

La réforme de la protection d'investissements sous le PTCI et l'AECG

Robert Basedow *

L'essai aborde deux questions : 1) Devrait-on supprimer ou réformer les clauses de protection des investissements internationaux prévues dans le Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissements (PTCI) et dans l'Accord Economique et Commercial Global (AECG) avec le Canada ? 2) Quelles réformes concernant les normes de protection et des procédures d'arbitrage s'imposent ?¹

1. La protection d'investissements sous l'AECG et le PTCI – Réformer ou supprimer ?

Les critiques avertissent que l'inclusion des clauses de protection d'investissements et l'arbitrage international réduiront la capacité des Etats de régler et de gouverner. Les Etats ne pourront plus de facto gouverner à cause d'une menace permanente de plainte d'arbitrage et d'indemnisation.

En réalité la situation est plus complexe. L'inclusion des clauses de protection d'investissements ne changera pas fondamentalement le statut quo. 1) Les Etats-Unis, le Canada et les Etats Membres de l'UE ont conclu environ 1300 traités bilatéraux d'investissements (BITs). La plupart de ces traités contient des clauses de protection et d'arbitrage comme prévues sous le PTCI et l'AECG. La France, par exemple, a conclu 103 BITs avec des Etats tiers. 2) Même si seulement 8 Etats Membres de l'UE ont conclu des BITs avec les Etats-Unis et le Canada, les investisseurs américains peuvent déjà initier des processus d'arbitrage contre la France ou l'Allemagne. Le phénomène s'appelle « Treaty Shopping ».² La structuration des investissements par des juridictions comme Hongkong permet aux investisseurs américains d'avoir recours aux BITs en force entre la France et des Etats tiers pour porter plainte contre la France devant un tribunal d'arbitrage.

La procédure d'arbitrage entre *Philip Morris Asia v Australie* illustre l'argument. L'Australie a conclu un traité de libre échange avec les Etats-Unis en 2005 (AUSFTA). L'Australie insistait pendant les négociations avec les Etats-Unis à ne pas inclure des clauses d'arbitrage dans ce traité. Quand l'Australie a introduit une nouvelle loi concernant l'empaquetage des cigarettes en 2011, Philip Morris a initié un arbitrage contre l'Australie via sa holding Hongkongaise sous le BIT entre Hongkong et l'Australie.³

L'arrêt des négociations ne constitue pas une solution définitive: Mis à part du résultat des négociations sur le PTCI et l'AECG, les risques et les problèmes liés à la protection d'investissements et l'arbitrage international existent déjà. Certes, le grand volume des flux d'investissements entre l'Amérique du Nord et l'UE augmenterait le risque de plaintes d'arbitrages contre les Etats Membres de l'UE, mais le PTCI et l'AECG ne créeraient pas structurellement de nouveaux risques. La demande d'arrêter les négociations sur la protection d'investissements pour protéger la démocratie et l'Etat de droit ne représente pas une solution définitive.

Cette conclusion ne vise pas à étouffer toute discussion au berceau. Plutôt elle devrait former la base pour une discussion informée et productive sur la protection d'investissements et l'arbitrage international. Les scientifiques et même les arbitres expriment depuis longtemps leurs soucis concernant le

* J.r.basedow@lse.ac.uk, London School of Economics and Political Science. Traduction d'une note de synthèse présentée au Conseil spécial « TTIP » du Ministère de l'Economie allemand, le 14 Janvier 2015.

manque de transparence, de légitimité et de cohérence légale concernant la protection d'investissements et l'arbitrage international.⁴

Options politiques : La logique des critiques de la protection d'investissements et d'arbitrage international oblige à ne pas seulement arrêter les négociations sur le PTCI et l'AECG, mais également à résilier tous BITs en force. Prenant en considération le grand volume des investissements Européens à l'étranger, cette option n'est guère dans l'intérêt de l'UE, de la France ou de l'Allemagne. Les BITs sont des instruments efficaces pour la protection des investissements Européens dans les pays qui ne disposent que d'un cadre juridique sous-développé.

Une autre option politique consiste dans une réforme compréhensive de la protection d'investissements et de l'arbitrage international dans le contexte des négociations sur le PTCI et l'AECG. L'objectif de cette réforme doit être l'alignement de la protection d'investissements et d'arbitrage international disponible sous ces traités internationaux aux normes de l'Etat de droit français et allemand. Vu que la France et l'Allemagne se transforment d'avantage en économies importatrices des investissements étrangers à cause de l'émergence de nouvelles puissances économiques comme la Chine, une telle réforme est aussi nécessaire pour limiter le risque de plaintes contre nos pays à long terme sous les BITs en force. Le PTCI et l'AECG se prêtent bien comme point de départ pour une telle réforme car les accords ont les objectifs suivant : 1) Etablir des nouveaux standards et règles pour l'économie mondiale malgré le blocage des négociations multilatérales au sein de l'OMC ; 2) Etablir des traités modèles pour des accords futurs avec des Etats comme l'Inde.

2. La réforme des normes de protections

Quels aspects de la protection d'investissements nécessitent une réforme ? Il est raisonnable de distinguer entre les normes de protection d'investissements et les procédures d'arbitrage.

Les normes de protection d'investissements ne sont pas au centre des controverses politiques. Elles reflètent largement les principes de l'Etat de droit comme on le retrouve également dans le droit allemand ou français – la protection contre l'expropriation discriminatoire et aléatoire et le droit à un processus équitable. Les normes de protection sont donc à priori peu problématiques.

Mais les BITs ne définissent pas suffisamment en détail les standards de protection, les droits des investisseurs et des Etats sous ces accords. Pour éviter des interprétations expansives par les arbitres et donc une limitation de la capacité des Etats à régler, il faudrait définir les normes et concepts clés en plus de détails. Le texte provisoire de l'AECG est déjà une grande avancée dans ce domaine. Les aspects suivant nécessitent néanmoins plus de réflexion:

Le traitement juste et équitable : le texte de l'AECG contient une définition du standard du « traitement juste et équitable » qui est complexe. Il augmente le risque d'interprétations non-prévues dans les processus d'arbitrages.

La clause « No greater rights » : Il serait raisonnable d'inclure dans l'AECG et le PTCI une clause qui clarifie que les accords ne donnent pas aux investisseurs étrangers une protection de propriété plus élevée que prévue sous le droit français et allemand.⁵

La clause de la nation la plus favorisée : Il n'est pas clair si les améliorations prévues dans le texte de l'AECG seront entièrement effectives à cause de la clause de la nation la plus favorisée. La clause permet d'importer des standards de protection contenus dans d'autres accords internationaux conclus par la France.⁶

3. La réforme des procédures d'arbitrage international

Les procédures d'arbitrage se trouvent au centre des controverses politiques concernant la protection d'investissements.

La transparence des procédures d'arbitrage : l'arbitrage évalue souvent la légalité des lois nationales dans le contexte du droit international public. Le public a donc un droit légitime aux informations sur des procédures d'arbitrages, qui normalement se tiennent à huis clos. Le texte provisoire de l'AECG prévoit l'applicabilité des nouvelles règles de transparence du CNUDCI ce qui représente une très grande avancée.⁷

L'accès à l'arbitrage : le texte provisoire de l'AECG prévoit l'obligation que les investisseurs qui veulent initier un arbitrage doivent renoncer à la possibilité de poursuivre le même contentieux devant des tribunaux nationaux. Ceci est une avancée comme il réduit le risque du « forum shopping ». Car l'Etat de droit est hautement développé dans l'UE et aux Etats-Unis et au Canada, il serait mieux d'obliger les investisseurs à épuiser les procédures au niveau national avant pouvoir initier un arbitrage.

La sélection des arbitres : la sélection des arbitres est une faiblesse des procédures d'arbitrage. Les arbitres ne disposent pas d'une légitimité ou forcément d'une grande expertise légale dans le domaine des contentieux. Souvent ce sont des avocats de grands cabinets internationaux. Pour augmenter la légitimité des arbitres et donc des arbitrages internationaux, il serait utile d'établir une liste close avec des hauts juges nationaux qui peuvent servir comme arbitre. Le texte de l'AECG contient une telle liste. Malheureusement elle ne serait utilisée que dans des circonstances exceptionnelles.

Code de conduite pour les arbitres : le texte de l'AECG contient un code de conduite qui vise à minimiser les conflits d'intérêts des arbitres. Le code n'interdit pas aux arbitres de servir d'un côté comme arbitre et de l'autre côté d'agir comme conseiller dans d'autres arbitrages. Il est évident qu'une telle accumulation de mandats crée des conflits d'intérêts. L'AECG et le PTCI devraient interdire l'accumulation des mandats.

Un tribunal international pour les investissements : la nature ad hoc des arbitrages crée des problèmes divers. D'un côté il se traduit dans un manque de cohérence juridictionnelle. De l'autre côté, il renforce des conflits d'intérêt des arbitres. Comme seulement les investisseurs peuvent initier les arbitrages, les arbitres devrait en théorie avoir un intérêt à donner gain de cause aux investisseurs pour stimuler la demande globale pour l'arbitrage.⁸ La création d'un tribunal permanent – avec des juges dédiés – pour les contentieux d'investissements pourrait résoudre ces problèmes. Un tel tribunal pourrait ressembler à la Cour Européenne des droits de l'homme.

La création d'un tel tribunal est un projet complexe qui nécessite la coopération d'un grand nombre d'Etats. L'AECG et le PTCI devraient au moins viser à créer une instance d'appel pour minimiser le manque de cohérence juridictionnelle et pour contrôler des jugements controverses. L'UE devrait lancer une initiative trilatérale avec les Etats-Unis et le Canada pour créer une telle instance de révision. Cette instance serait en charge d'environ 50% des flux d'investissements internationaux qui également augmenteraient le poids de l'Europe dans le régime global d'investissements dans une économie mondiale en transformation.⁹

-
- ¹ Pour une introduction au sujet voir: Gaukroder, D., Gordon, K. (2012) Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community, *OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/3*, OECD Investment Division. (Online) Verfügbar unter: http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf. [Zugegriffen: 4. Januar 2015].
- ² Kahale, G. (2011) The new Dutch Sandwich – The Issue of Treaty Abuse. *Columbia FDI Perspectives No. 48*. (Online) Verfügbar unter: http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_48.pdf. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014]; Schön, P. (2013) *Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei der rechtlichen Strukturierung von Auslandsinvestitionen: Untersuchung investitionsschutzrechtlicher Fragen unter Berücksichtigung des Doppelbes-teuerungsrechts*. Halle an der Saale: Universitätsverlag Halle-Wittenberg.
- ³ Australian government (2012) *Investor-State Arbitration - Tobacco Plain Packaging*, Verfügbar unter: <http://www.ag.gov.au/internationalrelations/internationallaw/pages/tobaccoplainpackaging.aspx>. [Zugegriffen: 4. Januar 2015].
- ⁴ De Mestral, A. und Lévesque, C. (eds.) (2013) *Improving International Investment Agreements*. New York: Routledge; Ortino, F., Sheppard, A., Warner, H. (eds.) (2006) *Investment Treaty Law: Current Issues Volume I*, London: BIICL; Ortino, F. et al. (eds.) (2007) *Investment Treaty Law: Current Issues Volume II: Nationality and Investment Treaty Claims, Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law*. London: BIICL; Kuijper, P. et al. (2014) *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements*. Brussels: European Parliament, INTA Committee, 2014. Verfügbar unter: <http://www.jura.fu-berlin.de/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelangs/Studie-fuer-Europaeisches-Parlament/Hindelang.pdf?1411545510>. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014]; Stumberg, R. (2009) *Testimony - Reform of Investor Protections (14 May 2009)*. Washington D.C.: House Committee on Ways and Means, Subcommittee on Trade. Verfügbar unter: <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/stumberg.pdf>. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014].
- ⁵ Kleinheisterkamp, J. (2014) Who Is Afraid of Investor-State Arbitration? Unpacking the Riddle of ‘No Greater Rights’ in the TTIP. *Investment Treaty News*. (Online) Verfügbar unter: <http://www.iisd.org/itn/2014/11/18/who-is-afraid-of-investor-state-arbitration-unpacking-the-riddle-of-no-greater-rights-in-the-ttip/>. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014].
- ⁶ Schill, S. (2009) *The Multilateralisation of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ⁷ UNCITRAL (2014) *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-to-State Arbitration*. (Online) Verfügbar unter: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html. [Zugegriffen 20. Dezember 2014].
- ⁸ Van Harten, G. (2007) *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press; UNCTAD (2014) *Recent Developments in Investor-to-State Dispute Settlement No. 2014/1*. (Online) Verfügbar unter: http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf. [Zugegriffen 4. Januar 2015].
- ⁹ UNCTAD (2013) Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap. *IIA Issues Note 2*. (Online) Verfügbar unter: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf. [Zugegriffen: 3. Januar 2014]; Steger, D. (2012) *Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism*. SSRN Scholarly Paper. Rochester: Social Science Research Network. (Online) Verfügbar unter: <http://papers.ssrn.com/abstract=2223714>. [Zugegriffen: 4. Januar 2015].