

# ARTICLE

## ETAT DES LIEUX DU DÉBAT ACTUEL SUR L'INCLUSION D'UNE CLAUSE DE RÈGLEMENT DES...

| 03/06/16 |



### Etat des lieux du débat actuel sur l'inclusion d'une clause de règlement des différends investisseur/etat dans le traité transatlantique de commerce et d'investissement (ttip)

La question de l'inclusion d'une clause d'arbitrage pour le règlement des différends entre investisseurs et Etats, dite « RDIE » en français et « ISDS » en anglais (*Investor-State Dispute Settlement*) dans le Traité Transatlantique de Commerce et d'Investissement (« TTIP ») suscite depuis plusieurs mois de vives controverses dans l'Union Européenne (« UE »), au point de mettre en péril le recours à ce type de clause.

Classiquement, les clauses RDIE sont incluses dans des traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements et prévoient que tout litige né de l'application du traité d'investissement entre un Etat et un investisseur étranger doit être soumis à l'arbitrage international.

Il est utile de rappeler la genèse de ces clauses afin de mieux cerner les débats actuels.

### Les clauses RDIE, protectrices des droits des investisseurs depuis les années 1960

Les clauses RDIE sont apparues pour la première fois en 1959 à la demande de l'Allemagne dans un traité d'investissement conclu avec le Pakistan. Leur objectif était – et demeure encore aujourd'hui - de protéger les investisseurs étrangers contre d'éventuels actes arbitraires de la part de l'Etat d'accueil des investissements (tels que des discriminations ou des expropriations sans compensation équitable) en permettant une résolution des litiges dans un cadre non-national, par l'arbitrage. Progressivement puis systématiquement incluses dans des traités bilatéraux d'investissements, elles étaient considérées comme essentielles aux investissements étrangers, notamment dès lors que l'Etat récipiendaire des investissements n'offrait pas de système juridique suffisamment stable ou de garanties légales sérieuses, nécessaires à la protection des droits économiques fondamentaux. Encore récemment, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Finlande insistaient pour que des clauses RDIE soient incorporées dans leurs accords d'investissement avec la Chine.

### La naissance de vives critiques sur les clauses RDIE dans le contexte des négociations du Traité Transatlantique entre l'UE et les Etats-Unis

Aujourd'hui, le caractère protecteur des clauses RDIE fait l'objet de vives critiques au sein des gouvernements des pays de l'UE et la négociation du TTIP a récemment cristallisé le débat sur ces clauses.

Pour mémoire, en juin 2013, les Etats Membres de l'UE ont unanimement mandaté la Commission européenne aux fins de négocier un traité de partenariat commercial avec les Etats-Unis. Comme cela est désormais classique, une clause RDIE était donc prévue dans le TTIP, dès l'origine des négociations.

Les négociations sur le TTIP ont toutefois été interrompues dès janvier 2014 en raison de l'émergence d'un profond désaccord au sein de l'UE concernant la présence de la clause RDIE dans le projet de traité. Le contexte récent est sans doute pour beaucoup dans ces critiques : plusieurs procédures d'arbitrage ouvertes par des multinationales à l'encontre d'Etats Membres de l'UE, dont l'Allemagne, ont en effet conduit ces Etats ainsi qu'une partie de l'opinion publique européenne à considérer les clauses RDIE comme portant atteinte à la souveraineté étatique.

### La consultation lancée par la Commission Européenne en réponse aux vives critiques

Au regard de ces critiques, le 27 mars 2014, la Commission européenne a lancé une consultation publique en ligne dans le but de déterminer la meilleure façon de préserver un équilibre entre protection des investisseurs étrangers et liberté des Etats d'édicter de nouvelles lois. La consultation a été clôturée en juillet 2014 après avoir recueilli 150 000 participations, dont 99% de citoyens. Le rapport sur les résultats de la consultation a été publié le 13 janvier 2015.

### Les craintes suscitées par les clauses RDIE

#### - L'atteinte au droit des Etats de légiférer

Aujourd'hui, les procédures en cours devant le CIRDI, intentées sur le fondement de clauses RDIE, sont nombreuses et atteignent des montants de plusieurs dizaines de milliards d'euros. Une partie de l'opinion publique en Europe redoute donc que ces clauses, et les indemnités significatives qui peuvent résulter de leur mise en œuvre, ne soient utilisées comme un moyen de pression sur les Etats les forçant à renoncer à des mesures conformes à l'intérêt général mais édictées au détriment de l'intérêt privé des investisseurs.

En Europe, la méfiance envers les clauses RDIE est exprimée principalement par l'Allemagne qui, depuis mai 2012, risque une condamnation de 4,7 milliards d'euros dans le cadre d'une procédure arbitrale lancée par la société suédoise Vattenfall. Cette société spécialisée dans la production d'électricité reproche à l'Etat allemand les conséquences financières que sa décision de fermer certaines centrales nucléaires à la suite des événements de Fukushima a entraîné pour ses investissements. Depuis, l'Allemagne s'est fermement opposée à l'inclusion dans le TTIP d'une clause RDIE.

Au niveau mondial, l'exemple de Vattenfall n'est pas unique.

La société Philip Morris demande également une compensation de plusieurs milliards de dollars à l'Australie en raison de l'adoption des nouvelles réglementations anti-tabac imposant la création d'un paquet générique. En octobre 2012, l'Equateur a quant à lui été condamné à verser 2,3 milliards de dollars d'indemnité à la société pétrolière Occidentale pour rupture d'un contrat de concession. En juillet 2014, dans trois sentences « records », la Fédération de Russie a été condamnée à payer une indemnité de 37 milliards d'euros aux actionnaires majoritaires de la société pétrolière Ioukos pour expropriation illégale.

Il n'en demeure pourtant pas moins que, selon des statistiques récentes de l'UNCTAD, 60% des 356 sentences rendues dans le monde dans le cadre de procédures arbitrales fondées sur des clauses RDIE sont favorables aux Etats.

En réalité, ce qui ressort en filigrane des craintes exprimées au sein de l'UE est que les Etats occidentaux, jusqu'alors favorables aux clauses RDIE qui étaient actionnées par leurs propres ressortissants, deviennent plus réfractaires à ces clauses qui pourraient maintenant leur être opposées par des investisseurs étrangers.

#### • - **L'atteinte aux standards réglementaires européens**

L'Autriche, le Luxembourg, la Grande Bretagne et la France ont également émis des réserves sur l'inclusion dans le TTIP d'une clause RDIE. Ces Etats redoutent qu'une telle clause puisse être actionnée par des entreprises américaines dont le but serait de s'affranchir des standards de protection européens en matière de droits du travail, de la consommation, de la santé ou de l'environnement.

En outre, les Etats européens réticents considèrent que leurs systèmes de protection judiciaire sont suffisamment stables et développés pour ne pas justifier la mise en place de garanties spécifiques aux investisseurs étrangers.

Du point de vue des partisans des clauses RDIE, l'accès à un forum neutre pour régler un différend avec un Etat reste un droit fondamental, même dans un pays de droit.

#### **Les solutions proposées à la suite de la consultation**

La Commission Européenne a proposé plusieurs solutions concrètes dans le cadre de sa consultation.

En premier lieu, la garantie aux Etats le droit de légiférer par :

- - la réaffirmation au sein du TTIP du principe de liberté des Etats de légiférer ;
- 
- - la délimitation de la définition de l'expropriation afin que les demandes soient déclarées irrecevables dès lors que l'Etat poursuit un objectif d'intérêt général ou n'agit pas de manière discriminatoire ;
- 
- - la délimitation de l'obligation de traitement juste et équitable, par la création d'une liste d'actes susceptibles de violer cette obligation ;
- 
- - la possibilité pour les Etats d'adopter préventivement des mesures afin d'assurer la stabilité du système financier.

En second lieu, la modernisation de la procédure de règlement des différends prévue par la clause RDIE moyennant :

- - une sélection préalable des actions bien fondées ;
- 
- - la possibilité de mettre à la charge de la partie qui succombe les frais d'arbitrage ;
- 
- - davantage de transparence dans la procédure (adoption des règles CNUDCI, publication des documents contenant des clauses RDIE et ouverture des audiences au public) ;
- l'adoption d'un code de conduite applicable aux arbitres ;
- 
- - la mise en place d'un organe chargé d'examiner les appels contre les sentences arbitrales permettant d'uniformiser l'interprétation des traités ;
- 
- - la possibilité pour les parties de s'accorder préalablement sur l'interprétation du Traité et d'intervenir volontairement.

#### **Les conclusions tirées de la consultation**

Si le rapport a confirmé l'existence de divergences d'opinion, l'analyse menée a cependant permis d'identifier quatre chantiers prioritaires, à savoir :

- - la protection du droit des Etats de légiférer ;
- 
- - la supervision et le fonctionnement des tribunaux arbitraux ;
- 
- - la relation entre les procédures arbitrales RDIE et les procédures étatiques ;
- 
- - la mise en place d'une procédure d'appel sur le fond des sentences RDIE.

Au cours du premier trimestre 2015, la Commission consultera les gouvernements européens sur chacun de ces quatre points.

La décision d'inclure ou non la clause RDIE dans le TTIP sera prise dans la phase finale des négociations sur le traité.

#### **Pour conclure...**

Face au grand scepticisme de la société civile européenne démontré par la consultation, l'avenir de la clause RDIE dans le TTIP reste incertain.

*In fine*, une réflexion utile aura été provoquée et est en cours sur les moyens de perfectionner le recours à l'arbitrage Investisseur/Etat. Sans qu'elle ne soit tranchée, elle fait figure d'exemple et elle a déjà des répercussions significatives au-delà de l'UE sur les traités multilatéraux en cours de négociation notamment avec la Chine.

Carine Dupeyron, Associé

Marie Danis, Associé

---