

Pour une réforme de fond de l'arbitrage international dans le monde marchand

Bertrand de Kermel

Président du Comité Pauvreté et Politique

Une pétition européenne a été lancée en janvier 2019 par plus de 200 associations, syndicats et mouvements sociaux européens, pour demander la suppression des systèmes d'arbitrage actuellement en vigueur en cas de litige entre un investisseur et un Etat. Ces systèmes sont dénommés *Investor-state dispute settlement* (ISDS). Bien que ce sujet soit inconnu du grand public la pétition a déjà reçu 560.000 signatures.

Cette pétition est l'occasion de faire le point sur ces systèmes d'arbitrage « Investisseurs/Etats », qui se développent à grande vitesse et sur les systèmes d'arbitrage du type de celui de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui fonctionnent sur une base très différente.

Cette analyse nous permettra d'imaginer les contours d'une solution alternative aux ISDS, de façon à ce que les litiges entre entreprises et Etats puissent être réglés le mieux possible, dans l'intérêt de toutes les parties prenantes, mais de façon transparente, et sans restreindre la souveraineté des peuples. Il est possible de remplir toutes ces conditions.

Un outil indispensable aux relations internationales entre Etats.

Avant d'aller plus loin, et au-delà de toutes les critiques que l'on peut adresser aux organismes œuvrant dans ce domaine, il faut se pénétrer de l'idée que la technique de l'arbitrage semble être un outil indispensable aux relations internationales. La principale raison est de favoriser la paix. En témoigne l'exemple de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), qui fut la première organisation intergouvernementale permanente à offrir une instance pour « le

règlement des conflits internationaux par l'arbitrage et autres moyens pacifiques ».

Le site internet de la CPA nous offre un très bon éclairage sur ce point. « La CPA a été créée par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, conclue à La Haye en 1899 lors de la première Conférence de la Paix de La Haye ». Cette conférence avait été organisée à l'initiative du Tsar russe Nicolas II « dans le but de rechercher les moyens les plus efficaces pour assurer à tous les peuples les bienfaits d'une paix réelle et durable et, avant tout, pour mettre un terme au développement progressif des armements ».

Parmi les objectifs de la Conférence figurait le renforcement des mécanismes de règlement des différends internationaux, notamment l'arbitrage international. Les délégués participant à la Conférence étaient conscients du fait que les siècles précédents avaient connu plusieurs arbitrages internationaux menés avec succès en commençant par les Commissions mixtes créées par le « Traité de Jay »¹ à la fin du 18^e siècle pour atteindre le sommet avec l'affaire de l'Alabama en 1871-1872. En outre, l'Institut de Droit International avait adopté un règlement de procédure pour l'arbitrage en 1875.

Ce mouvement tendant à favoriser l'arbitrage comme moyen de règlement des différends internationaux s'est poursuivi en 1899, et la réalisation la plus concrète de la Conférence de 1899 fut la création de la CPA, le premier mécanisme universel de règlement des différends entre États.

Tout naturellement, le siège de la CPA est installé à La Haye aux Pays-Bas.²

Ce point étant acquis, il n'en reste pas moins que ce sujet de l'arbitrage est devenu très complexe, et a été en grande partie dévoyé par le monde marchand.

¹ Le Traité de Londres de 1795 ou Jay (nom du négociateur américain John Jay) a été signé entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne le 19 novembre 1794 pour régler des différends persistants entre les deux pays malgré la signature du Traité de Paris le 3 septembre 1783 entre les 13 colonies américaines et la Grande-Bretagne.

² Palais de la Paix, Carnegieplein 2, La Haye.

Site internet : <https://pca-cpa.org/fr/home/>

Un outil devenu extraordinairement complexe

Aujourd'hui, il existe plusieurs systèmes d'arbitrage sur la planète, qui concernent selon les cas tout ou partie des litiges entre Etats, entre Etats et organisations intergouvernementales ou encore entre Etats et personnes privées. Il est bien difficile de se retrouver dans ce maquis. Seuls, les spécialistes y voient clair.

La liste ci-dessous est loin d'être exhaustive.

On peut citer :

- La Cour Permanente d'arbitrage de La Haye, la CPA (1899)
- Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements, le CIRDI (14 novembre 1966), qui dépend de la Banque Mondiale.
- La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international la CNUDCI (17 décembre 1966),
- La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la CNUDM, (16 novembre 1973)
- Le traité sur la charte de l'énergie (17 décembre 1994),
- L'organe de règlement des différends, (ORD), de l'Organisation Mondiale du Commerce (1994)
- Les ISDS signés soit dans des accords bilatéraux d'investissements, soit dans des accords bilatéraux de libre échange (Il en existe plus de 3.000 sur la planète)

1 - Que peut-on reprocher exactement aux ISDS ?

Le titre de cette première partie peut sembler très partisan. Il pourrait même inciter le lecteur à stopper sa lecture, car il attend un argumentaire rationnel et objectif et non pas un article écrit par un procureur.

La difficulté est la suivante : il n'y a pas d'avocats identifiés.

Par exemple, le gouvernement français est très favorable aux ISDS. Néanmoins, on ne trouve aucune note, aucun commentaire aucune newsletter de la direction du Trésor ou de Matignon, expliquant rationnellement l'intérêt de ce système pour la France et son peuple. Il est donc impossible de fournir la liste des arguments en faveur de ce système.

La Commission européenne s'y est essayée dans une « foire aux questions » de 2013, à l'époque où s'engageait une négociation sur un accord de libre-échange avec les Etats-Unis, le « Transatlantic

Trade and Investissement Partnership » (TTIP), dénommé aussi « Transatlantic Free Trade Area », (TAFTA) et en français « Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI). On trouvera ce court argumentaire en annexe. Il est en fait inquiétant (voire affligeant) et non pas rassurant. Il s'appuie non pas sur des faits, des exemples ou des raisonnements rationnels, mais sur des présupposés et des « convictions » qui mettent directement en cause le sérieux et la probité des juges professionnels dans nos démocraties.

Cet argumentaire a rapidement été retiré du site de la Commission. Ce n'est pas innocent.

On ne trouve sur la planète aucun autre argumentaire justifiant rationnellement une telle exception à l'ordre judiciaire classique de toutes les démocraties.

11- Des tribunaux privés supra nationaux

Ces Tribunaux supra nationaux ont été créés par les Etats eux-mêmes, dans des accords dénommés « accord d'investissement » ou dans les volets « investissements » de nombreux accords de libre-échange. Ils se développent de manière accélérée, parallèlement aux « cours d'arbitrage » déjà existantes. (CPA, CIRDI, CNUDM etc..) C'est ce qui les rend très complexes, car l'étendue de leur champ d'action et les motifs justifiant leur saisine diffèrent avec chaque accord.

Il faut ajouter qu'ils ne peuvent être saisis que par les investisseurs. Les Etats ne peuvent pas le faire. Ils ne peuvent même pas formuler une demande reconventionnelle en lien avec le litige, alors qu'il s'agit là d'un droit fondamental dans tous les systèmes judiciaires des démocraties.

Résultat ils ne peuvent jamais gagner. Au mieux ils ne peuvent qu'échapper à une condamnation. Dans tous les cas, les frais à la charge des contribuables sont énormes.

En outre, seules, les entreprises étrangères peuvent y accéder. Les entreprises nationales n'y ont pas accès. Il y a là discrimination à l'envers indéfendable.

12 - Des tribunaux privés qui fonctionnent dans l'ombre.

Revenons quelques instants sur la Cour permanente d'arbitrage (CPA), et son mode de fonctionnement actuel, qui est représentatif de pratiquement tous les systèmes d'arbitrage. Le grand reproche que l'on peut lui faire est la limitation excessive de tout accès par le public à des informations sur les arbitrages en cours et les sentences rendues. Cela provoque mécaniquement la suspicion.

Le site de la CPA précise qu'elle administre actuellement 3 différends interétatiques, 106 arbitrages entre investisseurs et Etats, 55 affaires sur le fondement de contrats impliquant un Etat ou une autre entité publique et 2 autres différends.

On lit également que les audiences y sont souvent tenues à huis clos et ne sont ouvertes ni au public, ni à la presse, sauf accord des deux parties. Nous sommes donc bien loin de la norme applicable aux Tribunaux classiques, dont les audiences sont publiques, et les décisions toutes publiées.

A la question : la CPA peut-elle fournir une assistance en matière de recherche universitaire ? La réponse est non, au motif qu'il s'agit d'une organisation intergouvernementale dont la mission consiste à fournir une assistance à ses Etats membres en matière de règlement des différends internationaux. La CPA argue de ses ressources limitées pour indiquer qu'elle n'est pas en mesure de fournir une assistance pour les travaux de recherche au-delà des informations figurant sur son site internet.

Cet argument n'a évidemment aucun sens pour une organisation qui a les moyens de traiter en ce moment 106 arbitrages « investisseurs/ Etats. Il faut simplement y voir la volonté de fonctionner dans le secret.

De plus une sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.

Tout cela n'est pas acceptable au XXI^{ème} siècle. Comment tolérer des audiences secrètes et des sentences non publiées systématiquement dans un dossier où la société suédoise de production et de distribution électrique Vattenfall réclame par exemple 4,7 milliards à l'Allemagne qui a décidé de sortir du

nucléaire ? (C'est-à-dire environ 8 fois le coût de la remise en état de Notre Dame que l'on peut évaluer à 600 millions d'euros)

Comment rendre ces dispositions cohérentes avec l'application de l'article 14 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (préambule de notre Constitution) qui prévoit que « tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

Or, quand un Etat est condamné, ce sont bien les contribuables qui payent la facture.

13 - Des tribunaux privés qui sont au-dessus des lois nationales.

Ces tribunaux privés ont le droit de s'affranchir des droits nationaux et de faire condamner un Etat (donc ses contribuables) à des amendes énormes au profit des investisseurs étrangers mécontents d'une mesure d'intérêt général prise par cet Etat dans lequel ils auraient investi.

Ils créent donc une concurrence faussée et déloyale. En cas de préjudice avéré, les entreprises nationales doivent s'adresser aux tribunaux nationaux pour obtenir réparation. En revanche, leurs concurrentes, entreprises étrangères, ont le droit de s'adresser à cet arbitrage totalement incontrôlé, qui court-circuite la justice du pays.

C'est une atteinte aux principes de la démocratie et du capitalisme. Il s'agit en pratique d'une « discrimination à l'envers », qui avantage l'investisseur étranger et nuit à l'investisseur national. Une discrimination est toujours un coup de canif dans des principes. Mais dans le cas précis, elle se transforme en « balle dans le pied ». Elle avantage le concurrent et pénalise le champion national. Etonnant.

14 - Des tribunaux privés qui sont contestés par les peuples et de plus en plus par les Etats.

On peut citer :

- les manifestations de la société civile lors des négociations du CETA et du TTIP,
- le refus du Parlement Wallon de signer le CETA (Accord Canada /Europe) pour cette raison,

- le refus de l'Australie, du Canada et des Etats-Unis de l'inclure (au moins sous sa forme actuelle) dans des accords de libre-échange,
- la Russie, qui refuse de les appliquer lorsqu'elle est condamnée (affaire Ioukos dans laquelle elle a menacé la France de représailles parce qu'elle avait appliqué les règles internationales en vigueur sur ces systèmes ISDS !).
- le refus de la Chine
- les abus décrits dans l'émission d'ARTE du 11 décembre 2018 intitulée : «Quand les multinationales attaquent les Etats».
- La pétition des sociétés civiles européennes lancée le 23 janvier 2019, citée au début de cet article, qui a recueilli 500.000 signatures au moment où ces lignes sont écrites.
<https://stop-impunite.fr>

L'exemple de la Russie montre que les Etats naïfs (on peut citer l'Europe) sont et seront toujours les grands perdants de ce système.

A la suite d'un arbitrage rendu par le CIRDI, en juillet 2014, la Russie a été condamnée à verser 50 milliards de dollars d'indemnités aux actionnaires de Ioukos. Il s'agit de la plus grosse amende jamais infligée dans le cadre d'un tribunal arbitral.

La Russie n'ayant aucunement l'intention de s'acquitter de cette dette, le CIRDI, comme le prévoient ses statuts, a fait geler des avoirs russes par les justices belge, britannique et française, dans le cadre de mesures dites «d'exécution de reconnaissance de la sentence». L'équivalent d'une saisie, mais à l'échelle d'un pays entier.

La réaction de la Russie a été très rapide, comme le rapporte la revue EURACTIV du 5 novembre 2015 :

« Vladimir Poutine a approuvé une loi qui permet de saisir des actifs étrangers, en réaction à la saisie de biens appartenant à l'État russe dans l'affaire Ioukos ». ³

La décision russe d'autoriser la saisie de biens occidentaux est perçue comme une réponse à des poursuites judiciaires engagées contre des entreprises russes dans le monde occidental.

³ <https://www.euractiv.fr/>

La loi validée par le président russe est fondée sur la réciprocité et restreint l'immunité de juridiction du pays en question, sauf en cas d'accord contraire.

Le texte a été publié sur le site d'information juridique russe et est donc entré en application.

Selon cette nouvelle loi, l'immunité de juridiction d'un État étranger pourrait être restreinte sur le territoire russe en fonction du principe de réciprocité, dans le cas où l'immunité de la Russie a été limitée sur le territoire de cet État. Il s'agit donc pour la Russie de se venger en cas de saisie.

La loi ne serait toutefois pas appliquée si un accord contraire a été signé entre la Russie et l'État en question.

« Cette loi a été validée après la saisie de biens russes par la France et la Belgique au mois de juin, après des poursuites lancées par d'anciens actionnaires de Ioukos ».⁴

La France n'a pas commenté.

Certes, il s'agit d'une pure hypothèse, mais on peut imaginer que si une entreprise européenne obtenait une lourde condamnation des Etats-Unis, cet Etat, en application du principe d'extraterritorialité de sa législation, ne manquerait pas d'identifier un fait ancien de corruption plus ou moins avéré réalisée en dollars par une sous-sous filiale, ou un non-respect d'un embargo américain pour intimider l'entreprise ...

On ne peut exclure également que la Chine et de grandes dictatures soient également réticentes à se soumettre à de telles sentences arbitrales. Du coup les pays européens se rendront compte qu'ils sont bien naïfs.

15 - Des tribunaux privés qui sont utilisés abusivement en toute impunité.

Rappelons tout d'abord que dans le bulletin du Commerce Extérieur de l'Union Européenne du 4 avril 2014, on pouvait lire sous la plume du Commissaire Karel De Guth, en charge du commerce extérieur à l'époque, bien connu pour son ultra libéralisme cette déclaration qui laisse sans voix :

*« Je partage totalement les nombreuses critiques selon lesquelles les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États n'ont débouché jusqu'à présent que sur des exemples très inquiétants de litiges contre les États ».*⁵

⁴ <https://www.euractiv.fr/section/l-europe-dans-le-monde/news/poutine-legalise-la-saisie-de-biens-d-etats-occidentaux-sur-le-territoire-russe/>

L'inertie de la Commission européenne pendant plus vingt ans face à ces abus est inouïe.

Plus près de nous, prenons l'exemple de la Loi française du 30 décembre 2017 sur la fin des hydrocarbures, dite « Loi Hulot ». Les décisions prises *in fine* par le gouvernement ont confirmé ce dont la société civile est persuadée : les systèmes d'arbitrages « investisseurs/Etats », sont maintenant utilisés pour contrecarrer les politiques en faveur du climat.

Dans le cas de la Loi Hulot, la compagnie pétrolière canadienne Vermilion s'est limitée à brandir la menace d'une procédure en arbitrage international (ISDS) pour décourager le gouvernement de poursuivre son dessein initial. Elle s'appuyait sur le traité sur la charte de l'énergie.

Elle s'est donc adressée au Conseil d'Etat, lequel a transmis le message au Premier Ministre. Le gouvernement a cédé.

Résultat : au lieu de mettre comme prévu un terme définitif à l'exploitation des hydrocarbures à l'échéance des 62 concessions actuelles, cette loi leur accorde un sursis jusqu'en 2040... **voire au-delà, si leurs titulaires arrivent à prouver qu'ils n'ont pas rentabilisé leurs investissements initiaux !** Et cela s'est passé dans le pays qui a organisé la conférence de Paris ... Une seule entreprise a contraint un gouvernement à mettre un genou en terre. Hulot a démissionné.

16 - Des tribunaux privés qui sont devenus des centres de profits

Ces systèmes sont très vite devenus des centres de profits, tout comme aux Etats-Unis, la justice est devenue un business lucratif.

⁵ On lit dans *Le Monde* du 15 janvier 2015, que, pour répondre aux critiques de la société civile sur ce système ISDS, l'UE envisageait une réforme, notamment pour « pénaliser financièrement les entreprises qui multiplient les plaintes « frivoles », afin de décourager les attaques « infondées » contre les Etats. Voilà bien la preuve par neuf que ce système est une arme de destruction massive contre les peuples. Le Commissaire Karel De GUTH savait parfaitement que les plaintes « frivoles » et les « attaques infondées » sont devenues légion.

<http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/01/15/bruxelles-lance-enfin-sa-reforme-de-larbitrage-prive-dans-le-traite-transatlantique/>

Qu'on en juge :

Un excellent ouvrage écrit par Jean-Marc Daniel, intitulé *Ricardo reviens ! Ils sont restés Keynésiens*⁶, analyse très justement le phénomène. Il commence par un constat : « Les Etats-Unis sont passés d'une économie de création de richesse à une économie de prédation par la chicane. Comme le soulignait Barak Obama, l'ingénieur qui était le personnage de référence au début du XXème siècle a été remplacé par le lawyer, l'avocat ». Beau progrès, beau projet de civilisation, en vérité.

« Le surdéveloppement du juridisme est devenu un moyen pour une partie de la population américaine d'accaparer le fruit du travail productif de l'autre partie. Aux Etats-Unis, le droit a cessé d'être un instrument d'apaisement pour devenir une arme de combat dans la redistribution des richesses. Les procès s'enchaînent, où sous des prétextes divers et variés, chaque plaideur cherche à s'attribuer une partie du revenu d'autres acteurs économiques. Le droit est devenu une composante des transferts sociaux ; la chicane est devenue un mode de répartition des revenus comme un autre ».⁷

C'est la négation de la pensée européenne quant au rôle de la justice dans la société. En Europe, et tout particulièrement en France, le droit est **un outil de civilisation, qui met sur un pied d'égalité le faible et le fort**. La justice est conçue comme un instrument d'apaisement pour régler des litiges, et non pas **un outil de prédation**. Nous touchons là aux principes fondamentaux de nos sociétés, et au rôle que les peuples souverains fixent à leur système judiciaire.

Malheureusement, cette façon d'utiliser le droit comme un centre de profit est en train de gangréner nos sociétés européennes. C'est tragique, car la population n'en est pas clairement consciente. La classe politique laisse faire, et n'en parle jamais. L'ISDS est maintenant utilisé à cette fin. C'est donc une arme de destruction massive. Certains observateurs font même remarquer que des entreprises pratiquent désormais « l'optimisation » des ISDS, ceux-ci étant devenus des centres de profits.

⁶ Jean-Marc Daniel, *Ricardo, reviens ! Ils sont restés keynésiens. Essai sur la prospérité économique*. Paris, François Bourin éditeur, avril 2012. 196 p.

⁷ Jean-Marc Daniel, op cit.

D'où leur volonté de verrouiller rapidement le système. L'article 30.9 du CETA (accord de libre-échange entre l'Union Européenne et le Canada) est grossièrement emblématique.

1. Une Partie peut dénoncer le présent accord en donnant un avis écrit d'extinction au Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne et au ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement du Canada, ou à leurs successeurs respectifs. Le présent accord s'éteint 180 jours après la date de cet avis. La Partie qui donne un avis d'extinction fournit aussi une copie de l'avis au Comité mixte de l'AECG.

2. Nonobstant le paragraphe 1, dans l'éventualité de l'extinction du présent accord, les dispositions du chapitre Huit (Investissement) restent en vigueur pendant une durée de 20 ans après la date d'extinction du présent accord, en ce qui concerne les investissements effectués avant cette date.

En résumé, après dénonciation, l'accord général de libre-échange CETA restera en vigueur 180 jours, et l'ISDS, lui, restera en vigueur pendant 20 ans !

Cet article 30.9 est repris textuellement dans tous les accords de libre-échange récents non encore définitifs.

Bel héritage que les membres de la Commission Européenne, les Chefs d'Etats et les députés vont laisser aux générations suivantes.

Cela renforce la pertinence de la déclaration de Karel Du Guth citée plus haut sur les «*exemples très inquiétants de litiges contre les États*». ⁸

Cela va même plus loin. Lors de son discours prononcé à Davos, le 27 janvier 2010, le président de la République Française déclarait : «*La crise que nous traversons n'est pas une crise du capitalisme. C'est une crise de la dénaturation du capitalisme* ». Nous venions de découvrir la crise financière, liée au système des subprimes, système permettant aux Etablissements financiers de spéculer en privatisant les profits et en mutualisant les pertes sur la population mondiale.

Toutes choses égales par ailleurs, nous sommes face à cette même dénaturation du capitalisme avec l'ISDS. C'est une sorte d'assurance

⁸ Voir note 5

offerte gratuitement aux investisseurs, car elle est financée par les contribuables des Etats dans lesquels ils investissent.

Cette assurance les dispense d'exercer leur responsabilité première dans le cadre des principes du capitalisme à savoir : prendre des risques et les gérer, en fixant par conséquent leur rémunération en fonction du niveau de risque pris, sans reporter les pertes sur d'autres acteurs.

Ces accords d'investissements et les systèmes d'arbitrage qui les complètent ont en fait organisé un transfert de souveraineté sans que les peuples soient au courant. Et comme les gouvernements n'ont aucune envie d'expliquer tout cela aux peuples, surtout si leur pays est condamné à de lourdes amendes, ils cèdent au premier chantage des investisseurs. (Cas de la Loi Hulot précité). Nul n'était au courant. Il a fallu un lanceur d'alertes pour l'apprendre.

La Commission Européenne négocie actuellement la création d'une Cour Internationale d'Arbitrage « Investisseurs / Etats ». Cela ne règlera en rien les problèmes de fond posés par ces systèmes, qui confisquent la souveraineté des peuples, et deviennent de plus en plus un business comme un autre, sous l'influence de la culture américaine dominante sur la planète, dénaturant les règles du capitalisme.

2 – Comment et pourquoi avons-nous ainsi évolué, depuis la création de la Cour permanente d'arbitrage en 1899 ?

Rappelons qu'au départ, le but de la CPA était particulièrement louable : Rechercher les moyens les plus efficaces pour assurer à tous les peuples les bienfaits d'une paix réelle et durable et, avant tout, pour mettre un terme au développement progressif des armements.

Le système d'arbitrage mettait donc en scène deux ou plusieurs Etats souverains, pour régler un litige destiné à éviter que celui-ci dégénère en guerre. C'était un progrès considérable dans les relations internationales.

21 - Le grand mouvement de décolonisation fut la cause principale de l'évolution de l'arbitrage.

En pratique, cette évolution de l'arbitrage international a vraiment commencé dans les années 60. Il s'agissait de «protéger» les entreprises contre de potentielles nationalisations d'anciennes colonies jugées abusives car soupçonnées d'être motivées par de la vengeance.

L'arbitrage «investisseur/ Etat a alors vu le jour, avec un champ d'action limité aux seuls cas d'investisseurs étrangers ayant été pénalisés soit par une Loi discriminatoire, soit par une expropriation non ou très mal indemnisée.

On pouvait comprendre les craintes des investisseurs, mais cela créait quand même une atteinte au principe de souveraineté des peuples. Atteinte acceptée par les Etats, car ils espéraient sans doute qu'il aurait très peu d'affaires soumises à l'arbitrage et qu'elles s'estomperaient au fil du temps.

C'est le contraire qui s'est produit. Le système s'est rapidement accéléré et dénaturé.

22 - Les abus furent et sont toujours légion. Quelques exemples emblématiques.

Dans les années 90, ces systèmes se sont étendus sans aucune raison crédible aux pays développés et aux démocraties, au fur et à mesure du développement de la mondialisation.

En 2004, le groupe américain Cargill a fait payer 90,7 millions de dollars (66 millions d'euros) au Mexique, reconnu coupable d'avoir créé une nouvelle taxe sur les sodas.

En 2010, la Tampa Electric a obtenu 25 millions de dollars du Guatemala en s'attaquant à une loi plafonnant les tarifs de l'électricité. Plus récemment, en 2012, le Sri Lanka a été condamné à verser 60 millions de dollars à la Deutsche Bank, en raison de la modification d'un contrat pétrolier

En 2010 et 2011, le cigarettier Philip Morris a utilisé le mécanisme d'arbitrage pour réclamer plusieurs milliards de dollars de

réparation à l'Uruguay et à l'Australie, qui mènent des campagnes anti tabagisme, contraires selon lui à leurs accords de libre-échange respectifs avec la Suisse et Hongkong.

En 2011, le groupe français Veolia est parti en guerre contre l'une des seules victoires du «printemps» 2011 remportées par les Egyptiens : l'augmentation du salaire minimum de 400 à 700 livres par mois (de 41 à 72 euros). Une somme jugée inacceptable par la multinationale, qui a porté plainte contre l'Egypte, le 25 juin 2012, devant le CIRDI. Motif invoqué: La «nouvelle loi sur le travail» contreviendrait aux engagements pris dans le cadre du partenariat public-privé signé avec la ville d'Alexandrie pour le traitement des déchets. Encore en cours, la plainte de Veolia a été déposée au nom du traité d'investissement conclu entre la France et l'Egypte.

Toujours en 2011, l'Allemagne a décidé, suite à la catastrophe de Fukushima, de sortir définitivement du nucléaire d'ici 2022. Depuis, elle fait face à des demandes de dédommagements de la part des groupes industriels qui exploitent ses centrales nucléaires. Vattenfall, une entreprise suédoise, réclame ainsi plus de 4,7 milliards d'euros à l'Allemagne.

En 2012, l'Equateur a été condamné à payer 1,77 milliards de dollars à Occidental Petroleum par le CIRDI. Sa faute : avoir mis fin par une décision politique à sa collaboration avec le géant pétrolier après que celui-ci eut violé leur contrat. Le tribunal arbitral a jugé que c'était cette décision soudaine qui violait en réalité le traité d'investissement bilatéral Etats-Unis - Equateur.

Un autre exemple frappant des dérives permises par ce système de justice parallèle est le cas opposant Chevron-Texaco à l'Equateur. Après 25 ans de procès, l'entreprise pétrolière avait été condamnée par l'Equateur à payer une amende historique de 9,5 milliards d'euros en dédommagement d'une des plus grandes pollutions sanitaires et environnementales. **En 2018, le CIRDI a purement et simplement annulé cette amende de 9,5 milliards d'euros**, et va même obliger l'Equateur à verser des compensations financières à Chevron !

Ces contentieux n'ont cessé de se multiplier au cours des vingt dernières années. La raison est assez simple. Elle nous est fournie par la Commission Européenne elle-même !

Dans le bulletin du Commerce Extérieur de l'Union Européenne du 4 avril 2014, précédemment cité, le Commissaire Karel De Guth, après avoir expliqué que les sentences rendues sur la base des 3.000 accords d'investissements étaient « très inquiétantes pour les Etats », ajoutait :

« Le problème réside dans certaines caractéristiques des 3.000 accords d'investissement qui ont actuellement cours dans le monde. La seule manière de prévenir les abus à l'avenir est de redéfinir les normes en matière de protection des investissements et les procédures de règlement des litiges entre investisseurs et États en mettant sur pied un système juridiquement sûr. Nous devons pouvoir nous appuyer sur des termes juridiques clairs et détaillés, qui ne donnent pas lieu à une interprétation controversée ou non voulue, mais créent un système transparent et fiable. »⁹

En clair, ils sont tous très mal écrits et ouvrent la porte à tous les abus.

Or, tous ceux qui connaissent un tant soit peu l'Administration savent que dans tous les pays, notamment en Europe et en France, les fonctionnaires des Ministères de l'économie ou encore ceux des Ministères des affaires étrangères savent parfaitement rédiger des accords internationaux précis, fiables et juridiquement surs.

Il est donc clair que ces abus ont été voulus.

Cette dénaturation du système, illustrée par ces exemples ressort également de l'argumentaire publié par la Commission européenne, repris en annexe du présent article. On n'y trouve aucun argument rationnel en faveur du système (Voir les commentaires acides au bas de l'annexe).

Le système ne peut donc pas être corrigé. Il est vicié à la base. Les partisans du système actuel en Europe devraient s'interroger sur l'intérêt d'engager leurs peuples et leurs enfants dans de telles aventures.

⁹ Voir note 5

23 - Dans les démocraties, ces problèmes se règlent normalement par le dialogue et la saisine de la justice nationale si le dialogue échoue.

Prenons l'exemple de la France.

Lorsque le gouvernement décide de faire voter un projet de Loi, le ou les ministres les plus concernés commencent par entrer en discussion avec les « parties prenantes » concernées par la future Loi. (Medef, syndicats agricoles ou salariés, associations etc...)

Cela permet aux acteurs économiques ou à la société civile selon les cas d'exposer les conséquences de la nouvelle Loi sur leur activité.

A l'issue de cette concertation, le gouvernement décide d'accorder des délais plus ou moins longs aux acteurs économiques pour s'adapter aux nouvelles mesures, voire de les aider financièrement (subventions, prêts etc..) pour leur permettre d'engager les investissements que la nouvelle Loi va leur imposer.

Si tout ou partie des parties prenantes estime que leur préjudice n'est pas suffisamment en compte, elles saisissent les tribunaux compétents (Tribunaux administratif) pour réclamer des indemnisations complémentaires. Tout ceci se passe dans la plus grande transparence. Les audiences sont publiques. Les Jugements sont publics. Il existe des procédures d'appel etc...

Cette procédure est la même pour les entreprises française et étrangères.

Les garanties existent donc. Tout le monde est placé sur un pied d'égalité.

24 - Ces systèmes « investisseurs/Etats bousculent l'ordre mondial. Les démocraties doivent se ressaisir.

Rappelons les cinq principes qui sous-tendent encore l'ordre mondial actuel.

En résumant à l'extrême, on peut dire que depuis plusieurs siècles, l'ordre mondial et les relations entre Etats reposent sur cinq piliers :

- **La souveraineté** : le prince (aujourd'hui le peuple par l'intermédiaire de ses élus), détient à lui seul le pouvoir absolu.

- **Le territoire physique:** ce pouvoir s'exerce sur un territoire physique, le plus souvent un Etat-Nation.
- **Les gouvernements sont les acteurs les plus puissants du monde :** la justice (pour pouvoir imposer la Loi) est l'un des attributs de cette souveraineté. Dans une démocratie, la justice est toujours rendue au nom du peuple souverain.
- **Aucun droit supranational ne s'impose aux Etats:** (si ce n'est celui issu des traités internationaux ou bilatéraux signés par ces Etats souverains).
- **La guerre entre nations souveraines reste un moyen légitime** pour résoudre les différends.

Fort heureusement, depuis la création de la CPA en (1899), de la SDN (1920) de l'ONU (1945) puis de l'Organisation Mondiale du Commerce (1994), un dialogue entre Etats suivi d'une médiation, ou encore un système d'arbitrage d'Etat à Etat peuvent être actionnés selon la nature du différends aux lieu et place de la guerre.

Le droit l'emporte alors sur la force, sans rien retirer à la souveraineté des peuples, parce que l'arbitrage a lieu entre deux Etats souverains et non pas entre une très grande entreprise et un Etat.

C'est un immense progrès.

25 - Sur ces bases, quel système adopter pour garantir que personne ne sera lésé ?

1 - Traiter de la même façon les investisseurs étrangers et nationaux.

C'est une évidence. Le contraire est une très grave anomalie au regard des principes de la République et des principes du capitalisme. On ne peut plus accepter une «discrimination à l'envers» qui avantage l'investisseur étranger au détriment de l'investisseur national.

2 - Donner la priorité à la justice nationale. C'est elle qui doit juger les litiges.

Si une Loi nationale ou une décision des Autorités publiques lui causent un préjudice, tout investisseur, national ou étranger, doit

pouvoir saisir le tribunal national compétent, afin d'obtenir une juste réparation de son préjudice.

3 – Saisir la justice européenne si nécessaire par la voie de la question préjudicielle.

Si la conformité de la Loi nationale au droit européen pose problème, le Tribunal national peut saisir la Cour de justice européenne, pour juger ce problème.

4 - En cas de non-conformité du droit national à un accord international ou bilatéral, faire trancher le litige par un arbitrage d'Etat à Etat.

Si la Loi nationale ou la décision des Autorités publiques s'avère contraire à un accord international signé, alors **l'Etat du pays dont dépend l'investisseur étranger** pourra saisir l'Organisme de règlement des différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce, ou un autre existant ou à créer, à condition qu'il soit bien écrit, dans la transparence, pour éviter tous les abus du passé.¹⁰

Le système devient alors totalement cohérent

Seuls les Etats pourront saisir cette justice. Aucune atteinte à la souveraineté des peuples ne sera alors à déplorer. L'intérêt général retrouvera sa place. Les très grandes entreprises auront la garantie que leurs intérêts ne sont pas floués, mais elles seront privées d'utiliser abusivement le système ISDS qui finira un jour par **une révolution**, s'il s'avère impossible de le supprimer par **la raison**.

Naturellement, ceci n'interdit pas à un Etat qui rencontre un litige avec une entreprise de décider exceptionnellement, d'un commun accord et dans la transparence, de saisir le CIRDI, par exemple. Mais l'arbitrage Tapie invite à être circonspect avec ce type de démarche parce que les payeurs sont les contribuables.

*

¹⁰ Les Parlements Nationaux devraient être consultés avant toute mise en œuvre, vu les abus constatés dans le passé.

Au-delà de ce dossier « arbitrage », qui en est une illustration, les démocraties sont plus globalement confrontées à une lutte de pouvoirs que leur mènent depuis quelques décennies des entreprises ou des banques dont les chiffres d'affaires sont largement supérieurs au PIB de très nombreux Etats. L'enjeu est crucial pour les peuples.

L'histoire nous enseigne que plusieurs rois de France, ont été confrontés à ce type de problème, (déséquilibre entre le monde politique et le monde de la finance). Ils ont repris le contrôle politique du royaume pour éviter d'être eux-mêmes évincés du pouvoir avec des moyens peu recommandables. (Charles VII et Jacques Cœur, Philippe Le Bel et l'Ordre des templiers, Louis XIV et Nicolas Fouquet).

Aujourd'hui, les citoyens français ont la chance de pouvoir reprendre leur souveraineté par le droit, sans utiliser des moyens « peu recommandables ». Ils doivent le faire. Le système économique actuel les en empêche. Ils doivent le faire changer. Il ne peut pas y avoir de démocratie sans souveraineté. Cela ne va nullement à l'encontre de l'Europe ou de la mondialisation, sous réserve que les vrais « patrons » soient les peuples et non pas les multinationales.

1er mai 2019

ANNEXE

Document commenté de la Commission européenne :

« Pourquoi l'Union a-t-elle inclus le règlement des différends entre les investisseurs et états dans le partenariat transatlantique ? ¹¹

1- « La Commission européenne, les États membres et le Parlement européen ont la **conviction** que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États constitue un outil de premier ordre **pour protéger les investisseurs de l'Union à l'étranger**.

2- Le fait qu'un pays soit doté d'un système juridique fort **ne garantit pas forcément que les investisseurs étrangers seront bien protégés**. Ces derniers peuvent risquer d'être expropriés par leur État d'accueil (en cas de nationalisation, notamment) ou de voir leurs investissements réduits à néant par l'adoption de lois nationales (par exemple, lorsqu'un produit fabriqué dans une usine appartenant à un investisseur étranger est interdit du jour au lendemain, sans indemnisation tandis que les mêmes produits fabriqués par des entreprises locales restent autorisés).

3- Si les investisseurs ne peuvent saisir les tribunaux locaux, ou si ces tribunaux ne sont pas en mesure d'examiner efficacement leur requête, il ne leur reste aucune instance auprès de laquelle intenter une action en réparation.

4- Dans ces conditions, l'insertion, dans un accord d'investissement, d'une disposition sur le règlement des différends entre investisseurs et États offre une sécurité aux investisseurs en leur garantissant le recours à une telle instance.

¹¹ Source : Question N° 20 de la « Foire aux questions de la Commission Européenne sur le TTIP ». La Foire aux questions de la Commission a été retirée de son site. Voir le texte intégral sauvegardé sur le site du Comité Pauvreté et Politique:
https://docs.wixstatic.com/ugd/146df5_4fde4daf1fa44f318bab067189ff1799.pdf

5- Bien que l'Union et les États-Unis soient des économies développées, les investisseurs peuvent malgré tout y rencontrer des problèmes que leurs juridictions internes ne peuvent pas toujours régler efficacement. C'est pourquoi nous croyons que l'insertion dans le partenariat transatlantique de dispositions protégeant les investisseurs présente une réelle valeur ajoutée. En outre, dans la mesure où il associe les deux premières économies mondiales, ce partenariat servira de modèle pour l'avenir.

6- Les mesures pour protéger les investisseurs n'empêcheront pas les gouvernements d'adopter des lois et ne les contraindront pas à en abroger. Elles peuvent tout au plus entraîner le paiement d'indemnités. Les États membres de l'Union légifèrent depuis des années, alors qu'ils ont déjà conclu environ 1 400 partenariats de ce type. Huit États membres ont passé des accords en matière d'investissement avec les États-Unis, ce qui ne les a pas empêchés de s'aligner sur l'ensemble de l'acquis européen lors des négociations relatives à leur adhésion à l'UE. Quoi qu'il en soit, l'Union travaille à établir une clarté encore plus grande afin de garantir que les mesures réglementaires véritables ne puissent être contestées.

7- La Commission européenne reconnaît que le système pourrait être amélioré et a participé activement à l'élaboration des nouvelles règles des Nations unies pour la transparence dans le règlement des différends entre investisseurs et États. Dans les accords commerciaux bilatéraux qu'elle est en train de négocier, l'Union s'efforce d'obtenir de meilleures règles (notamment en ce qui concerne le contrôle des arbitres par l'autorité publique, l'élaboration d'un code de conduite à l'usage des arbitres, etc.). »

Commentaires :

Premier paragraphe. Cet argumentaire est très critiquable. La deuxième ligne évoque une « conviction ». Dans une démocratie, on ne crée pas un « Tribunal d'exception » pouvant s'affranchir des lois nationales, fonctionnant dans le secret, sans procédure d'appel, sur la base de simples « convictions ». (Même s'il est qualifié pompeusement « d'outil de premier ordre »). On le construit sur la base de faits avérés qu'il serait impossible de les corriger d'une autre façon.

Deuxième paragraphe. « Le fait qu'un pays soit doté d'un système juridique fort ne garantit pas forcément que les investisseurs étrangers seront bien protégés ». Encore des convictions. Où sont les exemples ? On ne peut pas bâtir un Tribunal d'exception avec de telles déclarations. (« Pas forcément ») Toutes les descriptions qui suivent cette phrase (grossières discriminations) sont strictement interdites par les lois française et européennes. En outre, en Europe, tout le monde peut saisir un tribunal lorsqu'il subit un préjudice. Et si cela ne devait plus être le cas dans tel ou tel pays, la seule décision à rendre serait de ne plus y investir de fonds.

Cinquième paragraphe. Bien que l'Union et les États-Unis soient des économies développées, les investisseurs peuvent malgré tout y rencontrer des problèmes que leurs juridictions internes ne peuvent pas toujours régler efficacement.

Encore des convictions. Où sont les faits et les exemples ? Que signifient les mots « malgré tout » ?

Sixième paragraphe. « Les mesures pour protéger les investisseurs n'empêcheront pas les gouvernements d'adopter des lois et ne les contraindront pas à en abroger. Elles peuvent tout au plus entraîner le paiement d'indemnisations.

Une phrase de neuf mots pour expliquer un enjeu qui se chiffre par milliards d'euros à échéance de quelques années !
Voilà pourquoi cet argumentaire est indigne de l'Union Européenne. Il n'en existe aucun autre.

L'auteur de cet argumentaire ignorait également l'article 2 de la Constitution française selon lequel « le principe de la République est le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». On cherche vainement comment appliquer cet article à l'ISDS.

Par contre, il s'applique parfaitement au système d'arbitrage d'Etat à Etat proposé ici, comme l'ont imaginé les Etats souverains en 1899 lors de la création de la CPA, ou encore en 1994 lors de la création de l'Organisation Mondiale du Commerce.