

« Le règlement des différends investisseurs–État prévu par le CETA : une épée de Damoclès suspendue au-dessus des pouvoirs publics ? » *Justice-en-ligne*, 5 décembre 2016

En droit du commerce international, le règlement des différends investisseurs –État (ISDS) a connu une réussite estimable, dans la mesure où il garantit un règlement rapide et impartial des différends qui opposent les investisseurs aux autorités de l'État où l'investissement a lieu. Ce succès serait d'ailleurs tel que l'ISDS a été incorporé dans près de 3000 traités d'investissement. Cela étant dit, la volonté de l'UE notamment d'insérer un tel mécanisme dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (connu sous son acronyme anglais CETA) ainsi que dans un projet de traité de même acabit entre l'UE et les États-Unis (TTIP) s'est trouvée dans un malström, tant les craintes de la société civile et de certains pouvoirs publics étaient vives. En février 2016, négociant le projet de traité avec les autorités canadiennes, la Commission européenne a transformé l'ISDS en une *Investment Court System* (ICS) en y apportant des modifications de fond et de forme. Au mois d'octobre 2016, sous l'impulsion de certaines autorités belges, des précisions furent apportées dans le cadre de la note interprétative. Cette réforme fait-elle du CETA un traité de commerce international « progressiste » comme le proclament ses auteurs ? Ou ne s'agirait-il que de la poudre aux yeux ? La réponse à ces questions ne peut être que nuancée. Si l'ICS nouvelle mouture constitue la pierre angulaire du chapitre 8 sur les investissements - pas moins de 27 articles lui sont consacrés -, ce nouveau système ne brille pas toujours par sa clarté.

Sur le fond, le tribunal ne pourra connaître que les recours concernant le traitement non discriminatoire (section C du chapitre 8) et la protection des investissements (section D). Les investisseurs ne pourront donc invoquer ni les autres dispositions de l'accord CETA ni les dispositions de fond d'autres accords commerciaux conclus par l'UE.

Parmi les dispositifs pouvant être invoqués, la violation de l'obligation de traitement juste et équitable ne couvre qu'un nombre restreint de cas de figure (déni de justice, cas d'arbitraire manifeste, discrimination ciblée sur la base de motifs manifestement injustifiés, etc.). Dans le cadre de l'appréciation du traitement réservé aux investisseurs, ces derniers peuvent arguer que les pouvoirs publics leur ont fait des promesses en vue d'encourager leurs investissements en engendrant dans leur chef des « attentes légitimes ».

En vue d'écarter l'épée de Damoclès suspendue au-dessus des autorités décisionnelles, le CETA consacre le droit des pouvoirs publics de réglementer dans l'intérêt général, droit dont la portée est explicitée dans la note interprétative à l'accord. Il s'ensuit qu'une réglementation qui aurait des effets défavorables sur un investissement n'aura pas pour effet de violer l'obligation de traitement juste et équitable.

Qu'elle soit directe ou indirecte, l'expropriation pourrait devenir un cheval de Troie de certains investisseurs, ceux-ci devant être promptement indemnisés à la juste valeur marchande de leur investissement. Dans plusieurs ordres juridiques l'imposition de servitudes d'utilité publique, s'apparentant à une expropriation indirecte, ne donne pas lieu à des compensations. On assisterait de la sorte à une discrimination à rebours. On observera toutefois que pour la première fois dans un accord commercial conclu par l'UE, les éléments constitutifs de la notion d'«expropriation indirecte» ont été précisés, dans le dessein de couper l'herbe sous le pied des investisseurs contestant des mesures légitimes de politique publique (annexe 8-A).

À l'exception éventuelle des litiges sur l'expropriation indirecte, les investisseurs éprouveront sans doute des difficultés à démontrer la violation d'une des obligations pouvant donner lieu à compensation. Quand bien même la décision rendue par l'ICS s'avérerait favorable à l'investisseur, elle n'a pas pour effet d'annuler la mesure de droit public ayant fait grief. En vue d'éviter une double indemnisation et des sentence divergentes, l'investisseur ne peut obtenir la réparation de son dommage à la fois devant une juridiction nationale (ou internationale) et devant un tribunal arbitral.

Comme il est nécessaire de mener une activité commerciale réelle sur le territoire de l'une des parties pour obtenir la qualité d'investisseur, les «sociétés-écrans» et les «sociétés boîtes aux lettres» sont écartées. Néanmoins, les filiales des sociétés canadiennes implantées sur le territoire des Etats membres, quel que soit leur taille, doivent être considérées comme des investisseurs.

On reproche à l'ISDS le manque d'indépendance des arbitres par rapport aux parties intéressées, l'absence d'équité procédurale, un certain parti pris en faveur des investisseurs, etc. Aussi, les modifications procédurales apportées au mécanisme de règlement des différends s'avèrent-elles déterminantes pour apaiser les craintes de certains pouvoirs publics. L'ICS se caractérise par sa stabilité, son impartialité et sa transparence.

1. S'agissant de la stabilité, les tribunaux arbitraux ne seront pas mis sur pied, à la différence de l'approche traditionnelle de l'ISDS, pour trancher une seule affaire. L'ICS comprenant un double degré de juridiction, soit un tribunal permanent et une cour d'appel qui est compétente pour réviser les sentences rendues en première instance par le tribunal, est établi de manière permanente.

2. Alors que dans le cadre de l'ISDS, les tribunaux sont composés d'arbitres désignés par l'investisseur qui se prétend lésé et l'État défendeur, le futur tribunal sera composé, quant à lui de 15 membres et la Cour d'appel de 5 membres, seront nommés par l'Union et le Canada pour un mandat de 5 ans. En outre, l'indépendance des arbitres a été renforcée en vue de prévenir des conflits d'intérêts. Ensuite, les membres de ces tribunaux doivent répondre à des critères de qualification similaires à ceux applicables aux juges de la CJUE.

3. Enfin, les procédures de règlement des différends seront conduites de manière transparente (publication en ligne des observations présentées par les parties et les décisions du tribunal, faculté pour des parties intéressées (ONG, syndicats) de présenter des observations, audiences ouvertes au public).

L'ICS se rapproche-t-il pour autant d'un régime juridictionnel de droit public ? Malgré les améliorations, la nouvelle mouture de l'ICS ne remplit pas tous les critères de la *Magna Carta des juges* d'indépendance statutaire, de nomination, de promotion, d'inamovibilité, de rémunération et de durée des fonctions.

Ce n'est sans doute pas demain matin que l'ICS verra le jour. Tout d'abord, même s'il a été signé au mois d'octobre dernier, le CETA doit encore être conclu tant par le Conseil des ministres et le Parlement européen que par les législateurs de 28 Etats membres pour pouvoir entrer en vigueur. Ensuite, dans l'hypothèse où le CETA ferait l'objet d'une application provisoire, le chapitre 8 n'entrera en vigueur que lors de l'entrée en vigueur définitive de ce traité. Enfin, l'accord du 27 octobre 2016 entre l'État fédéral et les entités fédérées pour la

signature du CETA prévoit que, conformément à l'article 218, § 11, TFUE, le Royaume de Belgique est tenu de recueillir l'avis de la CJUE sur la compatibilité de l'ICS avec les dispositions des traités (les entités sub-étatiques ne peuvent pas solliciter un tel avis) alors que les institutions de l'Union et les Etats membres s'étaient jusque là montrés réticents à déclencher cette procédure. Pour rappel, cette procédure d'avis vise à prévenir les complications qui résulteraient de contestations en justice relatives à la compatibilité du futur traité engageant l'Union (avis 1/09, point 47). La CJUE devra donc se prononcer sur la compatibilité. C'est là où les choses se corsent car dans l'ordre juridique de l'UE, il n'est pas permis à une juridiction autre que la CJUE de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé (avis 2/13, point 246). Or, même si le CETA prévoit que le tribunal arbitral est tenu de suivre « l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions (nationales)» il se pourrait qu'une disposition de l'UE mise en cause dans une affaire arbitrale se prête à plusieurs interprétations plausibles. Un avis négatif de la Cour rendra impossible l'entrée en vigueur du traité.

Enfin, une dernière observation s'impose : alors que l'UE se trouve de plus en plus en porte-à-faux avec l'opinion publique, les auteurs de ce traité ne sont pas parvenus à expliquer clairement l'opportunité de prévoir un cadre de protection spécifique aux investisseurs canadiens, sans doute plus favorable que le régime de protection des investissements entre les Etats membres de l'Union. C'est bien entendu là davantage un problème politique que juridique.

Nicolas de Sadeleer
Professeur ordinaire, université Saint Louis
Chaire Jean Monnet