationaux d'investissement depuis 1980¹⁰



Fin 2014, la CNUCED référençait 608 affaires portées devant des tribunaux arbitraux¹¹.

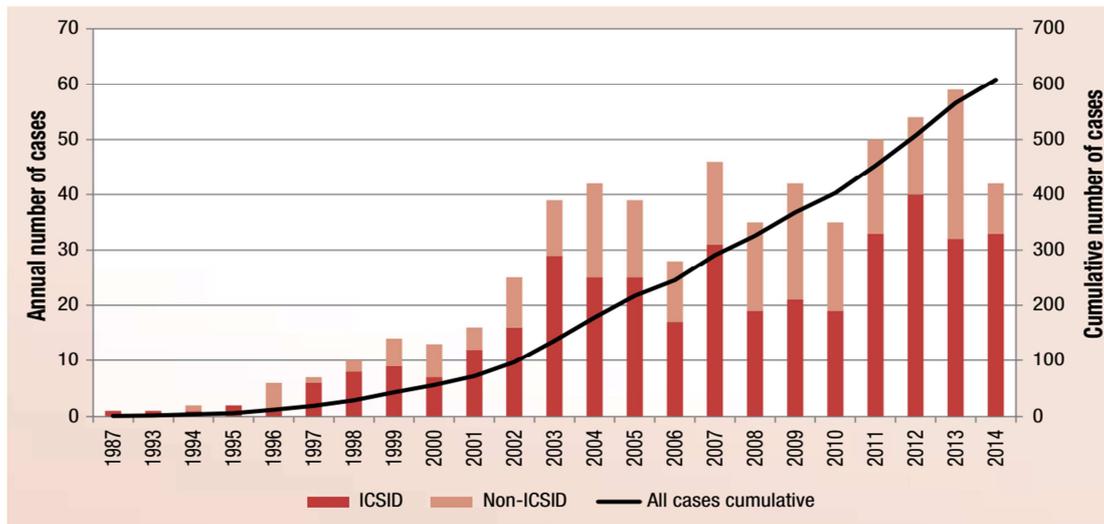
⁸ Commission Européenne, Communication (2010) 343, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 7 juillet 2010, p.5.

⁹ UNCTAD (2015), Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note n°1, 2015.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

Nombre d'affaires d'arbitrage entre investisseurs et Etats par an depuis 1987¹²



L'incorporation d'un mécanisme d'ISDS dans le TTIP revêt une importance fondamentale pour les Etats membres. Leurs normes de protection des investissements sont destinées à être remplacées à terme par celles du TTIP. En effet, depuis le traité de Lisbonne, les Etats membres ont renoncé à leur compétence en matière de politique d'investissement au profit de la compétence exclusive de l'Union. C'est dans ce contexte que la Commission a développé une approche ambitieuse qui doit mettre en place, à l'échelle européenne, un mécanisme révisé de protection des investissements destiné à se substituer aux accords internationaux d'investissement des Etats membres. Cette approche est mise en œuvre pour la première fois dans 3 accords de *nouvelle génération* - le TTIP, l'AECG¹³, et l'ALEUES¹⁴. Elle revêt une importance stratégique de premier ordre, particulièrement dans le cadre du TTIP. En effet, l'harmonisation des normes de protection des investissements entre l'Union européenne et les Etats-Unis fixerait durablement de nouveaux standards internationaux dont les pays du monde entier pourraient s'inspirer, et qui viendrait limiter la puissance normative croissante de la Chine.

Cependant, les négociations transatlantiques ont fait émerger tout l'enjeu politique de l'ISDS et rencontrent une très forte opposition de la part du monde

¹² *Ibid.*

¹³ Accord Economique et Commercial Global (entre l'Union européenne et le Canada).

¹⁴ Accord de libre-échange UE-Singapour.

politique, médiatique, et de la société civile, notamment en France et en Allemagne. Le 14 juillet 2014, une pétition organisée par le *Collectif Stop TAFTA* militant contre le TTIP et l'ISDS atteint le million de voix¹⁵. Le 15 avril 2015, *Le Monde* titrait « *Le traité TAFTA va-t-il délocaliser notre justice à Washington ?* »¹⁶. Nombreux sont ceux qui accusent l'ISDS de favoriser les intérêts des firmes multinationales aux dépens du droit des Etats de réglementer, notamment dans le domaine social, de la santé ou de l'environnement. D'après José Bové, nous serons forcés de manger des OGM, et le poulet fermier sera remplacé par le poulet au chlore car les multinationales contesteront les réglementations européennes au motif que celles-ci portent préjudice au fonctionnement concurrentiel des marchés. « Demain, on ne pourra plus manger de poulet fermier »¹⁷. D'après Florian Philippot, les Etats se voient donner tort systématiquement dans les différends réglés par l'ISDS. « 31 fois, des grandes entreprises ont traîné l'Etat canadien devant les tribunaux, par exemple pour faire interdire l'interdiction des OGM. Et 31 fois, l'Etat canadien a perdu face aux grandes entreprises »¹⁸. Ces propos sont caricaturaux¹⁹ et nous prouvent que le débat public sur la question de l'ISDS se joue également sur un terrain émotionnel, par opposition à des considérations purement économiques et juridiques, souvent trop complexes pour être comprises du grand public.

Il est étonnant de constater que la question de l'ISDS semble n'avoir été découverte qu'à l'occasion des négociations transatlantiques, comme si le TTIP allait instaurer un instrument de protection des investissements dangereux et inédit. Or, l'ISDS tel qu'il est prévu dans le TTIP est un mécanisme qui n'est ni nouveau, ni plus dangereux que les mécanismes existants. L'ISDS est déjà effectif dans plus de 1400 traités d'investissements signés par les Etats membres, dont une centaine par la France. De plus, il ressort des documents fournis par la Commission Européenne²⁰ que

¹⁵ Au 25 avril 2015, la même pétition avait dépassé 1,7 million de voix.

¹⁶ http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2014/04/15/le-traite-tafta-va-t-il-delocaliser-notre-justice-a-washington_4400693_4355770.html

¹⁷ RMC (16 juillet 2014) – Interview de José Bové par Jean-Jacques Bourdin.

¹⁸ France 2 (17 mars 2015) – Des Paroles et des Actes, Florian Philippot face à Emmanuel Macron.

¹⁹ Concernant le propos de José Bové, la réglementation sanitaire européenne s'applique à tous les Etats membres. Elle n'est pas discriminatoire et ne peut donc être contestée au titre d'une clause de protection des investissements. Concernant le propos de Florian Philippot, le Canada n'a dû payer des pénalités financières que dans 6 affaires sur 35 au total, dont aucune n'est liée à la réglementation des OGM. Lire Cédric MATHIOT (2015), Entre Philippot et Macron, un Tafta d'inepties, *Libération*, 17 mars 2015.

²⁰ Commission Européenne, Fact sheet on Investment protection of Investor-State Dispute Settlement.

le TTIP a justement pour objectif de moderniser de fonctionnement de l'ISDS et de fixer de nouveaux standards pour les futurs traités de libre-échange et d'investissement. Certains axes d'amélioration sont d'ailleurs mentionnés dans l'article 23 du mandat de négociation du TTIP :

L'accord devrait viser à créer un mécanisme efficace et moderne de règlement des différends entre les investisseurs et l'État qui garantisse la transparence, l'indépendance des arbitres et la prévisibilité de l'accord, y compris par la possibilité de lier les parties pour ce qui est de leur interprétation de l'accord. (...) Le mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et l'État devrait contenir des mesures de sauvegarde contre les réclamations manifestement injustifiées ou abusives. Il conviendra d'envisager la création d'un mécanisme d'appel applicable au règlement des différends entre les investisseurs et l'État au titre de l'accord.

Par conséquent, l'objectif de ce mémoire est de déterminer la mesure dans laquelle l'approche proposée par la Commission en matière de protection des investissements modernise le système existant. Quels sont les défis qu'elle doit relever ? Quelles sont les mesures proposées ? Comment expliquer l'opposition grandissante à l'ISDS dont témoigne la signature d'une pétition par plus d'un million de citoyens européens ?

Afin de répondre à ces questions, il sera nécessaire d'examiner les fondements et les justifications de l'approche européenne en matière d'ISDS (Partie I). Nous traiterons du contexte dans lequel elle trouve son origine et des défis qu'elle doit relever : protéger le droit des Etats de réglementer, limiter l'impact du système sur les finances publiques, garantir l'impartialité des tribunaux et améliorer la transparence des procédures. Nous pourrions ensuite aborder la mise en œuvre de l'approche européenne en matière d'ISDS (Partie II). En confrontant les propositions visant à moderniser le système de protection des investissements avec les critiques des opposants à l'approche proposée, nous déterminerons si la Commission doit réviser son approche, voire abandonner complètement l'idée d'un règlement des différends entre investisseurs et Etats dans les négociations transatlantiques.

Partie I

Fondements et justifications de l'approche européenne en matière de protection des investissements

Le traité de Lisbonne, entré en vigueur en 2009, donne à l'Union la compétence exclusive en matière d'IED, et rend par là nécessaire l'élaboration d'une politique commune en matière de protection des investissements (Chapitre 1). Cette politique devra moderniser le mécanisme d'ISDS dont les défauts sont mis en avant, notamment par les organisations internationales. Les critiques portent essentiellement sur les questions du droit des Etats de réglementer, des abus du système, de l'impartialité des arbitres et de la transparence (Chapitre 2).

Chapitre 1

La compétence de l'Union en matière d'investissements étrangers et la nécessité d'une politique commune de protection des investissements

L'extension de la compétence exclusive de l'Union européenne en matière de politique commerciale est une stratégie de longue date dont la dernière réussite importante est le traité de Lisbonne, qui élargit cette compétence aux IED (Section 1). Il incombe alors à la Commission Européenne de définir les grandes orientations d'une politique commune d'investissement, et de fixer des standards européens de protection des investissements (Section 2).

Section 1. L'élargissement de la compétence exclusive de l'Union aux IED

La Commission européenne a toujours mené le processus d'élargissement de la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, les IED deviennent une compétence exclusive de l'Union.

Paragraphe 1. L'élargissement du champ de la politique commerciale commune : une stratégie de longue date

Dans le traité de Maastricht de 1992, la Commission n'a pas réussi à élargir l'étendue de l'article 113 sur la politique commerciale au commerce des services et aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. L'article 113 du traité de Maastricht définit le champ de compétence de l'Union dans les mêmes termes que le traité de Rome de 1957 :

La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux, l'uniformisation des mesures de libération, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions.

En 1994, la Commission tente une nouvelle fois d'élargir le champ de compétence de l'Union en matière de politique commerciale, en demandant à la CJCE de reconnaître que tous les accords OMC relèvent de la compétence exclusive de la Communauté Européenne²¹. La question est la suivante :

La Communauté européenne a-t-elle compétence pour conclure toutes les parties de l'accord instituant l'OMC qui concernent le commerce des services (GATS) et les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon (TRIPs), sur la base du traité CE, et plus particulièrement sur la base de l'article 113 seul ou combiné avec les articles 100 A et/ou 235 dudit traité?

La CJCE rejeta la thèse de la Commission et décida que les États membres restaient compétents pour de nombreux domaines couverts par le GATS²² et le TRIPS²³. Dans son Avis 1/94, elle a considéré que :

1) La Communauté est seule compétente, au titre de l'article 113 du traité CE, pour conclure les Accords multilatéraux relatifs au commerce des marchandises.

²¹ CJCE, 15 novembre 1994, Avis 1/94, Rec. 1994 I-05267, p.7.

²² General Agreement on Trade in Services (GATS).

²³ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

2) *La compétence pour conclure le GATS est partagée entre la Communauté et ses États membres.*

3) *La compétence pour conclure le TRIPs est partagée entre la Communauté et ses États membres.*²⁴

Après un nouvel échec avec le traité d'Amsterdam de 1997 (échec similaire à celui du traité de Maastricht), la Commission réussit avec le traité de Nice à achever une extension importante de l'article 133 du TCE²⁵ (anciennement l'article 113) au commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle.

Les paragraphes 1 à 4 s'appliquent également à la négociation et à la conclusion d'accords dans les domaines du commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, dans la mesure où ces accords ne sont pas visés par lesdits paragraphes.

Paragraphe 2. Le traité de Lisbonne et l'élargissement de la compétence de l'Union aux investissements étrangers directs

Le traité de Lisbonne, entré en vigueur en 2009, est la dernière étape importante du processus d'élargissement de la politique commerciale européenne. L'article 207 TFUE²⁶ confère à l'Union la compétence exclusive en matière d'investissements étrangers directs.

La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions.

Cet élargissement de la compétence exclusive de l'Union aux IED a des conséquences importantes pour les États membres. D'une part, ils ne pourront plus négocier de AII, à moins d'y être habilités par l'Union, conformément à l'article 2,

²⁴ Avis 1/94 de la CJCE (15 novembre 1994), p.21.

²⁵ Traité instituant la Communauté Européenne (TCE).

²⁶ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

paragraphe 1, du traité de Lisbonne²⁷. D'autre part, les futurs traités d'investissement relevant de la compétence exclusive de l'Union seront adoptés selon la procédure législative ordinaire, c'est à dire à la majorité qualifiée au Conseil et à la majorité simple au Parlement Européen. Les parlements nationaux n'ont donc pas à être consultés, et le refus de ratifier un accord commercial approuvé à la majorité qualifiée serait considéré, en théorie²⁸, comme une infraction aux obligations du traité.

Cependant, tout accord qui inclut des éléments relevant de la compétence partagée ne relève plus de la compétence exclusive de l'Union. La Commission reste l'unique négociateur, mais un tel accord doit être ratifié par les parlements nationaux. La Commission appelle cela « principe du pastis » – une goutte de pastis dans l'eau suffit à troubler le verre²⁹. Dans le cas du TTIP, les négociations portent sur des éléments de compétence partagée, tels que l'investissement de portefeuille et les aspects relevant du droit de propriété et de l'expropriation³⁰. D'après Fleur Pellerin, alors secrétaire d'Etat chargée du Commerce extérieur, « il n'y a aucun doute sur le fait que cet accord est mixte »³¹. De même, l'AECG comporte des parties relevant de la compétence des Etats membres et devra être ratifié par les parlements nationaux³². Concernant l'accord de libre-échange négocié avec Singapour, la CJUE a été sollicitée pour déterminer s'il s'agit ou non d'un accord mixte.

Section 2. L'élaboration d'une politique européenne de protection des investissements

La Commission s'étant vu donner l'autorité de négocier les traités relatifs à l'investissement par le traité de Lisbonne, elle a développé une approche globale en matière d'investissements internationaux. Cette approche est détaillée pour la première

²⁷ La procédure d'habilitation de modifier ou conclure des accords bilatéraux d'investissement est détaillée dans les articles 7 à 11 du règlement communautaire n°1219/2012.

²⁸ Dans la pratique, les grands Etats membres pourraient probablement bloquer un accord commercial.

²⁹ Tomas BAERT (2010), Vers une politique européenne d'investissements internationaux, *Investment treaty news*, Volume 1, n°1, Septembre 2010, p.3

³⁰ Mandat de négociation du TTIP, point 22, p.9.

³¹ Débat parlementaire sur le « Projet d'accord de libre-échange entre l'Union européenne et les États-Unis » le 22 mai 2014, réponse du gouvernement.

³² Direction Générale du Trésor, Accord Economique et Commercial Global – Questions et réponses, consulté le 15 avril 2015.

fois dans une Communication du 7 juillet 2010³³, qui présente les grands principes et paramètres des futurs accords d'investissement de l'Union. On retrouve les normes de protection des investissements les plus utilisées ainsi que la mise en place d'un mécanisme d'ISDS pour garantir leur bonne applicabilité. Le TTIP, l'AECG et l'accord négocié avec Singapour sont les premiers d'une nouvelle génération d'accords globaux relevant de cette approche.

Paragraphe 1. Les normes de protection des investissements

La question des règles de fond que l'Union chercherait à appliquer dans le cadre des accords de commerce et d'investissement est essentielle. La Commission entend exploiter et améliorer les « meilleures pratiques » des Etats membres en matière d'AII. Parmi les règles les plus fréquentes fixées par les accords de protection des investissements, on trouve le principe de non-discrimination, le principe du traitement « juste et équitable », le traitement « sécurité et protection totale », et la protection contre l'expropriation.

Le principe de non-discrimination est un principe fondamental du droit international. Il se matérialise dans les traités d'investissement par le principe du traitement national – accorder le même traitement aux investissements étrangers qu'aux investissements nationaux – et par le principe de la nation la plus favorisée – accorder le même traitement que celui qui est accordé aux investissements réalisés par les investisseurs d'un pays tiers. Nous noterons que si l'application du traitement national ne pose généralement pas de problème, l'interprétation de la clause de la nation la plus favorisée par les tribunaux arbitraux n'a pas toujours été uniforme³⁴.

Parmi les causes de violation de l'obligation de « traitement juste et équitable » se trouvent généralement le déni de justice, les situations d'arbitraire manifeste, le traitement abusif des investisseurs, notamment la coercition, la contrainte et le harcèlement, ainsi que la violation des attentes légitimes d'un investisseur.

³³ Communication (2010) 343, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 7 juillet 2010.

³⁴ Yas BANIFATEMI (2009), The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration, in *Investment Treaty Law: Current Issues III* (A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky, BIICL, 2009), p.241-273.

Le traitement sécurité et protection totale est relatif à la sécurité physique des investisseurs et des investissements. Par exemple, un investissement ayant été endommagé par la guerre peut donner lieu à compensation.

La protection contre l'expropriation recouvre deux cas de figure : l'expropriation directe et l'expropriation indirecte. L'expropriation directe se comprend comme toute mesure impliquant un transfert de propriété entre l'investisseur et l'Etat – par exemple une nationalisation ou le retrait d'un permis d'exploitation. L'expropriation indirecte concerne des mesures d'effet équivalant à une expropriation. En doctrine³⁵, est une expropriation indirecte toute mesure étatique qui empêche un investisseur d'user, jouir et disposer de son droit de propriété, sans pour autant le priver de son titre de propriété. Les clauses relatives à l'exercice du droit d'expropriation du pays hôte devront respecter les principes de l'Union européenne. L'article 345 TFUE stipule que le traité est sans incidence sur le droit d'un État membre à décider si un actif doit relever de la propriété publique ou privée³⁶. Cependant, il découle de la jurisprudence – affaires *Fearson*³⁷ 1984 et *Ospelt*³⁸ 2003 - que les mesures d'expropriation ne peuvent déroger aux règles fondamentales du traité, dont celles relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux. Pour respecter les principes de l'Union européenne, elles devront être « non discriminatoires et proportionnées pour atteindre leur objectif légitime ». Il n'en aurait de toute façon pas pu être autrement au regard du droit international. En effet, une expropriation n'est légale du point de vue du droit international que si elle est réalisée de façon non-discriminatoire, dans un but d'intérêt général, et accompagnée d'une compensation « prompte et juste ».

La Commission explique qu'il faut préciser ces normes de protection des investissements dans les futurs accords de commerce ou d'investissement. En effet,

³⁵ UNCTAD (2011), Expropriation: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.12.

³⁶ Article 345 TFUE (ou 222 CE) « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ».

³⁷ CJCE, 6 novembre 1984, *Robert Fearon & Company Limited c/ Irish Land Commission*, Aff. C-182/83, point 7 : « Il s'ensuit que si l'article 222 du traité ne met pas en cause la faculté des États membres d'instituer un régime d'expropriation publique, un tel régime n'échappe cependant pas à la règle fondamentale de non-discrimination qui est à la base du chapitre du traité relatif au droit d'établissement ».

³⁸ CJCE, 23 septembre 2003, *Margarethe Ospelt et Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, Aff. C-452/01, point 24 : « Un tel régime (d'expropriation) n'échappe pas aux règles fondamentales du droit communautaire, notamment celles de non-discrimination, de liberté d'établissement et de liberté des mouvements de capitaux ».

« il est crucial de définir clairement l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, tels que la protection des investisseurs contre l'expropriation illégale ou le droit de chaque partie à régler dans l'intérêt général ». De plus, il faut s'assurer que ces normes permettent de respecter les principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union en général, dont la promotion de l'État de droit, des droits de l'Homme et du développement durable (article 205 du TFUE et article 21 du TUE).

Paragraphe 2. L'ISDS comme instrument efficace pour garantir la bonne applicabilité de ces normes

Un des objectifs clés de l'Union consiste à garantir la bonne applicabilité des dispositions relatives aux investissements. Une manière efficace – entre autres – de garantir cette bonne applicabilité est le recours à l'arbitrage entre investisseurs et États. La Communication de la Commission explique que « les futurs accords de l'UE comportant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État »³⁹. Trois arguments sont avancés : le règlement des différends entre les investisseurs et l'État est une « composante essentielle » de l'héritage que l'Union reçoit des TBI conclus par les États membres, il permet de protéger efficacement les investisseurs, et il est si bien ancré dans les accords d'investissement que son absence aurait en réalité pour effet de décourager les investisseurs et de réduire l'attrait d'une économie hôte par rapport aux autres.

Ici encore, la Commission entend exploiter et améliorer les meilleures pratiques des États membres en la matière. La transparence des procédures – par des auditions publiques, par la possibilité de déposer des observations désintéressées, et par la publication des sentences arbitrales – doit être une priorité dans les négociations futures. Il conviendrait également de prévoir des arbitres quasi-permanents et un mécanisme d'appel afin d'améliorer la cohérence et la prévisibilité du système. Peu de détails sont fournis à ce stade par la Communication, et il faut attendre les négociations du TTIP, de l'AECG et de l'ALEUES pour avoir connaissance de propositions concrètes.

³⁹ Communication (2010) 343, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 7 juillet 2010, p.11.

Chapitre 2

Les problématiques auxquelles la politique européenne d'investissement doit répondre

Les défis auxquels l'approche européenne en matière de protection des investissements doit faire face sont multiples. L'interprétation de certaines clauses de protection par les arbitres doit être réalisée selon une juste mise en balance de la protection des investissements et du droit des Etats de réglementer (Section 1). Les investisseurs ne devraient pas pouvoir obtenir réparation au motif qu'une mesure prise de bonne foi dans l'exercice normal du pouvoir de régulation de l'Etat nuit à leurs investissements. Il faut également s'attacher à limiter l'impact sur les finances publiques de l'ISDS (Section 2). L'augmentation du nombre d'affaires depuis le milieu des années 1990 et certaines dérives du système peuvent engendrer des frais juridiques considérables pour les Etats. De plus, il faut répondre à certaines inquiétudes relatives à l'impartialité des juges et aux conflits d'intérêts (Section 3). Les détracteurs de l'ISDS mettent en cause l'intégrité des arbitres car ceux-ci poursuivent en parallèle une activité d'avocat. Les arbitres sont également critiqués pour leur tendance présumée à favoriser l'intérêt des multinationales aux dépens de celui des Etats. Enfin, il s'agit de prendre en compte l'exigence de transparence du système (Section 4).

Section 1. L'impact sur les politiques publiques

Les AII ont été conçus pour protéger les acteurs privés des risques inhérents au fait d'investir dans les pays étrangers. Cependant, d'après leurs détracteurs, l'accroissement du nombre d'arbitrages entre investisseurs et Etats a modifié la situation. Ce qui était alors considéré comme une activité à risque pour les investisseurs est devenu une « politique à risque » pour les États⁴⁰. Il existe de nombreuses clauses de protection dans les traités sur lesquelles peuvent se fonder les

⁴⁰ Zoe PHILLIPS WILLIAMS (2014), Activités risquées ou politiques risquées ? Les facteurs à l'origine des différends investisseurs-Etats, *Investment treaty news*, Volume 5, n°3, Août 2014.

investisseurs pour poursuivre les Etats. Certaines de ces clauses, et notamment celles relatives à l'expropriation et au traitement juste et équitable peuvent être formulées de manière vague. □ Cela laisse aux arbitres une importante marge d'interprétation et peut donner lieu à des situations que les Etats n'avaient pas prévues lors des négociations du traité. Plusieurs fois, des Etats ont dû dédommager des investisseurs après que ces derniers aient contesté des mesures d'intérêt général. S'il est clair que l'ISDS ne vise en aucun cas le retrait de la mesure contestée, l'importance des sommes réclamées et le manque de prévisibilité du système, notamment dans l'interprétation du principe de traitement juste et équitable, risque de conduire à un gel réglementaire – *chilling effect*.

Paragraphe 1. Mesure d'expropriation indirecte et mesure ne pouvant donner lieu à une compensation

Concernant les clauses relatives à l'expropriation, il est important de distinguer les mesures d'expropriation indirecte des mesures qui ne peuvent donner lieu à une compensation. Les Etats doivent pouvoir prendre des mesures non discriminatoires poursuivant un intérêt légitime, par exemple la protection de la santé publique, des consommateurs ou de l'environnement – sans avoir à dédommager les investisseurs. Ce droit des Etats de réglementer a été affirmé quasi-unanimement dans la littérature juridique et dans la jurisprudence (voir Annexe A) : une mesure non discriminatoire d'intérêt général prise dans l'exercice normal des pouvoirs normatifs de l'Etat ne peut donner lieu à réparation. Il reste cependant du ressort des arbitres de décider, au cas-par-cas, si la mesure contestée a bien été prise dans l'exercice normal du pouvoir de régulation de l'Etat. Pour limiter le pouvoir discrétionnaire des arbitres, les Etats ont tenté, dans leurs traités d'investissement les plus récents, de préciser la distinction entre une expropriation indirecte et un acte réglementaire ne pouvant donner lieu à compensation. Certains TBI⁴¹ contiennent des clauses explicatives du type « *Except in rare circumstance, non discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health,*

⁴¹ Exemples : Canada-Jordan BIT (2009), Canada-Peru BIT (2006), Canada-Slovak Republic BIT (2010), Australia-United States FTA (2004), CAFTA-DR FTA (2004), Chile-United States FTA (2003), Morocco-United States FTA (2004), Rwanda-United States BIT (2008).

safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations ». D'autres⁴² font référence aux exceptions générales de l'article XX du GATT et l'article XIV du GATS, qui concernent les mesures nécessaires à la protection de l'ordre et de la moralité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables.

Paragraphe 2. L'interprétation du traitement juste et équitable

Les décisions arbitrales ont été moins constantes concernant la mise en balance de la protection des investisseurs au titre du principe de traitement juste et équitable et du droit des Etats de réglementer. La CNUCED note que les formulations vagues des traités laissent une grande marge d'interprétation aux arbitres du principe de traitement juste et équitable, notamment en ce qui concerne les « attentes légitimes des investisseurs »⁴³. Il peut en résulter une approche déséquilibrée qui favorise les intérêts des investisseurs aux dépens du droit des Etats de réglementer. Notamment, des tribunaux arbitraux ont jugé que le traitement juste et équitable requiert de la part de l'Etat un comportement cohérent, transparent et sans ambiguïté, ainsi que le maintien d'un cadre légal et d'affaires stable – *stable legal and business framework* – pour les investisseurs étrangers. L'obligation de garantir un cadre légal et d'affaires stable a été interprétée de façon plus ou moins restrictive.

Dans les affaires *CMS v. Argentina (2005)* et *Enron v. Argentina (2007)*, les entreprises étrangères de transport et de distribution d'énergie pouvaient calculer leurs prix en dollars puis facturer en pesos – le peso s'échangeait au taux fixe de 1 peso pour \$1 – au titre de la *Convertibility Law*⁴⁴. Dans le contexte de la crise du peso, l'Argentine promulgue en janvier 2002 une loi d'urgence qui dévalue sa monnaie au taux de change de 3,6 pesos pour \$1. Pour éviter une augmentation substantielle du

⁴² Exemples: India-Republic of Korea Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA) (2009, Article 10.18(1)); India-Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement (2005, Article 6.11); Canada-Jordan BIT (2009, Article 10(1)); ASEAN-China Investment Agreement (2009, Article 16(1)); Malaysia-Pakistan Comprehensive Economic Partnership (2007, Article 99); Peru-Singapore FTA (2008, Article 18.1(2)); Panama-Taiwan Province of China FTA (2003, Article 20.02(2)); Malaysia-New Zealand FTA (2009, Article 17.1(1)).

⁴³ UNCTAD (2010), Fair and Equitable Treatment: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.11.

⁴⁴ A. KULICK, *Global Public Interest in International Investment*, Cambridge University Press, 2012, p.131.

prix de l'énergie, la mesure d'urgence argentine prévoit également que les fournisseurs étrangers d'énergie calculent leurs prix en pesos au taux de 1 peso pour \$1⁴⁵. En mars 2002, CMS et Enron ont fait valoir que cette décision modifiait le cadre légal et d'affaires, et qu'elle méconnaissait donc le principe du traitement juste et équitable. L'Argentine a argué qu'il s'agissait d'une mesure d'urgence prise de bonne foi dans le contexte de crise du peso argentin. Le tribunal arbitral a disqualifié cet argument en affirmant que, même si l'Argentine avait certainement agi de bonne foi, le traitement juste et équitable est un principe auquel la mesure mise en cause lui portait objectivement atteinte.⁴⁶ L'Argentine dut dédommager CMS à hauteur de \$133,2 millions et Enron à hauteur de \$106,2 millions.

Dans l'affaire *Occidental v. Ecuador (2004)*, l'Equateur avait décidé de modifier son régime de taxation pour les exports de pétrole. La compagnie Occidental s'est vue retirer le droit de se faire rembourser la TVA et réclamer certains remboursements antérieurs de la part des autorités fiscales⁴⁷. Le tribunal a interprété le principe du traitement juste et équitable à la lumière de la stabilité du cadre légal et d'affaires. Il ne s'agissait pas de déterminer si l'Equateur avait l'obligation de rembourser la TVA à Occidental du point de vue du droit international, mais de savoir si le cadre légal et d'affaires remplissait des conditions de stabilité et de prévisibilité. Sur le fondement, entre autres, de l'atteinte au principe du traitement juste et équitable, l'Equateur dut dédommager Occidental à hauteur de \$73,1 millions. Dans ces affaires, les tribunaux suggèrent que tout changement indésirable pour les investisseurs dans le cadre légal et d'affaires peut donner lieu à une atteinte au principe de traitement juste et équitable. Cette approche est injustifiée car elle peut potentiellement empêcher un Etat de prendre une mesure légitime de politique publique⁴⁸.

D'autres tribunaux arbitraux ont adopté une approche plus équilibrée concernant les attentes légitimes des investisseurs. Celles-ci ne peuvent provenir que de déclarations ou engagements spécifiques d'un Etat à l'égard de l'investisseur. De plus, elles doivent tenir compte de l'environnement réglementaire général du pays

⁴⁵ *CMS v Argentina (2005) case summary et Enron v. Argentina (2007) case summary*, British Institute of International and Comparative Law.

⁴⁶ « Even assuming that the Respondent was guided by the best of intentions, which the Tribunal has no reasons to doubt, there is here an objective breach [of the FET standard] ».

⁴⁷ *Occidental v. Ecuador (2004) case summary*, British Institute of International and Comparative Law.

⁴⁸ UNCTAD (2010), *Fair and Equitable Treatment: A Sequel, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.67.

hôte. Enfin, elles doivent être mises en balance avec les activités de régulation légitimes des pays hôtes. Dans *Methanex v. United States (2005)*, la Californie avait interdit la production d'additifs pour l'essence à base de méthanol. Le tribunal a jugé que Methanex n'a pu se fonder sur aucune déclaration ou aucun engagement de la part des Etats-Unis pour conclure qu'un tel changement réglementaire ne se produirait pas. Dans la même affaire, le tribunal a jugé que Methanex pouvait légitimement s'attendre à ce type de modification de la régulation. En effet il est de notoriété publique que la Californie surveille continuellement l'usage et l'impact des composants chimiques, et a fréquemment interdit ou restreint l'utilisation de certains de ces composants pour des raisons liées à l'environnement ou à la santé publique⁴⁹. Dans *Saluka v. Czech Republic (2006)*, la République Tchèque a mis de force la banque IPB sous tutelle – des forces de police armées ont physiquement évacué les cadres de la Banque – pour motif de mauvaise gestion du risque bancaire. Le gouvernement Tchèque a ensuite organisé le transfert des parts sociales d'IPB à la banque CSOB pour une couronne symbolique. Or, Saluka possédait encore plus de 46% des parts. Le tribunal affirme que les attentes légitimes de l'investisseur doivent être mises en balance avec le droit de réglementer de l'Etat hôte. La République Tchèque avait ici pour objectif d'éviter une faillite bancaire⁵⁰.

Paragraphe 3. Le risque de gel réglementaire

La formulation vague des clauses relatives au principe de traitement juste et équitable a pu donner lieu à des interprétations plus ou moins strictes par les tribunaux arbitraux. Ce manque de prévisibilité risque de conduire à un gel réglementaire - *chilling effect* - pour les Etats. En effet, des multinationales peuvent utiliser le recours à l'ISDS comme menace pour empêcher les Etats d'adopter toute législation qui ne va pas dans le sens de leurs intérêts. Le Canada n'a pas adopté certaines mesures anti-

⁴⁹ Methanex entered a political economy « ... in which it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level [...] continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons ».

⁵⁰ Si le tribunal a considéré que la République Tchèque ne portait pas atteinte aux attentes légitimes de l'investisseur, il a toutefois jugé qu'elle n'avait pas respecté le principe de traitement juste et équitable. En effet, elle a apporté une assistance financière aux 3 principales banques concurrentes d'IPB, créant un environnement ne permettant pas la survie d'IPB.

tabagisme sous la pression de l'industrie du tabac⁵¹. L'ISDS peut également pousser des Etats à renoncer à une mesure déjà en vigueur, afin d'éviter de devoir dédommager des investisseurs à hauteur de sommes considérables. En 2009, l'entreprise d'énergie suédoise Vattenfall, au titre du traité sur la Charte de l'Energie, réclama 1,4 milliard d'euros à l'Allemagne pour une mesure environnementale visant à protéger la qualité de l'eau de l'Elbe. L'entreprise a fait valoir devant le tribunal arbitral que la mesure allemande méconnaissait le principe du traitement juste et équitable, en ce qu'elle rendait excessif le coût de construction d'une centrale à charbon près de Hambourg. L'Allemagne préféra abandonner sa mesure environnementale plutôt que de risquer de payer une lourde compensation⁵². Il est donc nécessaire que les Etats délimitent une frontière précise, dans leurs traités d'investissement, entre le véritable mauvais traitement d'un investissement étranger, qui devrait être proscrit par le principe de traitement juste et équitable, et la mesure étatique prise en application de politiques publiques légitimes, qui ne peut être assimilée à une atteinte à ce standard de traitement, même quand une telle mesure nuit à l'investissement étranger en question.

Section 2. L'impact sur les finances publiques

Les traités d'investissement coûtent de plus en plus cher aux Etats, donc aux contribuables. En effet, la prolifération des traités d'investissement a entraîné une augmentation significative du nombre d'affaires d'arbitrage depuis la fin des années 1990. De plus, l'arbitrage d'investissement est devenu une industrie lucrative pour les cabinets d'avocats, qui cherchent naturellement de nouvelles opportunités pour poursuivre des Etats. Enfin, le développement du financement par les tiers – *third-party financing* – encourage les cabinets d'avocats à réclamer des compensations toujours plus importantes, et diminue les chances d'un Etat d'arriver à un accord de règlement à l'amiable. Face au poids de l'ISDS sur leurs finances publiques, certains Etats ont exprimé un mécontentement croissant.

⁵¹ Kyla TIENHAARA (2010), Regulatory chill and the threat of arbitration, in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (C. Brown and K. Miles), Cambridge University Press, p.606-627.

⁵² IISD, Background paper on Vattenfall vs Germany arbitration.

Paragraphe 1. L'augmentation du nombre d'affaires

Le nombre d'affaires d'arbitrage d'investissement a augmenté avec la prolifération des traités d'investissement. Notamment, le nombre d'affaires référencées par la CNUCED est passé de 28 en 1996 à 608 fin 2014⁵³. Les cabinets d'avocats spécialisés dans l'arbitrage international d'investissement sont également responsables de cette augmentation du nombre d'affaires. L'arbitrage d'investissement est en effet une activité particulièrement lucrative pour eux. Ils sont accusés de chercher toutes les opportunités de poursuivre des Etats, et notamment d'encourager les contentieux contre des Etats en crise politique ou en crise économique. Lors de la guerre civile en Libye, certains cabinets ont conseillé à leurs clients de poursuivre la Libye pour manquement à ses obligations relatives à la sécurité des infrastructures et du personnel⁵⁴. Lorsque l'Argentine a gelé les tarifs des fournisseurs d'énergie et dévalué sa monnaie pour faire face à la crise du peso, elle a dû faire face à 34 poursuites d'investisseurs réclamant compensation pour pertes de revenu⁵⁵. Les cabinets spécialisés ont tout intérêt à l'augmentation du nombre d'affaires réglées par voie d'arbitrage entre investisseurs et Etats, quand on sait que certains facturent \$1000 de l'heure par avocat, avec des équipes entières travaillant sur les affaires⁵⁶.

Paragraphe 2. Le coût élevé du recours à l'ISDS

Même en cas de victoire de l'Etat, ce sont les contribuables qui doivent prendre en charge ces lourds frais juridiques ainsi qu'une partie des frais d'arbitrage. En effet, les règlements d'arbitrage ne donnant pas de directives aux arbitres concernant la répartition des frais, la pratique la plus courante consiste à laisser chaque partie régler ses propres frais juridiques, et à partager en deux les frais d'arbitrage⁵⁷. Ces frais d'arbitrage sont généralement conséquents. Les arbitres du CIRDI touchent \$3000 par jour hors frais somptuaires, et de nombreux frais annexes doivent être réglés au

⁵³ UNCTAD (2015), Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note n°1, 2015.

⁵⁴ Freshfields Bruckhaus Deringer (2011), Investments in Libya. Potential claims under Bilateral Investment Treaties and political risk insurance policies, March, p.2.

⁵⁵ Tony PHILLIPS (2008), Argentina Versus the World Bank: Fair Play or Fixed Fight?, Center for International Policy. □

⁵⁶ OCDE (2012), Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012, p.19.

⁵⁷ UNCTAD (2014), Investor-state dispute settlement: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.148.

CIRDI⁵⁸. Les honoraires d'avocats et les frais d'arbitrage coûtent en moyenne 8 millions d'euros, et peuvent atteindre 30 millions pour une affaire⁵⁹. Pour les Etats, et particulièrement les plus pauvres, l'ISDS peut peser lourdement sur les finances publiques.

Un autre risque pesant sur les finances publiques est lié aux montants particulièrement élevés des compensations accordées par les tribunaux arbitraux. Si les investisseurs dépensent plusieurs millions de dollars en frais juridiques dans des affaires, c'est parce que les montants réclamés aux Etats peuvent atteindre plusieurs milliards de dollars. La plus grande compensation octroyée par un tribunal arbitral à un investisseur est de \$50 milliards⁶⁰ – *Yukos v. Russia (2014)* – et la plus grande compensation versée à un investisseur lors d'un accord de règlement à l'amiable est de \$900 millions⁶¹ – *Al-Kharafi v. Libya (2013)*. Dans *Occidental v. Ecuador (2012)*, le montant de la réparation s'élevait à \$1,77 milliard⁶². Aucun autre mécanisme de règlement des différends ne permet à des investisseurs étrangers de réclamer aux Etats hôtes des compensations financières de cette importance.

Paragraphe 3. L'impact du third-party financing

Les montants qui sont en jeu attirent les spéculateurs et ont popularisé le financement par les tiers. Des fonds d'investissement tels que Juridica, Budford et Omni Bridgeway aident des investisseurs à financer des procédures d'arbitrage contre des Etats en échange d'une part de la compensation accordée par le tribunal arbitral – en général entre 20 et 50%⁶³. Les banques et les compagnies d'assurances commencent également à investir dans l'arbitrage. Burdford gagne ainsi en moyenne \$8 millions par affaire, et Juridica \$7,5 millions, avec un retour sur investissement compris entre 30 et 50%⁶⁴. En 2008, 80% des grands cabinets d'avocats londoniens

⁵⁸ World Bank Fees Schedule.

⁵⁹ OCDE (2012), Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012, p. 19.

⁶⁰ UNCTAD (2015), Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note n°1, 2015, p.1.

⁶¹ UNCTAD (2014), Recent Developments in Investor State Dispute Settlement, IIA Issue Note n°1, 2014, p.21.

⁶² UNCTAD (2013), Recent Developments in Investor State Dispute Settlement, IIA Issue Note n°1, 2013, p.1.

⁶³ OCDE (2012), Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012, p.36.

⁶⁴ Willem H. VAN BOOM (2011), Third-Party Financing in International Investment Arbitration, Leiden Law School, p.30.

recouraient au financement par les tiers, en faisant ainsi une pratique courante⁶⁵. En l'absence de régulation de telles pratiques, certains fonds d'investissements pensent à proposer à l'avenir des produits dérivés finançant des paniers de plusieurs affaires pour réduire les risques⁶⁶. D'après l'OCDE, le financement de parties par les tiers diminue les chances d'un Etat de parvenir à un accord de règlement à l'amiable et/ou à une compensation non pécuniaire⁶⁷. En effet, il est peu probable qu'un fonds d'investissement ayant investi plusieurs millions de dollars dans une affaire, et se rémunérant sur la compensation potentiellement accordée par le tribunal arbitral, accepte sans discuter que l'investisseur qu'il finance accepte une compensation non pécuniaire, ou une compensation pécuniaire moins importante que prévue. Le financement de contentieux arbitraux par des tiers augmente les probabilités que les Etats aient à déboursier de larges sommes d'argent à l'issue de sentences arbitrales.

Paragraphe 4. Le mécontentement des Etats

L'arbitrage d'investissement peut peser lourdement sur les finances publiques. La question de l'ISDS est d'autant plus sensible lorsque des gouvernements de pays en développement dépensent des millions de dollars pour se défendre, alors que leurs administrés ne bénéficient pas des services publics les plus élémentaires. Le mécontentement de certains pays face à ce système de règlement des différends se fait de plus en plus entendre. La Bolivie, l'Equateur et le Venezuela ont dénoncé la convention du CIRDI, envoyant ainsi le message politique clair qu'ils refuseront de coopérer dans le futur. L'Argentine, attaquée de toutes parts devant les tribunaux arbitraux suite à ses réformes d'urgence de 2001 et 2002, dans un contexte de crise économique, refuse de payer⁶⁸. L'Inde a annoncé qu'elle n'inclura pas l'ISDS dans ses futurs accords d'investissement, et pourrait tenter de renégocier certains d'entre eux⁶⁹.

⁶⁵ A. JONES (2008), Third-Party Litigation Funding Stepping up in the U.K., *Wall Street Journal (blogs)*, 20 March 2008.

⁶⁶ Alison ROSS (2012), The dynamics of third-party funding, *Global Arbitration Review*, Volume 7, n°1, 7 mars 2012, p.14.

⁶⁷ OCDE (2012), *Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012*, p.19.

⁶⁸ UNCTAD (2012), *World Investment Report – Towards a new generation of investment policies*, p.86-88.

⁶⁹ Ritesh KUMAR SING, India should tread cautiously on changes to investment treaties, *Nikkei Asian Review*, 3 février 2015.

Le président bolivien Evo Morales, dans un discours, illustre parfaitement la défiance de certains Etats vis-à-vis de l'ISDS :

« Les multinationales s'emparent de nos ressources naturelles, privatisent les services les plus élémentaires, ne paient pas leurs impôts, et quand ils n'ont plus d'arguments pour leur défense, ils vont au CIRDI. Et dans ce tribunal de la Banque Mondiale, aucun Etat ne gagne contre les multinationales⁷⁰ ».

Section 3. La question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres

Historiquement, les traités d'investissement ont été mis en place par les Etats occidentaux pour protéger leurs entreprises qui investissent à l'étranger. Il s'agissait de garantir aux investisseurs l'accès à un mécanisme de règlement des différends juste et indépendant, quand les juridictions étrangères étaient perçues comme partiales, trop lentes, voir corrompues. L'arbitrage entre investisseurs et Etats se justifie donc par l'équité et l'indépendance des arbitres. C'est pourtant cette même justification qui est attaquée par les milieux politiques, universitaires, et par des ONG. Les arbitres sont désignés par les parties et seraient prédisposés à prendre des décisions particulières. De plus, des conflits d'intérêts peuvent naître du fait que les arbitres, pour des raisons pécuniaires, ont intérêt à la pérennisation du système.

Paragraphe 1. La nomination des arbitres par les parties

Les tribunaux arbitraux sont généralement composés de 3 arbitres⁷¹. Les parties à un arbitrage désignent un arbitre chacune, puis les deux arbitres désignent le président du tribunal. Le mécanisme de nomination des arbitres pose le problème suivant : les deux parties ont de bonnes raisons de penser que l'autre partie a désigné un arbitre qui soit sensible à sa cause, et susceptible de faire pencher la balance en sa faveur. En effet, les parties impliquées dans des affaires d'arbitrage d'investissement,

⁷⁰ Discours cité par Americas Program et traduit de l'anglais par l'auteur de ce mémoire.
<http://www.cipamericas.org/archives/1434>

⁷¹ La Convention du CIRDI (Article 37) et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (Article 7) prévoient par défaut que le tribunal arbitral est composé de 3 arbitres. Cependant, des tribunaux à arbitre unique ou à nombre impair d'arbitres sont également possibles.

et notamment les cabinets d'avocats qui les conseillent, passent un temps considérable à scruter le passé des arbitres, leurs relations avec leurs parties, leurs publications et leurs précédentes nominations en tant qu'arbitres⁷².

C'est dans ce contexte d'antagonisme que la procédure de récusation des arbitres a été développée. L'article 14 de la convention du CIRDI stipule que les personnes désignées comme arbitre « doivent jouir d'une haute considération morale [...] et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions ». L'article 57 de la même convention permet la récusation d'un ou plusieurs arbitres pour tout manquement à l'article 14. De même, l'article 12 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI permet de récuser tout arbitre « s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ». La récusation d'un arbitre repose donc sur deux grands concepts : l'exigence d'indépendance et l'impartialité. Le critère d'indépendance fait référence aux relations objectives qu'entretient l'arbitre avec les parties. Le critère d'impartialité fait référence à l'état d'esprit subjectif de l'arbitre nommé. S'il est aisé de récuser un arbitre en apportant la preuve de son manque d'indépendance, la récusation sur le fondement du principe d'impartialité est plus complexe. Si un arbitre a effectué des déclarations concernant le cas – « je pense que la partie X est en tort » –, alors il doit être récusé. Cependant, comme nous le montre l'affaire *Urbaser S.A. v. Argentina*⁷³, un arbitre ne peut pas se voir récusé sur la base de déclarations juridiques générales⁷⁴.

Il est donc tout à fait possible pour une partie de désigner un arbitre dont les convictions sur un point de droit au cœur de l'affaire sont déjà connues. L'arbitre est alors nommé dans un but précis qui n'est pas celui de garantir un arbitrage équitable. De plus, la partie adverse n'a pas de motif légitime pour obtenir sa révocation. C'est pourquoi nous pouvons affirmer que le processus de nomination des arbitres peut impacter la décision finale du tribunal arbitral et relève avant tout de la manipulation de la procédure.

⁷² Michael WAIBEL & Yanhui WU (2012), *Are Arbitrators Political?*, University of Cambridge.

⁷³ Affaire en cours, CIRDI, *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator.

⁷⁴ Tony COLE (2010), La nomination des arbitres dans les procédures d'arbitrage en matière d'investissement : Pourquoi les opinions exprimées sur des points de droit devraient être récusables, *Investment treaty news*, Volume 1, n°1, Septembre 2010.

Paragraphe 2. L'intérêt commercial des arbitres

Des conflits d'intérêts peuvent également naître du fait que les arbitres se rémunèrent sur les missions qu'on leur confie, et poursuivent souvent en parallèle une activité d'avocat. Contrairement aux juges nationaux qui reçoivent un salaire fixe de l'Etat, quel que soit le nombre d'affaires dans lesquelles ils statuent, les arbitres se rémunèrent à la journée – en général \$3000 par jour au CIRDI et parfois davantage dans les tribunaux statuant selon le Règlement de la CNUCED⁷⁵. La pérennisation du système d'ISDS relève donc pour eux d'un intérêt commercial. Puisque les investisseurs sont les seuls à pouvoir entamer des poursuites, les arbitres peuvent décider de prendre leur parti afin d'augmenter leurs chances d'être à nouveau nommés, et ainsi augmenter leurs revenus. Certains arbitres ont d'ailleurs particulièrement bien réussi à se faire désigner dans un grand nombre d'affaires. Comme le note le Corporate Europe Observatory⁷⁶, l'arbitrage d'investissement est un milieu très fermé. En 2012, sur un total de 450 affaires connues, 15 arbitres avaient jugé dans 55% des affaires existantes (Voir Annexe B). Ces mêmes 15 arbitres avaient également été nommés dans 75% des affaires dont la somme réclamée excédait \$4 milliards.

Ces arbitres ont un intérêt personnel non seulement à être désignés ultérieurement dans de nouvelles affaires, mais également à conserver une bonne réputation auprès des parties qu'ils pourraient potentiellement conseiller en tant qu'avocats. D'après une enquête de l'OCDE, environ 60% des arbitres poursuivent une carrière d'avocat en parallèle⁷⁷. L'avocat et Professeur de droit londonien Philippe Sands, comme beaucoup d'autres, enjoint les professionnels de l'arbitrage d'investissement de choisir entre la fonction d'avocat et la fonction d'arbitre⁷⁸. En effet, un conflit d'intérêt peut émerger d'une situation où un arbitre, dans le cadre d'un arbitrage, doit résoudre une problématique similaire à celle que lui ou son cabinet a dû résoudre dans une autre affaire. Le juge d'une Cour nationale ne peut pas être avocat en parallèle, pourquoi en serait-il autrement dans l'arbitrage international ?

⁷⁵ UNCTAD (2014), *Investor-state dispute settlement: A Sequel, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.146.

⁷⁶ CEO (2012), *Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, p.38.

⁷⁷ OCDE (2012), *Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2011*, p.43

⁷⁸ Luke Eric PETERSON, *Arbitrators decries « revolving doors » roles of lawyers in investment treaty arbitration*, *Investment Arbitration Reporter*, 25 février 2010.

Section 4. La question de la transparence

L'ISDS transpose à des litiges impliquant des Etats une méthode de règlement des différends destinée à l'origine à résoudre des litiges entre opérateurs privés. Le voile de discrétion sous lequel opèrent les tribunaux arbitraux ne se justifie pas dans le cas de la résolution de conflits entre investisseurs et Etats. En effet, ces conflits soulèvent des questions relatives aux politiques publiques ou ayant une incidence sur les finances publiques. Ils relèvent donc de l'intérêt public. La question de la transparence couvre la publicité des documents relatifs aux affaires, qu'il s'agisse des décisions du tribunal ou des observations des parties, l'ouverture des audiences au public et la possibilité pour des tiers de présenter des observations écrites au tribunal – *amicus curiae*. Ces éléments n'ont été adressés que tardivement par le CIRDI, la CNUDCI, et par certains Etats eux-mêmes dans leurs traités d'investissement. Cependant, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, adopté en 2013, établit de nouvelles règles mondiales de transparence. Il donne aux Etats qui le souhaitent un mécanisme flexible et efficace pour appliquer les règles de transparence aux 3000 traités d'investissement en vigueur.

Paragraphe 1. Le manque de transparence des procédures

Le CIRDI a longtemps été la solution la plus transparente en matière de publication des documents. Il tient notamment un registre public des affaires d'arbitrage qui dévoile le nom des parties, des arbitres, et des avocats impliqués. S'il ne publie pas les décisions finales, les amendements du règlement du CIRDI en 2006 permettent la publication d'extraits de raisonnement juridique des tribunaux⁷⁹. Cependant, les documents relatifs à des différends réglés par le Règlement de la CNUDCI pouvaient être gardés entièrement confidentiels, même dans des cas où le différend était relatif à des questions d'intérêt public. Le public pouvait ne pas avoir accès aux décisions et compensations accordées. Il était possible d'ignorer jusqu'à l'existence même d'une affaire. Sur 85 affaires réglées à la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye selon le règlement de la CNUDCI, seules 18 ont été rendues

⁷⁹ UNCTAD (2014), *Investor-state dispute settlement: A Sequel, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.121.

publiques⁸⁰. Certains Etats, les Etats-Unis et le Canada les premiers, ont incorporé dans leurs traités des clauses relatives à la publicité de nombreux documents⁸¹. De telles clauses sont cependant absentes dans la plupart des traités d'investissement, dont ceux des Etats européens⁸².

Le CIRDI a été longtemps la seule enceinte encadrant la possibilité de tenir des audiences publiques, mais cela n'était possible que si aucune des parties n'émettait d'objection⁸³. C'est pourquoi certains traités d'investissement prévoient que les audiences doivent être ouvertes au public⁸⁴. De nouveau, les Etats européens n'ont pas cherché à inclure une telle possibilité dans leurs traités d'investissement.

Le règlement du CIRDI, amendé en 2006, permet aux arbitres d'autoriser des tiers à présenter des observations écrites au tribunal⁸⁵ – *amicus curiae*. Ce n'est pas le cas du Règlement de la CNUDCI. Si le Canada et les Etats-Unis ont défini des procédures relatives aux *amicus curiae* directement dans leurs traités⁸⁶, ce n'est une nouvelle fois pas le cas des Etats Européens.

Paragraphe 2. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence (2013)

La question de la transparence a été traitée très tardivement au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), et ce n'est qu'en 2013 que fut adopté le « Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur les traités ». Ce règlement établit des règles mondiales de transparence pour le règlement des différends entre investisseurs, notamment en prévoyant la publicité de tous les documents, qu'il s'agisse des décisions du tribunal ou des observations des parties (article 3), la possibilité pour un tiers de présenter des observations au tribunal (article 4), et l'ouverture des audiences au public (article 6). Il était prévu à l'origine que ce

⁸⁰ The Permanent Court of Arbitration International Bureau, citée UNCTAD (2014), *Investor-state dispute settlement: A Sequel, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.26, note 15.

⁸¹ United States Model BIT (2004), Article 29.1 ; Canada Model BIT, Article 19.

⁸² France Model BIT (2006) et German Model BIT (2008).

⁸³ ICSID Arbitration Rules, Rule 32.

⁸⁴ CAFTA-DR (2004), Article 10.21 ; *Australia – Chile FTA (2008), Chapter 10, Article 10.22 ; United States Model BIT (2004), Article 29.2.* «*The tribunal shall conduct hearings open to the public* ». Voir également Canada Model BIT (2004), Article 38 : *Hearings held under this Section shall be open to the public.*

⁸⁵ ICSID Arbitration Rules, Rule 37.

⁸⁶ United States Model BIT (2004), Article 28 ; Canada Model BIT (2004), Article 39.

règlement s'applique aux règlements des différends entre investisseurs et Etats nés sur la base de traités conclus après le 1er avril 2014 qui faisaient référence au règlement d'arbitrage de la CNUCID. Cela aurait rendu le règlement peu efficace. C'est pourquoi la convention adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 2014, et ouvert à la signature le 17 mars 2015 à Port-Louis, permet son application à tous les traités d'investissements qui font référence au Règlement d'arbitrage de la CNUCID⁸⁷. Les accords et futurs accords de l'Union européenne et des Etats membres incorporeront ces nouvelles règles de transparence⁸⁸.

Conclusion

L'approche européenne en matière de protection des investissements résulte de l'élargissement du champ de la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale par le traité de Lisbonne. Le TTIP, l'AECG et l'ALEUES sont les premiers d'une nouvelle génération de traités. La Commission doit reprendre les meilleures pratiques des Etats membres en matière d'AII et moderniser le mécanisme d'ISDS. Elle fait face à plusieurs défis : trouver un juste équilibre entre la protection des investissements et le maintien du droit de réglementer dans l'intérêt public, s'assurer que le mécanisme de ISDS n'impacte pas excessivement les finances publiques, diminuer les risques de conflits d'intérêts des arbitres, et améliorer la transparence du système en incorporant les règles de transparence de la CNUDCI à ses futurs accords.

⁸⁷ Les Etats peuvent choisir par liste négative les traités concernés par les règles de transparence.

⁸⁸ Commission Européenne, Proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de la convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, 2015/0012 (NLE), 29 janvier 2015.

Partie II

La mise en œuvre de la politique européenne de protection des investissements dans le TTIP

Le TTIP, l'ACEG et l'ALEUES sont les premiers d'une nouvelle génération relevant de l'approche européenne en matière d'investissement. Nous examinerons dans ce chapitre les clauses relatives à l'ISDS que l'Union a incorporé dans ces nouveaux accords d'investissement (Chapitre 1), ainsi que les difficultés rencontrées lors de leur accueil au niveau politique et de la société civile (Chapitre 2).

Chapitre 1

Les mesures proposées pour le TTIP

Les accords de nouvelle génération de l'Union européenne – le TTIP, l'ACEG et l'accord UE-Singapour – marquent un tournant dans l'approche européenne de la politique d'investissement. D'après la Commission, ils sont en « nette rupture avec le passé » puisqu'ils établissent des normes de protection des investissements plus claires précises (Section 1), et des règles nouvelles et plus claires sur le déroulement des procédures dans les tribunaux d'arbitrage (Section 2). Les règles et normes proposées pour le TTIP devraient être les mêmes que celles du chapitre 10 du texte de l'ACEG et du chapitre 9 du texte de l'accord UE-Singapour.

Section 1. De nouvelles normes précises de protection des investissements

La précision dans les traités des normes de protection des investissements permet d'éviter les incertitudes quant à leur interprétation par les arbitres, et d'atteindre un juste équilibre entre la protection des investissements et le droit de réglementer des Etats. Les accords de nouvelle génération établissent en préambule le droit de réglementer des Etats, et définissent précisément les clauses relatives au traitement juste et équitable et à l'expropriation indirecte. Pour éviter les abus du

système, les accords définissent également plus clairement ce qu'est un « investisseur ». Les entreprises « écran » et les entreprises « boîte-aux-lettres » ne verront pas leurs investissements protégés par les nouveaux accords de l'Union.

Paragraphe 1. L'établissement du droit de réglementer des Etats

Un axe phare de l'approche européenne est de garantir que le mécanisme d'ISDS ne porte pas atteinte au droit de réglementer des Etats. Les accords de l'Union européenne établissent dans leur préambule que les parties au traité conservent leur droit de réglementer et de réaliser les objectifs légitimes de leur politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement et de la moralité publique, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle. □

Affirmer le droit de réglementer des Etats dès le préambule permet de rappeler aux arbitres les objectifs du traité, mais ne constitue en aucun cas une disposition contraignante. C'est pourquoi la Commission a précisé dans les clauses relatives au traitement juste et équitable et à l'expropriation que des mesures visant à réaliser des objectifs légitimes de politique publique ne pouvaient donner lieu à compensation.

Paragraphe 2. Le traitement juste et équitable

L'obligation de garantir aux investisseurs un traitement juste et équitable est l'un des plus importants standards de protection des investissements. Il est présent dans la plupart des traités d'investissement et permet aux investisseurs d'être protégés contre un traitement de la part du pays hôte qui, s'il n'est ni discriminatoire, ni expropriatoire, reste inacceptable car il est arbitraire, injuste ou abusif. Toutefois, le traitement juste et équitable est souvent formulé de manière vague, et a pu être interprété de façon plus ou moins stricte par les arbitres. Afin d'atteindre un juste équilibre entre la protection du droit de réglementer des Etats et le protection des investissements, et d'éliminer certaines incertitudes, tant pour les Etats que pour les investisseurs, la Commission clarifie désormais le principe de traitement juste et équitable dans ses accords.

Les actes prohibés ne pouvant être qualifiés de traitement juste et équitable sont inclus dans les textes des accords de l'Union européenne et sont les suivants⁸⁹ : le déni de justice dans le cadre de procédures pénales, civiles ou administratives; □ la violation fondamentale de la légalité, y compris de l'obligation de transparence, dans des procédures judiciaires et administratives, □ les situations d'arbitraire manifeste; la discrimination ciblée sur la base de motifs manifestement injustifiés, tels que □ le sexe, la race ou les convictions religieuses; □ le traitement abusif des investisseurs, notamment la coercition, la contrainte et □ le harcèlement. □ Le contenu du principe de traitement juste et équitable pourra être révisé conjointement par les parties⁹⁰.

La notion « d'attentes légitimes » des investisseurs, particulièrement controversée, n'est pas écartée pour autant. Elle a parfois été assimilée à l'obligation pour les Etats de maintenir un cadre légal et d'affaires stable⁹¹. C'est pourquoi les accords européens de nouvelle génération limitent l'invocation des attentes légitimes à des situations dans lesquelles une promesse ou une représentation spécifique a été faite par l'Etat pour convaincre l'investisseur de réaliser ou de poursuivre l'investissement, et à laquelle l'investisseur s'est fié. Une telle précision a déjà été incorporée aux textes de l'AECG et de l'Accord UE-Singapour, et le sera à celui du TTIP.

AECG, Article X.9, paragraphe 4 : « *When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.* »

ALEUES, Article 9.4, paragraphe 2 : « *Neither Party shall adopt measures that constitute (...) A breach of the legitimate expectations of an investor arising from specific or unambiguous representations from a Party so as to induce the investment and which are reasonably relied upon by the investor.* » □

⁸⁹ AECG Article X.9 et ALEUES Article 9.4.

⁹⁰ AECG Article X.9.3 : « *The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment* ».

⁹¹ *Enron v. Argentina*, Award of 22 May 2007, p.259–260 : « *fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment* ».

Paragraphe 3. L'expropriation indirecte

Les traités d'investissement ont très tôt cherché à protéger les investisseurs contre de potentielles violations de leur droit de propriété. Un Etat peut exproprier un investisseur, mais doit le faire pour une raison d'intérêt général, de façon non discriminatoire et dans le respect de la légalité. Il doit aussi indemniser l'investisseur de façon prompt et juste. Aujourd'hui, les expropriations directes sont rares et ne suscitent pas de débat dans la pratique arbitrale. Toutefois, l'expropriation indirecte est généralement définie de manière vague dans les traités. De plus, certains investisseurs ont poursuivi des Etats pour avoir pris des mesures d'intérêt général – par exemple l'interdiction de produits chimiques⁹² ou des mesures environnementales⁹³ – qui impactaient de façon négative leurs investissements. Les traités de nouvelle génération de l'Union européenne précisent donc la notion d'expropriation indirecte, et distinguent les mesures constituant une expropriation indirecte des mesures d'intérêt général ne pouvant être considérées comme des expropriations.

D'une part, il est affirmé clairement que des mesures légitimes de politique publique adoptées pour protéger la santé, la sécurité ou l'environnement ne peuvent pas constituer une expropriation indirecte, « sauf dans de rares cas où elles sont manifestement excessives au regard de leur objectif »⁹⁴. □ D'autre part, l'expropriation indirecte est définie de manière claire dans les nouveaux accords de l'UE⁹⁵. Elle concerne les cas où une mesure a un effet équivalent à expropriation directe, en ce qu'elle prive l'investisseur du droit d'utiliser, jouir et disposer de son investissement, sans en transférer le titre de propriété. Alors qu'il est généralement laissé à l'entière discrétion des arbitres de déterminer le seuil à partir duquel la mesure constitue une expropriation, les nouveaux accords établissent un faisceau d'indices à partir duquel les arbitres devront, au cas par cas, juger du caractère proportionné de la mesure. Les critères de détermination sont les suivants : l'impact économique et la durée de la

⁹² UNCITRAL, 3 août 2005, *Methanex Corporation v. United States of America*, Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits.

⁹³ *Vattenfall v. Germany* (2011) et affaire en cours *Vattenfall v. Germany* (CIRDI Case No. ARB/12/12) après une seconde plainte déposée au par Vattenfall contre l'Allemagne en 2012.

⁹⁴ AECG Annexe 11 et ALEUES Annexe 9-A, « For greater certainty, except in the rare in the circumstance where the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measure or series of measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public policy objectives such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation ».

⁹⁵ AECG Annexe 11 et ALEUES Annexe 9-1.

mesure, le degré dans lequel la mesure porte atteinte au droit d'utiliser, jouir et disposer de l'investissement, et l'objet, le contexte et l'intention de la mesure. On ne saurait parler d'expropriation indirecte lorsqu'un investisseur n'est pas privé de façon substantielle des droits fondamentaux de la propriété, tels que le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement. □ Il est aussi clair qu'un accroissement des coûts pour les investisseurs est un critère insuffisant pour constater une expropriation.

Paragraphe 4. La définition d'un « investisseur »

Les traités d'investissement doivent définir clairement ce que sont un « investissement » et un « investisseur ». Les accords de l'Union européenne de nouvelle génération définissent la notion d'investissement de la façon la plus large possible. Un investissement se comprend comme tout type de bien – *all kind of assets* – possédé ou contrôlé par les investisseurs d'une partie sur le territoire de l'autre partie. Tous les investissements sont donc protégés (Voir Annexe C).

La définition d'un investisseur est cependant plus restreinte que dans de nombreux autres traités. Une partie à un arbitrage devra nécessairement effectuer des opérations commerciales ou détenir des intérêts substantiels – *substantive business operations* – dans un Etat partie au traité⁹⁶. Les sociétés « écran » et les sociétés « boîte aux lettres » ne se verront donc pas reconnaître le statut d'investisseur.

Section 2. De nouvelles règles de procédure

L'approche européenne en matière de protection des investissements prévoit de nouvelles règles de procédure améliorées. Elles permettent notamment d'éviter les conflits d'intérêts des arbitres, de rendre les procédures plus transparentes, d'interdire les recours parallèles et de disqualifier rapidement les accusations frauduleuses ou infondées. Les Etats signataires peuvent aussi contrôler l'interprétation du traité. Enfin, il est prévu à terme la mise en place d'un mécanisme d'appel. Si la majorité de ces règles existent déjà dans d'autres traités d'investissement, elles sont absentes des accords signés par les Etats membres et constituent pour l'Union européenne une avancée majeure en termes de protection des investissements étrangers.

⁹⁶ AECG Article X.3 et ALEUES Article 9.1.

Paragraphe 1. Le choix et la conduite des arbitres

Comme nous l'avons vu plus haut, il existe des inquiétudes quant à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres. Les accords de l'Union européenne de nouvelle génération visent à y répondre par des dispositions inédites dans les traités d'investissement existants.

La Commission incorpore dans ces nouveaux accords un code de conduite⁹⁷ qui fixe des obligations spécifiques et contraignantes pour les arbitres, et qui se base sur le code de conduite de l'International Bar Association. Il contient notamment des règles d'éthique et vise à éviter les conflits d'intérêt. Si un arbitre agit de façon non conforme au code de conduite, il pourra être révoqué sur décision du secrétaire général du CIRDI.

De plus les nouveaux accords prévoient une liste d'arbitres sur lesquels les parties au traité se seront mises préalablement d'accord⁹⁸. Si les parties au différend ne désignent pas d'arbitre, ou si elles sont en désaccord sur la désignation du troisième arbitre, le ou les arbitres sont désignés à partir de cette liste par le Secrétaire Général du CIRDI. Dès lors, les Etats parties aux traités auront toujours approuvé au moins deux des trois arbitres lors d'un règlement des différends entre investisseurs et Etats (celui qu'ils ont désigné et l'arbitre président).

Paragraphe 2. Le déroulement de la procédure

Les accords de l'Union européenne de nouvelle génération incorporent des règles de procédure améliorées.

Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence, dans la négociation duquel l'Union européenne a joué un rôle central, est directement incorporé dans les textes⁹⁹. Il rend accessible au public les audiences ainsi que tous les documents relatifs aux différends entre investisseurs et Etats. Les parties intéressées peuvent également présenter des observations.

Il est impossible de porter les mêmes accusations simultanément devant deux tribunaux différents¹⁰⁰. On parle de clause «*fork in the road*», que l'on peut traduire

⁹⁷ AECG Article X.25 et ALEUES Annexe 9-B.

⁹⁸ AECG Article X.25 et ALEUES Article 9.21.

⁹⁹ AECG Article X.33 et ALEUES Article 9.25 et Annexe 9-C.

¹⁰⁰ AECG Article X.21 et X.23 et ALEUES Article 9.20.

en clause « d'embranchement sur le chemin » ou plus couramment « clause d'option irrévocable ». Lorsqu'un investisseur dépose un recours devant une Cour nationale, il perd le droit de recourir à l'arbitrage international pour obtenir une compensation monétaire et vice-versa¹⁰¹. Cela permet d'éviter que deux tribunaux rendent deux jugements différents sur les mêmes faits. Cela permet aussi d'éviter qu'un investisseur gagne deux fois et obtienne une double compensation. Les clauses d'option irrévocables existent déjà dans un certain nombre de traités¹⁰², mais sont généralement absentes de traités d'investissement des Etats-membres¹⁰³.

Il est également impossible d'effectuer un recours frauduleux ou manipulateur¹⁰⁴. Il s'agit de cas dans lesquels un investissement ou une restructuration d'entreprise a été effectué(e) dans le seul but d'introduire un recours. Par exemple, Philip Morris Australie a été achetée par Philip Morris Hong Kong afin de contester une mesure australienne relative aux paquets de cigarettes sur le fondement du traité d'investissement conclu entre l'Australie et Hong Kong.

De plus, un système de procédure accélérée permet de rejeter en quelques semaines seulement les plaintes « manifestement dénuées de fondement juridique » et les plaintes « non fondées en droit », coûteuses en temps et en argent pour les Etats. Une telle clause est incorporée dans le USA Model BIT et d'autres traités d'investissement récents¹⁰⁵.

Afin de dissuader davantage les recours abusifs à l'ISDS et d'alléger ainsi la charge financière qu'ils engendrent pour les Etats, l'intégralité des frais juridiques et des frais d'arbitrage sont payés par la partie perdante¹⁰⁶. Comme nous l'avons vu précédemment, ces frais atteignent plusieurs millions de dollars par affaire, et la pratique arbitrale jusqu'alors était de faire payer à chaque partie ses propres frais juridiques et de partager en deux les frais d'arbitrage. Si certains accords font payer tous les frais par le perdant dans le cas de recours abusifs¹⁰⁷, les nouveaux accords

¹⁰¹ Il reste possible de réclamer une compensation monétaire devant le tribunal arbitral et une compensation non monétaire devant une juridiction nationale en parallèle. L'inverse est impossible puisque les tribunaux arbitraux ne peuvent pas décider de compensation non monétaire, ndlr.

¹⁰² Chile-Indonesia BIT (1999) Article XIII.3.

¹⁰³ Le France Model BIT (2006) et le German Model BIT (2008), par exemple, ne contiennent pas de clause d'option irrévocable.

¹⁰⁴ AECG Article X.17.3 et ALEUES Article 9.20.

¹⁰⁵ USA Model BIT (2004) Article 28 et Australia-Chine FTA (2008) Article 10.20.

¹⁰⁶ AECG Article X.36 et accords UE-Singapour Article 9.29.

¹⁰⁷ Belgium/Luxembourg – Columbia BIT (2009) Article XII.14.

européens sont les premiers à étendre le principe du *loser pays* à tous les contentieux arbitraux.

Paragraphe 3. Le contrôle par les Etats de l'interprétation de l'accord

Les Etats ont, quand ils négocient un accord, une vision partagée du sens qu'ils veulent lui donner. Toutefois, si l'accord en question laisse une marge d'interprétation, les arbitres peuvent l'interpréter de manière différente. De plus, les traités d'investissement ne permettent généralement pas aux Etats parties au traité de donner des directives aux tribunaux d'arbitrage quant à l'interprétation de l'accord.

Les parties contractantes peuvent formuler conjointement des interprétations du traité, que le traité les y autorise ou non. Néanmoins, les nouveaux accords de l'Union européenne, comme certains traités d'investissement récents¹⁰⁸, stipulent clairement que ces interprétations sont contraignantes pour les arbitres¹⁰⁹. Les Etats signataires peuvent également intervenir directement, quand ils ne sont pas défendeurs, en soumettant des observations écrites au tribunal¹¹⁰. Les Etats ont donc les moyens d'éviter toute interprétation qui ne va pas dans le sens du traité tel qu'il a été pensé. Une telle provision existe déjà dans certains traités¹¹¹.

Paragraphe 4. La création à terme d'un mécanisme d'appel

Les sentences arbitrales sont définitives. Il est impossible pour les parties de faire appel à une instance supérieure. Si l'article 52 de la convention du CIRDI et l'article 34 de la loi-type de la CNUDCI permettent d'annuler une sentence arbitrale sous certaines conditions¹¹², ils ne permettent en aucun cas une révision de la décision sur le fond. Mettre en place un mécanisme d'appel permettrait alors de limiter la probabilité d'interprétations contradictoires des provisions des traités d'investissement, et ainsi accroître la cohérence et la légitimité du système.

¹⁰⁸ Mexico Singapore BIT (2009) Article 17.

¹⁰⁹ AECG Article X.27 et ALEUES Article 9.22.

¹¹⁰ AECG Article X.35 et ALEUES Article 9.26.

¹¹¹ ALNA (1994) Article 1128 et Canada-Peru FTA (2008) Article 831.

¹¹² Vice dans la constitution du Tribunal, excès de pouvoir manifeste du Tribunal, corruption d'un arbitre, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, défaut de motifs.

Il est prévu dans les nouveaux accords de l'Union européenne qu'un forum de consultation soit mis en place au sujet d'un mécanisme d'appel.¹¹³ Une telle provision est incorporée dans plusieurs accords d'investissement des États-Unis et du Canada¹¹⁴, mais aucun mécanisme d'appel n'a jamais été mis en place. Toutefois, il est question dans les négociations du TTIP de créer un mécanisme d'appel bilatéral directement à travers l'accord.

¹¹³ AECG Article X.42 et accord UE-Singapour Article 9.33.

¹¹⁴ Voir par exemple le CAFTA (Dominican Republic - Central America - United States FTA) Annexe 10-F. Signé en 2004, il mit en place un groupe de négociation dont la mission est de développer un mécanisme d'appel.

Chapitre 2

L'opposition à l'approche proposée

Dans sa recherche d'un équilibre entre le droit de réglementer des Etats et la protection des investissements, et dans sa volonté de moderniser l'ISDS, la Commission fixe les standards européens de protection des investissements au niveau de ceux des Etats-Unis et du Canada¹¹⁵ en allant parfois plus loin¹¹⁶. L'approche européenne en matière de protection des investissements est indéniablement en rupture avec les textes des traités d'investissement des Etats membres. Ces derniers, même les plus récents, ne traitent pas des questions que nous avons mentionnées dans le présent mémoire¹¹⁷, et qui pourtant ont été débattues aux Etats-Unis dès les années 1990¹¹⁸. On pourrait donc s'attendre à ce que les Etats membres et la société civile accueillent avec satisfaction la modernisation des normes de protection des investissements en Europe. C'est tout le contraire qui s'est produit. Le 14 juillet 2014, une pétition organisée par le *Collectif Stop TAFTA* atteint le million de voix¹¹⁹. Le 27 novembre 2014, un rapport du Sénat¹²⁰ paraît et préconise le retrait de l'ISDS des négociations du TTIP, ainsi que la renégociation du texte de l'AECG. Le 13 janvier 2015, la Commission Européenne publie les résultats d'une consultation publique sur l'ISDS¹²¹. Il en ressort une très forte opposition à l'approche en matière d'ISDS tel que proposée par l'Union européenne¹²². Nous distinguerons l'opposition à l'approche européenne sur des points spécifiques (Section 1) de celle témoignant d'un rejet total de la mise en place de l'ISDS dans le cadre du TTIP (Section 2).

¹¹⁵ Concernant le déroulement de la procédure, le contrôle de l'interprétation des traités et la mise en place d'un organe d'appel.

¹¹⁶ Concernant la définition du « traitement juste et équitable » et d'un « investisseur », ainsi que la mise en place d'une liste de juges et d'un code de conduite pour les arbitres.

¹¹⁷ La cohérence des interprétations, la protection du droit de réglementer des Etats, l'éthique des arbitres et la transparence des procédures.

¹¹⁸ Ted Posner, *The Investor-State Dispute Settlement Mechanism : Panel I – Does ISDS Strengthen or Weaken the Rule of Law ?*, Cato Institute, 20 mai 2014.

¹¹⁹ Au 25 avril 2015, la même pétition avait dépassé 1,7 million de voix.

¹²⁰ Sénat (2014), Rapport n°134, M. Michel BILLOUT, Sénateur.

¹²¹ Cette consultation publique, organisée du 27 mars au 13 juillet 2014, a recueilli les participations de plus de 150 000 citoyens, associations, sociétés, think-tanks, chercheurs, administrations publiques, cabinets de conseil, cabinets d'avocat, syndicats, ONG, etc.

¹²² Commission Européenne (2015), *Online public consultation on ISDS in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, p.15.

Section 1. Une opposition sur des points spécifiques de l'approche européenne

Dans sa tentative d'atteindre un juste équilibre entre les intérêts des Etats et ceux des investisseurs, l'approche européenne en matière d'ISDS, risque de ne satisfaire personne. Il ressort du rapport de la consultation de la Commission un net contraste entre les réponses apportées par les milieux d'affaires (associations professionnelles et entreprises) et celles des ONG et des syndicats. Nous dégagerons deux *visions-types*¹²³ : celle des milieux d'affaires, qui plébiscitent l'ISDS, mais qui considèrent que l'approche proposée va trop loin dans son rééquilibrage en faveur des Etats, et celle des ONG et syndicats, qui estime qu'elle reste insuffisante et favorise les investisseurs de façon disproportionnée. Les réponses des cabinets d'avocats ne sont pas toutes catégoriques, mais penchent plutôt du côté de la vision des milieux d'affaires. Les réponses en provenance des think-tanks et du monde académique sont variées et généralement plus nuancées. Elles ont tendance à pencher du côté de la vision des ONG et des syndicats, mais toute tentative de généralisation ou de catégorisation les concernant aurait été abusive ; nous nous en abstiendrons donc.

Paragraphe 1. L'appréciation des milieux d'affaires

Les milieux d'affaires sont favorables à un mécanisme d'ISDS équilibré, inclusif et cohérent dans le TTIP. Ils ont cependant tendance à juger que l'approche proposée par la Commission est excessive et diminue le niveau de protection des investissements prévu dans les traités existants¹²⁴.

Il est clair que les Etats ont le droit souverain de réglementer et de poursuivre des objectifs légitimes de politiques publiques. La référence au droit de réglementer n'est cependant pas jugée nécessaire puisque la protection des investissements ne peut pas empêcher un Etat de prendre une mesure. L'approche proposée concernant le principe de traitement juste et équitable risque de conduire à une baisse du niveau de protection des investissements dans le cas où le contenu de la clause serait révisé¹²⁵. L'expropriation indirecte risque également d'abaisser le niveau de protection, car

¹²³ Ces visions-types sont expressément caricaturales et ne représentent pas l'intégralité des réponses recueillies lors de la consultation de la Commission.

¹²⁴ Commission Européenne (2015), Online public consultation on ISDS in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement, p.16.

¹²⁵ Rappel : l'approche européenne en matière d'ISDS prévoit que les Etats parties pourront réviser le contenu de l'obligation de traitement juste et équitable.

l'obligation de dédommager l'investisseur est assortie d'exceptions pour certains secteurs – la santé, la sécurité et l'environnement. L'exclusion des sociétés « écrans » ou « boîte-aux-lettres » n'est pas problématique, même si certaines associations professionnelles pensent que le *treaty shopping*¹²⁶ devrait être autorisé.

L'adoption d'un code de conduite pour les arbitres n'est pas jugée nécessaire, vu le code de l'IBA et les règles du CIRDI en la matière. De plus, les listes d'arbitres favoriseraient indûment les Etats puisque les investisseurs ne participeraient pas à leur création. Les mesures de transparence sont accueillies très favorablement, mais il existe une réelle inquiétude quant à la protection des informations confidentielles et des secrets commerciaux. La clause d'option irrévocable – *fork in the road* - est jugée trop stricte. Les investisseurs devraient pouvoir abandonner à tout moment des poursuites devant une Cour nationale et recourir à l'ISDS s'ils ont le sentiment qu'une procédure juste ne peut plus être garantie. Le mécanisme permettant de disqualifier rapidement les recours frauduleux, abusifs et infondés n'est pas considéré nécessaire puisque ce type de recours n'aurait pas posé de problème par le passé. De plus, l'application successive des articles relatifs aux recours « manifestement dénués de fondements juridiques » et aux recours « non fondés en droit » allongerait inutilement la procédure. Enfin, les Etats risquent de soulever systématiquement des objections pour décourager les investisseurs. Il faudrait incorporer un mécanisme permettant de disqualifier les « objections abusives ». Le principe du *loser pays* pourrait décourager les PME et les ETI de recourir à l'arbitrage. Il faudrait laisser les arbitres décider eux-mêmes, en cas de recours abusifs, de faire payer les frais au perdant. Le contrôle par les Etats de l'interprétation de l'accord est jugé excessif. Les Etats peuvent donner des avis sur l'interprétation du traité, mais ces avis devraient être de simples recommandations. Des interprétations contraignantes risquent de politiser les litiges en cours et de limiter le pouvoir d'appréciation des arbitres. De plus, l'application d'interprétations contraignantes à des affaires en cours s'oppose à « la garantie d'une procédure régulière » et « serait préjudiciable à la sécurité juridique pour les

¹²⁶ Le *treaty shopping* consiste à structurer une entreprise de manière à pouvoir bénéficier des traités les plus avantageux en termes de protection des investissements. Je suis un investisseur d'un pays A qui investi dans un pays B. Si le traité d'investissement entre A et B est moins avantageux que celui entre A et C, j'ai tout intérêt à créer une société écran dans le pays C. Mes investissements dans le pays B sont alors mieux protégés.

investisseurs »¹²⁷. Le principe d'un mécanisme d'appel est approuvé par de nombreux répondants. Il faudrait cependant le développer en coopération étroite avec la CNUDCI, le CIRDI et la Chambre de Commerce Internationale, ou, à défaut, y renoncer complètement. En effet, un tel mécanisme risque d'augmenter le coût de l'arbitrage et d'allonger la procédure. Son utilité serait aussi limitée au vu des mécanismes existant sous la convention du CIRDI et la Convention de New York.

Paragraphe 2. L'appréciation des ONG et des syndicats

Les ONG et les syndicats reconnaissent que l'approche proposée par la Commission rééquilibre considérablement l'ISDS dans le sens des intérêts des États. Ils estiment toutefois que les améliorations exposées sont insuffisantes et que le système favorise toujours les investisseurs de façon disproportionnée¹²⁸.

La référence au droit de réglementer est accueillie très favorablement. Cependant, l'approche serait trop laxiste puisque cette référence, placée en préambule, ne serait pas contraignante. L'effort de clarification du principe de traitement juste et équitable est reconnu. Il est désormais clair que le traitement juste et équitable ne peut être interprété comme une garantie d'immuabilité du cadre légal et d'affaires. L'expropriation indirecte est également mieux définie. Des mesures légitimes de politique publique visant à la protection de la santé, de la sécurité ou de l'environnement ne peuvent donner lieu à une compensation. Cependant, cette protection de l'intérêt général ne devrait pas être affaiblie par la mention « sauf dans de rares cas où elles sont manifestement excessives au regard de leur objectif », qui pourrait donner lieu à des interprétations laxistes de la part des tribunaux arbitraux. L'exclusion des sociétés « écran » ou « boîte-aux-lettres » du champ du traité est saluée, mais il faudrait aussi exclure les investissements de portefeuille¹²⁹, ainsi que les investissements dans certains secteurs sensibles comme l'éducation, l'environnement et les marchés financiers¹³⁰.

¹²⁷ Commission Européenne (2015), Online public consultation on ISDS in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement, p.25.

¹²⁸ *Ibid.*, p.16.

¹²⁹ Un investissement de portefeuille consiste en l'acquisition de moins de 10% du capital de l'entreprise. Il s'agit d'un investissement pour motif financier qui n'a pas pour but le contrôle de l'entreprise.

¹³⁰ Rappel : la définition d'un investissement est la plus large possible (Voir Annexe C).

L'adoption d'un code de conduite et la constitution d'une liste d'arbitres sont accueillies très favorablement. Il faudrait cependant aller plus loin en rendant systématique le recours aux listes d'arbitres¹³¹. Les mesures de transparence sont largement plébiscitées. Cependant, les exceptions dont elles sont assorties pour protéger les informations confidentielles risquent d'être interprétées de façon trop extensive et de compromettre leur efficacité. La clause d'option irrévocable – *fork in the road* – est jugée peu efficace pour atteindre ses objectifs (empêcher un investisseur d'être doublement dédommagé, et éviter qu'un Etat ait à répondre deux fois à la même poursuite). Elle n'empêche pas les procédures parallèles dans le cas où l'investisseur recherche devant une juridiction nationale une compensation non pécuniaire¹³². Un investisseur peut donc être doublement dédommagé : financièrement devant un tribunal arbitral, et non financièrement devant une Cour nationale. De plus, la renonciation de l'investisseur à mener des procédures dans l'autre juridiction cesse de s'appliquer dès lors qu'un tribunal rejette la plainte de l'investisseur, même quand celle-ci est jugée « manifestement dénuée de fondement juridique » ou « non fondée en droit ». Les Etats peuvent donc avoir à répondre à deux reprises à la même poursuite. Le mécanisme permettant de disqualifier rapidement les recours frauduleux, abusifs et infondés est jugé trop restreint et ne serait pas à même d'écarter certains abus. Comme les milieux d'affaires, les ONG et les syndicats estiment que le mécanisme risque d'encourager les Etats à soulever systématiquement des objections. Le principe du *loser pays* devrait être limité aux situations de recours abusifs ou infondés, afin de ne pas décourager les PME et les ETI. Cependant, pour dissuader efficacement les investisseurs de déposer de tels recours, les ONG et les administrations publiques suggèrent que le tribunal arbitral inflige une sanction punitive au perdant. Les clauses relatives au contrôle par les Etats de l'interprétation du traité sont jugées inefficaces. Les parties ne disposeraient pas d'un pouvoir de contrôle suffisant sur la procédure d'arbitrage. Puisqu'il n'existe aucun mécanisme d'exécution, les arbitres pourraient ne pas prendre en compte les interprétations des Etats. Le mécanisme d'appel est approuvé, voire jugé indispensable. Il faudrait

¹³¹ Rappel : le recours aux listes d'arbitres n'est prévu que lorsque les parties au litige n'ont pas désigné d'arbitres, ou ne peuvent s'entendre sur le choix du président.

¹³² Kent Law School, Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html

cependant que ce mécanisme soit général et s'applique à tous les traités d'investissement, afin d'éviter d'homogénéiser le droit international d'investissement dans le cadre de la prolifération des AII. Certaines ONG considèrent qu'il devrait prendre la forme d'une juridiction internationale.

Section 2. Une opposition totale à l'ISDS dans le cadre du TTIP

Depuis le début des négociations du TTIP, l'ISDS est devenu impopulaire à tel point que nombreux sont ceux qui appellent à son abandon pur et simple dans l'accord. Aucune alternative sérieuse ou viable à court terme ne semble cependant pouvoir s'y substituer.

Paragraphe 1. Les raisons d'une opposition totale à l'ISDS dans le cadre du TTIP

Des groupes et individus de bords très variés s'opposent à la mise en place de l'ISDS dans le texte du TTIP, nombre d'entre eux au nom de la lutte anticapitaliste, d'autres au motif que l'ISDS serait inutile dans le cadre des relations transatlantiques.

Les contributions les plus virulentes à l'encontre de l'ISDS et au TTIP en général proviennent de lobbies anticapitalistes. On retrouve notamment des partis politiques, comme en France le *Front de Gauche* et le *Front National*, et des organisations altermondialistes qui organisent des réunions d'information et des pétitions, comme *ATTAC* et le *Collectif Stop TAFTA*. Ces groupes s'opposent à l'ISDS et au TTIP dans le cadre plus global d'une lutte contre le capitalisme. L'ISDS est présenté, de manière souvent caricaturale, comme un instrument servant les intérêts des multinationales, en permettant à ces dernières de démanteler les normes environnementales, de santé publique et de protection sociale des Etats pour accroître leurs profits. Ces groupes ont fait de l'ISDS et du TTIP une cause populiste. D'après *ATTAC*, le TTIP « vise au démantèlement, ou à l'affaiblissement, de toutes les normes qui limitent le profit des entreprises¹³³ ». Or, l'approche européenne établit clairement qu'un investisseur ne peut pas obtenir de compensation au titre de la clause sur l'expropriation indirecte au seul motif que ses profits ont été réduits. D'après le

¹³³ ATTAC, Guide de navigation pour affronter le grand marché transatlantique <https://france.attac.org/nos-publications/brochures/articles/guide-de-navigation-pour-affronter-le-grand-marche-transatlantique>, consulté le 1^{er} mai 2015.

Collectif Stop TAFTA, les tribunaux arbitraux disposeraient « du pouvoir d’invalider des réglementations sur le seul motif qu’elles constituent des atteintes au libre commerce¹³⁴ ». Il s’agit donc d’une « atteinte insupportable à la souveraineté des peuples et à la démocratie¹³⁵ ». Or, l’ISDS n’est qu’un mécanisme qui garantit que les Etats respectent les normes qu’ils ont eux-mêmes mises en place. Jamais ces normes n’ont donné le pouvoir aux arbitres de récuser une mesure nationale. Les Etats ont le droit de prendre souverainement les mesures qu’ils souhaitent, mais il est normal qu’ils respectent leurs engagements, notamment en dédommageant les investisseurs lésés. Il ne s’agit ici que de compensation, et non du retrait de la mesure – contrairement aux décisions prises par les panels de l’OMC. Les affaires *Philip Morris v. Australia*¹³⁶ (Philip Morris demande réparation suite à la nouvelle législation anti-tabac australienne) et *Vattenfall v. Germany*¹³⁷ (Vattenfall demande réparation suite à la décision de l’Allemagne de sortir du nucléaire) sont les plus couramment mises en avant par les activistes anti-TTIP. Nous noterons que ces affaires n’ont pour le moment pas abouti et qu’il est malaisé d’en tirer des conclusions à l’heure actuelle. L’activisme anti-TTIP s’est pourtant révélé d’une grande efficacité et a conduit plus d’un million de citoyens européens à signer la pétition anti-TTIP. C’est l’incapacité de la Commission et le désintérêt des Etats membres à réfuter l’avalanche de représentations erronées de l’ISDS et du TTIP qui a permis à une opposition aussi large et violente de se créer.

Des groupes plus modérés, notamment des grands partis politiques, la presse établie, des ONG et certains think-tanks, considèrent que l’ISDS est une discrimination positive envers les investisseurs qui ne se justifie pas dans le cadre du TTIP. L’ISDS serait injuste car il donne des droits aux investisseurs étrangers que n’ont pas les investisseurs nationaux. Le principe de non discrimination est un principe fondamental des traités d’investissement. Il assure aux investisseurs étrangers de ne pas être traités différemment des investisseurs nationaux. Or, les investisseurs nationaux disposent des juridictions nationales comme seul moyen de recours. Les

¹³⁴ Collectif Stop TAFTA, Une justice privée au service des multinationales. <https://www.collectifstopafta.org/tafta-c-st-quoi/article/une-justice-privee-au-service-des>, consulté le 1^{er} mai 2015.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Affaire en cours après la plainte du 15 juillet de Philip Morris contre l’Australie (CNUCED Case No. 2012-12).

¹³⁷ Il s’agit ici d’une seconde plainte de Vattenfall déposée en 2012.

investisseurs étrangers, eux, se voient accorder des privilèges puisqu'ils peuvent choisir de porter un différend devant une juridiction nationale ou internationale. La seule justification à la mise en place de l'ISDS serait donc que les juridictions nationales des Etats signataires ne protègent pas efficacement les investisseurs. Au vu de la qualité des systèmes judiciaires aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, l'ISDS ne se justifierait pas¹³⁸. Cette argumentation peut néanmoins être affaiblie par deux remarques. D'une part, si la qualité des systèmes judiciaires américain et d'Europe occidentale est indiscutable, certains pays d'Europe de l'Est sont parmi les Etats les plus fréquemment défendeurs devant les tribunaux arbitraux¹³⁹. D'autre part, l'incorporation de l'ISDS au TTIP revêt une dimension diplomatique et stratégique. Les Etats-Unis et l'Union européenne ne peuvent se permettre de dire au monde qu'ils peuvent se passer d'ISDS entre eux, au vu de la « supériorité » de leurs systèmes judiciaires, mais que ce mécanisme est nécessaire avec leurs autres partenaires dont ils considèrent que les Cours de justices sont « incompetentes » ou « corrompues ». Les Etats-Unis et l'Union européenne auront également du mal à imposer leurs normes de protection des investissements à la Chine et à l'Inde si ces normes ne se retrouvent même pas dans un accord de l'ampleur du TTIP.

Paragraphe 2. Le manque d'alternatives sérieuses à court terme

Abandonner l'ISDS dans le TTIP serait d'autant plus compliqué qu'il n'existe pas d'alternative sérieuse ou viable à court terme.

Certaines contributions des milieux économiques les plus libéraux¹⁴⁰ préconisent la non-intervention totale des Etats. L'ISDS permet de protéger les investisseurs étrangers contre de mauvais traitements de la part du pays hôte. Or, si ce pays traite mal les investisseurs étrangers, ceux-ci iront investir ailleurs. L'Etat sera privé d'un important moteur de croissance économique et devra adapter son comportement en conséquence afin de gagner à nouveau la confiance des

¹³⁸ Sénat (2014), Rapport n°134, M. Michel BILLOUT, Sénateur, p.15-16.

¹³⁹ Fin 2014, 28 affaires impliquaient la République Tchèque et 15 impliquaient la Pologne. Ils sont donc à eux seuls impliqués dans un tiers des 128 affaires concernant des Etats membres. Source : UNCTAD ISDS Database.

¹⁴⁰ Daniel IKENSON (2014), A Compromise to Advance the Trade Agenda: Purge Negotiations of Investor-State Dispute Settlement, *Herbert A. Stiefel Center for Trade Policy Studies Free Trade Bulletin* n°57, March 4, 2014.

investisseurs. Puisque le marché s'autorégule, les Etats ne devraient pas avoir à intervenir par la mise en place d'un mécanisme d'ISDS. De plus, les entreprises multinationales font partie des plus sophistiquées au monde. Elles savent qu'investir à l'étranger est risqué et seraient parfaitement capables de quantifier ce risque. Elles pourraient également recourir à des polices d'assurance privées ou contracter directement avec les Etats pour obtenir certaines garanties. D'un point de vue purement macroéconomique, cet argumentaire est cohérent. On retrouve ici l'idée de la *main invisible* et le principe du *laissez-faire* d'Adam Smith - le marché s'autorégule. On retrouve également le *théorème de Coase* - il n'est nul besoin d'une intervention extérieure car les parties en présence peuvent négocier elles-mêmes la solution optimale. Cependant, cette solution est insatisfaisante dans le cadre de la politique de promotion des investissements des Etats-Unis et de l'Union européenne. Il serait incohérent de vouloir établir des normes de protection des investissements tout en refusant de mettre en place le mécanisme garantissant leur applicabilité. Suivant cette logique, il faudrait renoncer à la protection des investissements de façon générale. Cela aurait des répercussions en termes de prévisibilité pour les investisseurs, et des conséquences en terme de croissance économique pour les Etats.

A défaut de non-intervention, un mécanisme de règlement interétatique des différends inspiré de l'organe de règlement des différends de l'OMC a été envisagé¹⁴¹. Un tel mécanisme ne nous semble pas être le plus approprié dans le cadre de la protection des investissements. Il ne permettrait pas de protéger les investisseurs puisqu'il ne viserait qu'au retrait de la mesure contestée, et non au dédommagement de l'investisseur lésé. Un tel mécanisme ne permettrait pas non plus aux PME et aux ETI de faire valoir efficacement leurs droits. Ces dernières auraient plus de mal que les multinationales à faire entendre leur cause et à obtenir de l'Etat qu'il agisse en leur nom dans le cadre d'un différend interétatique. Or, les investisseurs qui ont recours à l'ISDS sont en majorité des PME et des ETI (voir Annexe D). Enfin, un tel mécanisme risque de politiser les différends relatifs à l'investissement. L'ISDS semble donc plus approprié et plus efficace pour protéger les investissements qu'un mécanisme inspiré de l'ORD.

¹⁴¹ Voir Parlement Européen, Comité du Commerce International, Working Document (9.1.2015), M. Bernd Lange, Député Européen, p.7, et Sénat (2014), Rapport n°134, M. Michel BILLOUT, p.24.

Entre l'ISDS et un mécanisme inspiré de l'ORD, une troisième voie semble possible. Une proposition ambitieuse de Cour internationale d'investissement a été avancée par la Députée Européenne Viviane Reding¹⁴² :

Dans le débat actuel, très polarisé au sein du Parlement européen, une troisième voie est possible. Entre une micro-réforme et l'élimination complète du règlement des différends entre investisseurs et Etats. Entre ceux qui prônent le maintien de la nature ad hoc de l'arbitrage et ceux qui préfèrent l'utilisation douteuse du mécanisme de résolution des disputes d'État à État, qui pourrait potentiellement mener à des guerres commerciales et forcer au retrait de législations adoptées démocratiquement. Entre l'optimisme angélique et les craintes démesurées. Entre ultra-libéralisme et protectionnisme. Je propose une troisième voie, la création d'une Cour internationale d'investissement, unique et permanente, appliquant un ensemble de règles internationales communes: Un Monde, Une Loi, Une Cour! La création d'une institution stable, visible et indépendante, établissant une jurisprudence claire! Seule une telle Cour publique peut garantir la légitimité des délibérations, la cohérence entre les jugements et l'indépendance des juges. La mise en place de règles multilatérales équilibrées en matière d'investissement est d'autant plus indispensable qu'il faut combler les lacunes identifiées dans les 1 400 traités bilatéraux déjà signés par les États membres. À problèmes généralisés, réponse globale !”

Cette proposition fait écho à certaines publications préconisant une Cour permanente dotée de juges rémunérés publiquement pour un mandat précis¹⁴³. Elle a notamment été saluée par la Commissaire européenne au commerce Cecilia Malmström¹⁴⁴. Une telle Cour permettrait de réfuter les critiques de l'ISDS en terme de légitimité et de cohérence des décisions. Il s'agit cependant d'une proposition embryonnaire qui ne peut se concevoir que sur le long terme. A l'heure actuelle, aucun Etat n'est parvenu à inclure un mécanisme d'appel dans ses traités d'investissement. On imagine difficilement l'UE et les Etats-Unis réussir à mettre en place une véritable Cour internationale d'investissement avec le TTIP. De plus, l'harmonisation des normes de protection des investissements à travers une Cour internationale est hypothétique car elle nécessiterait l'action conjointe d'un nombre important d'Etats. Il s'agit cependant d'une proposition ambitieuse dont les développements méritent d'être suivis.

¹⁴² Vivian REDING, La justice ne peut être privée, *Euractiv*, 19 mars 2015.

¹⁴³ Gus VAN HARTEN (2008), A Case for an International Investment Court. Inaugural Conference of the Society for International Economic Law, York University.

¹⁴⁴ Daniela VINCENTI, Brussels considers replacing ISDS with a public Court, *Euractiv*, 26 mars 2015.

Conclusion

L'objectif fondamental de l'approche européenne en matière de protection des investissements est d'atteindre un juste équilibre entre les intérêts des Etats et ceux des investisseurs. La Commission améliore sensiblement les normes de protection et les règles de procédures du mécanisme d'ISDS en comparaison aux AII des Etats membres. La mise en œuvre de son approche rencontre cependant de sérieuses difficultés. En tentant d'apporter une solution équilibrée, la Commission fait face à des critiques lui reprochant soit d'être allée trop loin dans le sens des Etats, soit de favoriser les investisseurs de façon disproportionnée. Il existe de plus une opposition importante à la mise en place de l'ISDS dans le TTIP en général, mais aucune alternative sérieuse ne semble envisageable à court terme. La Commission devra réviser son approche si elle veut voir un jour aboutir les négociations sur le chapitre investissement du TTIP. La tâche est d'autant plus ardue qu'il sera nécessaire de prendre en compte des points de vue très variés, parfois virulents, souvent opposés entre eux.

Conclusion Générale

Avec le traité de Lisbonne, l'Union européenne a réussi à étendre sa compétence exclusive en matière de politique commerciale aux investissements étrangers directs. Elle a élaboré une approche globale en matière d'investissement prévoyant le recours à l'ISDS.

Cette approche est mise en place pour la première fois dans des accords dits de « nouvelle génération » : le TTIP, l'AECG et l'ALEUES. Elle modernise avec succès les normes de protection des investissements et le mécanisme d'ISDS. Elle est indéniablement en rupture avec les AII des Etats membres, et se veut sensiblement plus équilibrée dans sa mise en balance de la protection des investissements par celle du droit de réglementer des Etats. Elle clarifie les normes de protection des investissements, et notamment le principe du traitement juste et équitable, la notion d'expropriation indirecte et la définition d'un investisseur. Elle propose de nouvelles règles relatives à l'éthique des arbitres et à la transparence des procédures. Elle s'efforce d'éliminer de potentiels abus du mécanisme d'ISDS, dont les procédures parallèles et les recours frauduleux, abusifs ou infondés. Elle permet aux Etats de contrôler l'interprétation du traité. Elle prévoit également la mise en place, à terme, d'un mécanisme d'appel.

En proposant une approche améliorant pourtant le système existant, la Commission fait face à une hostilité générale. Les milieux d'affaires lui reprochent d'aller trop loin dans son rééquilibrage en faveur des Etats et d'abaisser par là le niveau de protection des investissements. Les ONG et les syndicats estiment que les améliorations proposées restent insuffisantes et favorisent indûment les investisseurs. Nombreux sont ceux qui préconisent l'abandon pur et simple de l'ISDS dans les négociations du TTIP. Les négociations du chapitre investissement du TTIP n'aboutiront que si la Commission réussit à prendre en compte les différents points de vue dans toute leur diversité et leur complexité. La Commission devra renforcer sa communication, aujourd'hui quasi-inexistante, et convaincre des bénéfices de l'ISDS plutôt que de donner l'impression de négocier des accords en secret au profit des multinationales. Elle devra également s'assurer d'obtenir un soutien politique

suffisant, de la part d'un Parlement Européen lui reprochant d'être tenu trop à l'écart des négociations, mais aussi de la part des Etats membres, et notamment les grands Etats comme la France, l'Allemagne et l'Italie, qui sont les plus méfiants à l'égard de l'ISDS.

Une question se pose : alors que les Etats membres ont ratifié dans l'indifférence générale plus de 1400 traités d'investissement bien moins protecteurs de l'intérêt public que ne l'est l'approche Européenne, pourquoi la présence d'un mécanisme d'ISDS dans le TTIP suscite-t-elle tant d'opposition et de controverse ?

Nous pourrions considérer que la négociation transatlantique, de par son ampleur, a fait émerger l'enjeu politique d'un mécanisme auparavant méconnu de règlement des différends entre investisseurs et Etats. Ce point n'est pas convainquant quand on sait que les négociations de l'accord AMI avaient suscité des controverses similaires à celles que nous constatons aujourd'hui. Le mécanisme d'ISDS n'est pas nouveau et il n'est pas raisonnable de considérer que son existence n'a été découverte, par la classe politique et la société civile, qu'à l'occasion des négociations du TTIP. Si l'ISDS était un mécanisme inacceptable ou qui favorisait indûment les investisseurs, les Etats membres auraient dû renégocier leurs traités d'investissement depuis longtemps. Or, depuis l'échec des négociations de l'accord AMI en 1998, ils n'en n'ont signé que davantage et en comptent aujourd'hui plus de 1400. On objectera que les « dérives » du système que mettent en avant les opposants de l'ISDS n'auraient pas pu être constatées en 1998, car le recours à l'arbitrage d'investissement y était moins fréquent qu'aujourd'hui. Cette objection est incohérente car ces « dérives » auraient pu être mises en avant lors de la signature des AII les plus récents des Etats membres – par exemple quand la France signait en 2006 un TBI avec la Turquie. Or, les opposants à l'ISDS dans le TTIP n'ont jamais appelé à la renégociation des traités d'investissement en vigueur.

Nous pourrions penser que les difficultés rencontrées par la Commission proviennent d'un profond sentiment de dépossession de la part des Etats membres. Ces derniers auraient renoncé à leur compétence en matière d'investissements étrangers directs sans mesurer la portée des bouleversements qui allaient en résulter. Les négociations, auparavant insuffisamment transparentes pour les peuples, le sont aujourd'hui aussi pour les Etats. Les Etats membres sont tenus à l'écart des

négociations, et de l'impossibilité de contrôler le cours des événements serait apparue une certaine méfiance vis-à-vis de la Commission, interlocuteur unique dans les négociations transatlantiques. Ce seul argument n'est pas suffisant puisqu'il n'explique pas pourquoi l'opposition à l'approche européenne se focalise sur l'ISDS dans le TTIP, alors que les négociations de l'AECG sont passées presque inaperçues et que personne ne s'occupe de dénoncer le texte de l'ALEUES.

Il faut donc se résoudre à un ultime facteur, plus difficilement avouable, mais qui explique parfaitement la controverse suscitée par la mise en place de l'ISDS dans le TTIP : l'appréhension des européens face aux puissantes multinationales américaines. En effet, aucun des grands Etats européens n'a jamais signé de traité d'investissement avec les Etats-Unis¹⁴⁵. Il est d'ailleurs opportun de noter que les négociations de l'accord AMI, qui auraient justement mis en place un mécanisme d'ISDS entre les pays de l'OCED, dont les Etats membres et les Etats-Unis, ont échoué. On comprend en lisant les interventions des sénateurs français lors de l'examen en Commission d'un récent rapport de la commission des affaires européennes que la négociation avec les Etats-Unis suscite plus d'inquiétudes que s'il s'agissait de partenaires moins puissants. D'après le Sénateur Yves Pozzo di Borgo, « nous devons rester vigilants particulièrement du fait que la puissance de certaines entreprises américaines l'emporte sur certains États d'Europe¹⁴⁶ ». Le Sénateur Philippe Bonnecarrère, lui, « s'inquiète de l'équilibre économique entre les deux partenaires du TTIP : est-ce que les entreprises européennes oseront attaquer la première puissance économique mondiale ? Souvenons-nous qu'Airbus avait remporté l'appel d'offres lancé par les États-Unis et que Boeing ayant attaqué cette décision a fini par l'emporter. Airbus a fait le choix politique de ne pas contester cette décision émanant de la première puissance mondiale¹⁴⁷ ».

La question est de savoir si ces craintes sont justifiées. Elles ne le sont pas, en apparence du moins, si nous nous référons aux statistiques. Fin 2014, les investisseurs européens avaient poursuivi des Etats dans 327 affaires¹⁴⁸, soit près de 54% du total

¹⁴⁵ Notons que les Etats membres à avoir signé des TBI avec les Etats-Unis sont tous des anciens Etats communistes : la Bulgarie, la Croatie, la République Tchèque, l'Estonie, la Pologne, la Roumaine et la Slovaquie. Notons également que tous ces TBI ont été signés peu après la chute de l'URSS.
Source : http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp

¹⁴⁶ Sénat (2014), Rapport n°134, M. Michel BILLOUT, Sénateur, p.28.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.29.

¹⁴⁸ UNCTAD ISDS Database. Nous rappelons que 608 affaires étaient référencées fin 2014

mondial. Les investisseurs américains, eux, n'étaient qu'à l'origine de 132 affaires¹⁴⁹, soit moins de 22% du total. Les Etats membres sont de loin les plus grands utilisateurs de l'ISDS. Nous noterons d'ailleurs que les Etats membres poursuivis le sont, dans plus de 77% des cas, par des investisseurs d'autres Etats membres¹⁵⁰.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*, les Etats membres ont été poursuivis dans 128 affaires, dont 99 ont été initiées par des investisseurs d'autres Etats membres.

Bibliographie

A. Ouvrages

R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, OUP Oxford, 2012

A. KULICK, *Global Public Interest in International Investment*, Cambridge University Press, 2012

A. de MESTRA & C. LEVESQUE, *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2012

A. de NANTEUIL, *Droit International de l'Investissement*, A.Pedone, 2014

B. Articles spécifiques

Tomas BAERT (2010), *Vers une politique européenne d'investissements internationaux*, *Investment treaty news*, Volume 1, n°1, Septembre 2010

Yas BANIFATEMI (2009), *The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration*, in *Investment Treaty Law: Current Issues III* (A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky, BIICL, 2009), p.241-273

Yas BANIFATEMI (2010), *Mapping the Future of Investment Treaty Arbitration as a System of Law – Remarks*, *American Society of International Law—Proceedings of The 103rd Annual ASIL Meeting*, Janvier 2010, p.323-330

Yas BANIFATEMI (2011), *Unresolved Issues in Investment Arbitration*, in *Modern Law For Global Commerce – Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law Held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commission, Vienna, 9-12 July 2007*, (United Nations publication No. V.09-8930, 2011), p.416-430

Nathalie BERNASCONI (2009), Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration, IISD

Nathalie BERNASCONI-OSTERWALDER & Martin Dietrich BRAUCH (2014), The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark, IISD

Tony COLE (2010), La nomination des arbitres dans les procédures d'arbitrage en matière d'investissement : Pourquoi les opinions exprimées sur des points de droit devraient être récusables, *Investment treaty news*, Volume 1, n°1, Septembre 2010

René DAVID, René Jean DUPUY, « ARBITRAGE, droit », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 1er mai 2015

Emmanuel GAILLARD (2003), L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, *Revue de l'Arbitrage* n°3, 2003, p.854-875

Emmanuel GAILLARD (2007), The Denunciation of the ICSID Convention, *New York Law Journal*, Volume 237, n°122, 26 juin 2007

Emmanuel GAILLARD (2008), Anti-Arbitration Trends in Latin America, *New York Law Journal*, Volume 239, 5 juin 2008

Emmanuel GAILLARD (2009), The Urgency of Not Revising the New York Convention, in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, 2009, p.689-696

Emmanuel GAILLARD (2009), Three Philosophies of International Arbitration, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers* (Arthur W. Rovine Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p.305-310

Emmanuel GAILLARD (2010), CIRDI Chronique des sentences arbitrales, *Journal du Droit International* n°2, 2010

Emmanuel GAILLARD (2011), General Principles of Arbitration, *World Arbitration & Mediation Review*, Volume 5 n°2, 2011

Emmanuel GAILLARD (2012), International Arbitration as a Transnational System of Justice, *Arbitration – The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series n°16, 2012, p.66-73

Daniel IKENSON (2014), A Compromise to Advance the Trade Agenda: Purge Negotiations of Investor-State Dispute Settlement, *Herbert A. Stiefel Center for Trade Policy Studies Free Trade Bulletin* n°57, March 4, 2014

Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (2004), L'arbitrage d'investissement: entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public, *Revue libanaise d'arbitrage* n°32, 2004, p.9-15

Luke Eric PETERSON (2010), Arbitrators decries « revolving doors » roles of lawyers in investment treaty arbitration, *Investment Arbitration Reporter*.

Tony PHILLIPS (2008), Argentina Versus the World Bank: Fair Play or Fixed Fight?, Center for International Policy

Zoe PHILLIPS WILLIAMS (2014), Activités risquées ou politiques risquées ? Les facteurs à l'origine des différends investisseurs-Etats, *Investment treaty news*, Volume 5, n°3, Août 2015

Alison ROSS (2012), The dynamics of third-party funding, *Global Arbitration Review*, Volume 7, n°1, 7 mars 2012

Kyla TIENHAARA (2010), Regulatory chill and the threat of arbitration, in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (C. Brown and K. Miles), Cambridge University Press, p.606-627

Willem H. VAN BOOM (2011), Third-Party Financing in International Investment Arbitration, Leiden Law School

Gus VAN HARTEN (2008), A Case for an International Investment Court, *Inaugural Conference of the Society for International Economic Law*, York University

Michael WAIBEL & Yanhui WU (2012), Are Arbitrators Political?, University of Cambridge. http://www.researchgate.net/publication/256023521_Are_Arbitrators_Political

C. Conférences et colloques

Panel I – Introduction & Panel I: Does ISDS Strengthen or Weaken the Rule of Law? The Investor-State Dispute Settlement Mechanism, Cato Institute, 1000 Massachusetts Ave NW, Washington, DC, 20 mai 2014.

Susan Aaronson, Simon Lester, Ted Posner, Todd Weiler, & Edward Alden

<http://www.cato.org/multimedia/events/investor-state-dispute-settlement-mechanism-introduction-panel-i-does-isds>

Panel II – Does ISDS Protect or Subsidize Foreign Direct Investment, and What Are its Economic Consequences? The Investor-State Dispute Settlement Mechanism, Cato Institute, 1000 Massachusetts Ave NW, Washington, DC, 20 mai 2014.

Shaun Donnelly, Daniel J. Ikenson, Chris Sands, Lori Wallach, & Kimberly Elliot

<http://www.cato.org/multimedia/events/investor-state-dispute-settlement-mechanism-panel-ii-does-isds-protect-or>

D. Textes officiels et autres documents

Mandat de négociation du TTIP (Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America), 9 Octobre 2014.

Draft EU-Singapore FTA, version non révisée, octobre 2014

Consolidated CETA text, 26 septembre 2014

L'Accord Multilatéral sur l'Investissement, Projet de Texte Consolidé, 24 avril 1998

Traité sur la Charte de l'Energie, 1994

Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, 1923

Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, 1928

Convention de New York (pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères), 1958

Convention de Washington (pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats), 1965

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985, amendée en 2006

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 1975, version révisée en 2010

Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, 2013

Règlement communautaire 1219/2012 (établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers) du 12 décembre 2012

Communication (2010) 343, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 2010

CJCE, 15 novembre 1994, Avis 1/94, Rec. 1994 I-05267

Traité de Rome, 1957

Traité de Maastricht, 1992

Traité de Nice, 2002

Traité de Lisbonne, 2007

UNCTAD (2010), Fair and Equitable Treatment: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5

UNCTAD (2011), Most-favoured nation treatment: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1

UNCTAD (2011), Expropriation: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7

UNCTAD (2012), Transparency: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6

UNCTAD (2014), Investor-state dispute settlement: A Sequel, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2013/2

UNCTAD (2014), World Investment Report – Investing in the SDGs: An Action Plan, UNCTAD/WIR/2014

UNCTAD (2012), World Investment Report – Towards a new generation of investment policies, UNCTAD/WIR/2012

UNCTAD (2015), Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note n°1, 2015, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1

UNCTAD (2014), Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union, IIA Issues Note n°3, 2014, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2014/6

UNCTAD (2014), Recent Developments in Investor State Dispute Settlement, IIA Issue Note n°1, 2014, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2014/3

UNCTAD (2013), Recent Developments in Investor State Dispute Settlement, IIA Issue Note n°1, 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/3

UNCTAD (2012), Latest Developments in Investor State Dispute Settlement, IIA Issue Note n°1, 2012, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2012/10

BDI (2014), Background: Facts and Figure – International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement, Document n°0007

CEO (2012), Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom

OCDE (2012), Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012

Sénat (2014), Rapport n°134 (sur le règlement des différends entre investisseurs et Etats dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les Etats-Unis) M. Michel BILLOUT, Sénateur

Commission Européenne (2015), Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement, Commission Européenne, SWD (2015) 3

E. Jurisprudence

CJCE, 6 novembre 1984, *Robert Fearon & Company Limited c/ Irish Land Commission*, Aff. C-182/83, Rec 1984 03677

CJCE, 23 septembre 2003, *Margarethe Ospelt et Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, Aff. C-452/01, Rec. 2003 I-09743

CIRDI, 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, Award

CIRDI, 22 mai 2007, *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/3, Award

CIRDI, 12 août 2010, *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Arbitrator Campbell McLachlan

CIRDI, 11 mars 2011, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, Case No. ARB/09/6, Award

CIRDI, 5 octobre 2012, *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Case No. ARB/06/11, Award

London Court of International Arbitration, 11 mai 2004, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Case No. UN 3467, Award

UAIAC, 23 mars 2013, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. The State of Libya*, Final Arbitral Award

UNCITRAL, 3 août 2005, *Methanex Corporation v. United States of America*, Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits

UNCITRAL, 17 mars 2006, *Saluka Investment BV v. The Czech Republic*, Partial Award

UNCITRAL, 18 juillet 2014, *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, Case No. AA 227, Final Award

F. Articles de presse

Jeremy FLEMMING, Le règlement des différends cristallise l'opposition au TTIP, *Euractiv*, 10 décembre 2014

<http://www.euractiv.fr/sections/leurope-dans-le-monde/le-reglement-des-differends-cristallise-lopposition-au-ttip-310683>

A. JONES (2008), Third-Party Litigation Funding Stepping up in the U.K., *Wall Street Journal (blogs)*, 20 March 2008

<http://blogs.wsj.com/law/2008/03/20/third-party-litigation-funding-stepping-up-in-uk/>

Manuel PEREZ-ROCHA, When Corporations Sue Governments, *The New York Times (The Opinion Pages)*, 3 décembre 2014

<http://www.nytimes.com/2014/12/04/opinion/when-corporations-sue-governments.html>

Vivian REDING, La justice ne peut être privée, *Euractiv*, 19 mars 2015

<http://www.euractiv.fr/sections/priorites-ue-2020/ttip-la-justice-ne-peut-etre-privee-313007>

Maxime VAUDANO, Mythes et réalités sur les tribunaux d'arbitrage privés du traité transatlantique, *Transatlantic Blog Le Monde*, 18 avril 2015

<http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/04/18/mythes-et-realites-sur-les-tribunaux-darbitrage-prives-du-traite-transatlantique/>

Daniela VINCENTI, Brussels considers replacing ISDS with a public Court, *Euractiv*, 26 mars 2015

<http://www.euractiv.com/sections/trade-society/eu-considers-replacing-isds-public-court-313079>

Oliver WIECK, New Criticism of ISDS Obscures its Actual History, *Atlantic Community*, 7 octobre 2014

<http://www.atlantic-community.org/-/new-criticism-of-isds-obscures-its-actual-history>

Tim WORSTALL, Explaining TTIP and ISDS To George Monbiot One More TIME, *Forbes*, 14 janvier 2015

<http://www.forbes.com/sites/timworstall/2015/01/14/explaining-ttip-and-isds-to-george-monbiot-one-more-time/>

Annexes

ANNEXE A	70
ANNEXE B	72
ANNEXE C	73
ANNEXE D	74

Annexe A : Littérature et jurisprudence sur les mesures équivalant à une expropriation ne pouvant donner lieu à une compensation

Littérature

“The persistence of the regulatory powers of the host State ... is an essential element of the permanent sovereignty of each State over its economy...Nothing in the language of bilateral investment treaties purports to undermine the permanent sovereignty of States over their economies.” (Lowe, 2004, p. 4)¹⁵¹

“State measures, prima facie a lawful exercise of powers of governments, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus foreign assets and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licences and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation.” (Brownlie, 2008, p. 532)¹⁵²

International authorities have regularly concluded that no right to compensate arises for reasonable necessary regulations passed for the protection of public health, safety, morals or welfare” (Newcombe, 2005, p. 23)¹⁵³

“...It is serious business to dispute a State’s claim to regulation. International law traditionally has granted States broad competence in the definition and management of their economies...” (Weston, 1976, p. 121).¹⁵⁴

“...A State is not responsible for the loss of property or for other economic disadvantages resulting from bona fide taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of State, if it is not discriminatory, and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or sell it at a distress price.” (Restatement (Third) of Foreign Relations of the United States, section 712, Comment (g))

Affaires

*Feldman v. Mexico (2002)*¹⁵⁵

“governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like”, adding that *“reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this”*.

¹⁵¹ Lowe V (2004). Regulation or expropriation. *Transnational Dispute Management*. 1(3)

¹⁵² Brownlie I (2008). *Principles of Public International Law*. 7th edition. Oxford University Press.

¹⁵³ Newcombe A (2005). The boundaries of regulatory expropriation in international law. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. 20(1):1–57.

¹⁵⁴ Weston BH (1976). Constructive takings under international law: a modest foray into the problem of creeping expropriation. *Virginia Journal of International Law*. 16:103–175.

¹⁵⁵ *Marvin Feldman v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of the 16 December 2002.

Methanex v. USA (2005)¹⁵⁶

“...as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and which affects, inter alia, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation...”

Saluka v. Czech Republic (2006)¹⁵⁷

“It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare”. “The principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of States’ forms part of customary international law today.”

Suez v. Argentina (2010)¹⁵⁸

“...States have a legitimate right to exercise their police powers to protect the public interest and that the doctrine of police powers ... has been particularly pertinent in cases of expropriation where tribunals have had to balance an investor’s property rights with the legitimate and reasonable need for the State to regulate.”

Chemtura v. Canada (2010)¹⁵⁹

“[The relevant State agency] took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State’s police powers and, as a result, does not constitute an expropriation”

¹⁵⁶ *Methanex Corporation v. United States of*, UNCITRAL Arbitration (NAFTA), Final Award of 3 August 2005.

¹⁵⁷ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration. Partial Award of 17 March 2006.

¹⁵⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17. Decision on Liability of 30 July 2010.

¹⁵⁹ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration (NAFTA). Award of 2 August 2010.

Annexe B : Les arbitres les plus sollicités dans l'arbitrage d'investissement (2012)

Nom	Nationalité	Nombre d'affaires ISDS	% du nombre total d'affaires (450)
Brigitte Stern	France	39	8.7
Charles Brower	Etats-Unis	33	7.3
Francisco Orrego Vicuna	Chili	30	6.7
Marc Lalonde	Canada	30	6.7
Yves Fortier	Canada	28	6.2
Gabrielle Kaufmann-Kohler	Suisse	28	6.2
Albert Jav van der berg	Pays Bas	27	6
Karl-Heinz Böckstiegel	Allemagne	21	4.7
Bernard Hanotiau	Belgique	17	3.8
Jan Paulsson	France	17	3.8
Stephen M. Schwebel	Etats-Unis	15	3.3
Henri Alvarez	Canada	14	3.1
Emmanuel Gaillard	France	14	3.1
William W. Park	Etats-Unis	9	2
Daniel Price	Etats-Unis	9	2

Source: CEO (2012), Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom

Annexe C : Définition d'un investissement (AECG Chapitre 10, Article X.3)

« 'investment' means:

Every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

an enterprise;□

shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;

bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;□

a loan to an enterprise;□

any other kinds of interest in an enterprise;□ an interest arising from:

a concession conferred pursuant to domestic law or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,□

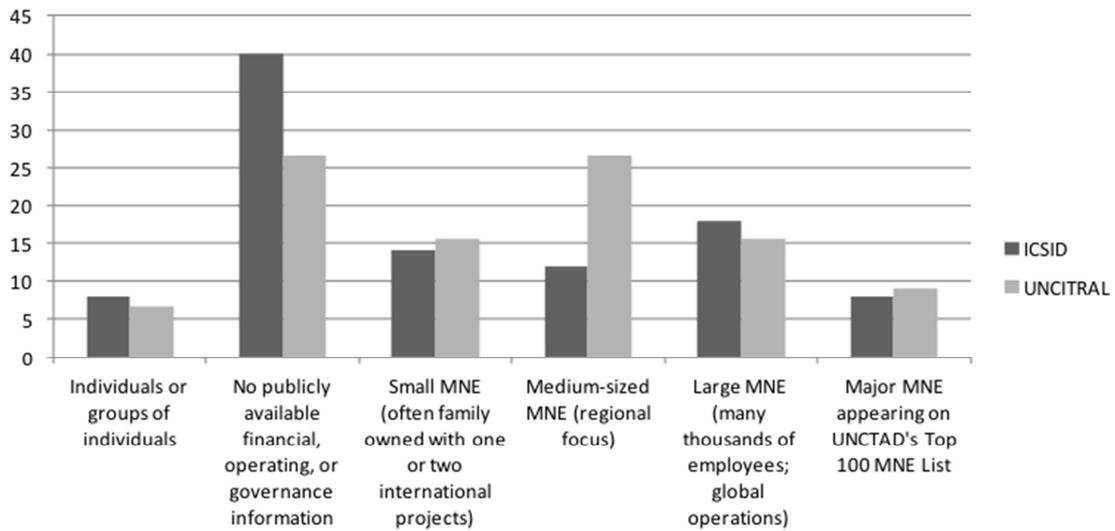
a turnkey, construction, production, or revenue-sharing contract, or other similar contracts;□

intellectual property rights;□

any other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;

claims to money or claims to performance under a contract »

Annexe D : Type d'investisseurs parties à un échantillon de 50 contentieux au CIRDI et de 45 contentieux CNUDCI



Source: OCDE (2012), Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012, p.17

Table des matières

INTRODUCTION.....	8
--------------------------	----------

<u>PARTIE I: FONDEMENTS ET JUSTIFICATIONS DE L'APPROCHE EUROPEENNE EN MATIERE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS</u>	14
--	-----------

CHAPITRE 1. LA COMPETENCE DE L'UNION EN MATIERE D'INVESTISSEMENTS ETRANGERS ET LA NECESSITE D'UNE POLITIQUE COMMUNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	14
--	-----------

SECTION 1. L'ELARGISSEMENT DE LA COMPETENCE EXCLUSIVE DE L'UNION AUX IED	14
Paragraphe 1. L'élargissement du champ de la politique commerciale commune : une stratégie de longue date	15
Paragraphe 2. Le traité de Lisbonne et l'élargissement de la compétence de l'Union aux investissements étrangers directs	16

SECTION 2. L'ELABORATION D'UNE POLITIQUE EUROPEENNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	17
Paragraphe 1. Les normes de protection des investissements	18
Paragraphe 2. L'ISDS comme instrument efficace pour garantir la bonne applicabilité de ces normes	20

CHAPITRE 2. LES PROBLEMATIQUES AUXQUELLES LA POLITIQUE EUROPEENNE D'INVESTISSEMENT DOIT REPENDRE	21
---	-----------

SECTION 1. L'IMPACT SUR LES POLITIQUES PUBLIQUES	21
Paragraphe 1. Mesure d'expropriation indirecte et mesure ne pouvant donner lieu à une compensation	22
Paragraphe 2. L'interprétation du traitement juste et équitable	23
Paragraphe 3. Le risque de gel réglementaire	25

SECTION 2. L'IMPACT SUR LES FINANCES PUBLIQUES	26
Paragraphe 1. L'augmentation du nombre d'affaires	27
Paragraphe 2. Le coût élevé du recours à l'ISDS	27
Paragraphe 3. L'impact du third-party financing	28
Paragraphe 4. Le mécontentement des Etats	29

SECTION 3. LA QUESTION DE L'INDEPENDANCE ET DE L'IMPARTIALITE DES ARBITRES	30
Paragraphe 1. La nomination des arbitres par les parties	30
Paragraphe 2. L'intérêt commercial des arbitres	32

SECTION 4. LA QUESTION DE LA TRANSPARENCE	33
Paragraphe 1. Le manque de transparence des procédures	33
Paragraphe 2. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence (2013)	34

<u>PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DANS LE TTIP.....</u>	<u>36</u>
CHAPITRE 1. LES MESURES PROPOSEES POUR LE TTIP	36
SECTION 1. DE NOUVELLES NORMES PRECISES DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	36
Paragraphe 1. L'établissement du droit de réglementer des Etats	37
Paragraphe 2. Le traitement juste et équitable	37
Paragraphe 3. L'expropriation indirecte	39
Paragraphe 4. La définition d'un « investisseur »	40
SECTION 2. DE NOUVELLES REGLES DE PROCEDURE	40
Paragraphe 1. Le choix et la conduite des arbitres	41
Paragraphe 2. Le déroulement de la procédure	41
Paragraphe 3. Le contrôle par les Etats de l'interprétation de l'accord	43
Paragraphe 4. La création à terme d'un mécanisme d'appel	43
CHAPITRE 2. L'OPPOSITION A L'APPROCHE PROPOSEE	45
SECTION 1. UNE OPPOSITION SUR DES POINTS SPECIFIQUES DE L'APPROCHE EUROPEENNE	46
Paragraphe 1. L'appréciation des milieux d'affaires	46
Paragraphe 2. L'appréciation des ONG et des syndicats	48
SECTION 2. UNE OPPOSITION TOTALE A L'ISDS DANS LE CADRE DU TTIP	50
Paragraphe 1. Les raisons d'une opposition totale à l'ISDS dans le cadre du TTIP	50
Paragraphe 2. Le manque d'alternatives sérieuses à court terme	52
<u>CONCLUSION GENERALE.....</u>	<u>56</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE.....</u>	<u>60</u>
<u>ANNEXES.....</u>	<u>69</u>