



Consultation publique sur les modalités de la protection des investissements et des RDIE dans le cadre du TTIP

Réponse de l'April

13 juillet 2014

April- 2, place Sainte Opportune – 75001 Paris

Tél: +33 1 78 76 92 80

Web : <http://www.april.org> – Courriel : contact@april.org

Association régie par la loi du 1er juillet 1901, déclarée le 20/11/1996 à la préfecture de Bobigny et publiée au Journal Officiel n°51 du 18/12/1996

A. Dispositions de fond relatives à la protection des investissements

Question 1: Champ d'application des principales dispositions relatives à la protection des investissements

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, quel est votre avis sur les objectifs et l'approche de l'Union en ce qui concerne le champ d'application des dispositions de fond relatives à la protection des investissements dans le cadre du TTIP?

La définition d'un investissement proposée par la Commission est beaucoup trop vaste : en incluant des sujets tels que les « droits de propriété intellectuelle, contrats, licences » dans la même catégorie que les « terrains, bâtiments, machines, équipements », elle regroupe du matériel et de l'immatériel, faisant ainsi croire que ces sujets sont semblables et devraient être traités de la même manière. Les règles uniques qui seraient alors mises en place pour des sujets qui n'ont rien à voir entre eux deviendraient inapplicables, en particulier dans le domaine des logiciels. L'April déplore une telle confusion, demande à ce que les investissements soient plus strictement définis, afin que les règles qui seront édictées tiennent compte de la spécificité de chacun des domaines. De plus, aucune question ne traite réellement de la pertinence de mettre en place des règles d'ISDS. Une seule affirmation, non étayée, est proposée dans le document de consultation, affirmant que « les principes fondamentaux de traitement correspondent aux droits que les gouvernements démocratiques accordent à leurs propres citoyens et entreprises [...] mais ils ne sont pas toujours garantis pour les ressortissants étrangers ou les entreprises étrangères ». Pourtant, dans des démocraties comme les États-Unis ou les États-membres de l'Union européenne, les investisseurs étrangers sont efficacement protégés par le droit national. De plus, les investissements croisés sont déjà très importants : il ne semble donc pas y avoir de besoin d'un tribunal arbitral pour les mettre en place.

Les seules affirmations de la Commission sur une soi-disant "nécessité" de mettre en place un tribunal arbitral ne sont pas convaincantes. L'April demande que la commission étaye de telles affirmations. De plus, elle souligne les dangers réels d'un tel mécanisme de règlement des différends :

- cour spécialisée sans recours possible devant une juridiction judiciaire indépendante
- une cour dont les décisions s'imposeront à toutes les autres, mais à laquelle seuls certains acteurs pourront avoir accès, mettant ainsi en place une inégalité de fait

Les investisseurs internationaux seront ainsi avantagés par rapport aux investisseurs nationaux, mais aussi par rapport aux acteurs de la société civile, ONG, ... car eux seuls pourront intenter une action devant le tribunal d'arbitrage, dont les décisions s'imposeront à tous et seront supérieures aux tribunaux nationaux et européens, y compris la CEDH. En conclusion, la définition très large d'un investisseur ainsi que les droits spécifiques accordés aux investisseurs étrangers permet à ces derniers de bénéficier d'un traitement de faveur par rapport à tous les autres acteurs, y compris les États.

Question 2: Traitement non discriminatoire des investisseurs

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, que pensez-vous de l'approche de l'Union en ce qui concerne la non-discrimination dans le cadre du TTIP?

Dans le système d'ISDS proposé, les investisseurs internationaux sont avantagés par rapport aux investisseurs nationaux, car les premiers ont accès à la fois aux cours nationales et au tribunal d'arbitrage,

à leur convenance, tandis que les seconds n'ont accès qu'aux cours nationales. Au contraire, des risques réels existent avec la mise en place de tribunaux d'ISDS, comme présenté dans la question 1 : absence de recours devant une institution judiciaire généraliste et impartiale, mais aussi absence de possibilité pour les citoyens et la société civile de saisir le tribunal arbitral.

Question 3: Traitement juste et équitable

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, quel est votre avis sur l'approche de l'Union en ce qui concerne le traitement juste et équitable des investisseurs et de leurs investissements dans le cadre du TTIP?

Tout d'abord, la définition de la notion de "traitement juste et équitable" manque de précision : les droits énoncés restent sujet à interprétation, et pourraient donc voir leur définition modifiée par le tribunal arbitral, d'autant que leur interprétation sera faite par des arbitres à but lucratif, ayant un intérêt pécuniaire à l'élargissement de l'interprétation des clauses de protection des investissements. Cela ne permet donc pas de réduire l'incertitude, contrairement à ce qui est annoncé par la Commission. Par ailleurs, l'April considère qu'on ne peut parler de traitement juste et équitable lorsque certains acteurs sont complètement exclus, comme la société civile et les ONG.

Dans le cadre du mécanisme d'ISDS proposé, seuls les investisseurs internationaux pourraient attaquer les États, grâce aux mécanismes de règlement des différends investisseurs-États inclus dans les traités bilatéraux d'investissement et dans les chapitres Investissement des traités de libre échange. Ces attaques peuvent par exemple dans le cadre d'une législation qui leur déplairait (expropriation indirecte), pour obtenir un jugement qui s'imposerait à toute décision que les citoyens pourraient obtenir. Cela revient donc à fournir aux investisseurs internationaux des droits supérieurs à ceux des investisseurs nationaux et à ceux des citoyens. Peut-on encore parler de traitement juste et équitable dans un tel mécanisme ?

Question 4: Expropriation

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, quel est votre avis sur l'approche de l'Union en ce qui concerne la non-discrimination dans le cadre du TTIP?

La définition de l'expropriation manque de précision et crée de l'incertitude juridique. L'April regrette notamment qu'elle inclue l'expropriation indirecte, qui est un problème récurrent des tribunaux arbitraux tels que le TTIP souhaite mettre en place. Ainsi, les investisseurs internationaux peuvent menacer les États devant le tribunal quand ils considèrent que certaines mesures publiques ont réduit leurs bénéfices estimés. Aucune solution satisfaisante n'est apportée par la Commission dans ses propositions sur ces problématiques : des orientations indicatives ne permettent pas de s'assurer de la limitation de ces risques.

L'idée de mettre en place de grands principes limitant l'expropriation indirecte dans des cas de fins publiques légitimes reste dépendante de la jurisprudence d'un futur tribunal arbitral, et s'apparente donc plus à une déclaration de principe qu'à une réelle garantie. On peut également noter que l'expertise des arbitres, telle que définie par la Commission à la question 8, se base sur les investissements internationaux et non sur les objectifs de politique publique. Les risques d'effets de blocages pour les États sont bien réels, avec des coûts importants en cas de procès par des investisseurs étrangers. De plus, cela revient à considérer les intérêts des investisseurs étrangers comme prioritaires dans le travail législatif, puisque eux seuls auront de facto un recours garanti contre les expropriations indirectes. Ces risques de blocage ne sont pas hypothétiques, et concernent l'ensemble des secteurs, dont le logiciel libre.

Question 5: Garantir le droit de réglementer et la protection des investissements

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe, que pensez-vous de la manière dont l'UE tient compte du droit de réglementer dans sa ligne de conduite relative au partenariat transatlantique?

L'April constate une absence de garanties suffisantes du droit de réglementer, ainsi que l'absence d'une liste précise des exceptions. De plus, le droit de réglementer est présenté comme une exception au droit des investisseurs internationaux, alors même que le droit de réglementer reste un droit primordial. De nombreux garde-fous qui existent aujourd'hui pour protéger des droits essentiels, comme les droits de l'Homme, semblent exclus. Le seul droit de l'Homme mentionné est celui de propriété, alors que d'autres droits fondamentaux doivent également être pris en compte et respectés. Les arbitres garderont le droit d'interprétation, ce qui limite le droit de règlement, et donne à ces mêmes arbitres la possibilité de décider des droits de régulation des États. Cela ne permet pas de réduire le risque de « chilling effects » sur les États, puisque les investisseurs internationaux peuvent toujours les traîner devant le tribunal et que les arbitres seront ceux qui traiteront de la légalité d'une législation. Pour l'April ces mécanismes sont d'autant plus inacceptables qu'ils ne seront soumis à aucun contrôle démocratique. Enfin, il n'y a aucune garantie pour les États sur la possibilité d'améliorer la législation.

L'expérience montre pourtant qu'il y a des risques réels, notamment sur le droit des brevets, comme le montre l'affaire en cours Eli Lilly contre le gouvernement du Canada. Des réformes sur des sujets aussi importants que les brevets pourraient ainsi être systématiquement attaquées lorsqu'elles ne satisferaient pas certains investisseurs internationaux, permettant ainsi à ces derniers de bloquer toute évolution du droit qui ne leur serait pas complètement favorable, et cela au détriment des droits des consommateurs.

Alors que l'Union européenne envisage une réforme du droit d'auteur à l'ère du numérique, un tel texte de loi semblerait difficile à mettre en place sans mécontenter certaines grandes entreprises internationales. Le dispositif proposé risquerait de verrouiller le système actuel en ne permettant pas des améliorations en faveur de l'innovation. Cette question représente un souci particulier pour l'April car cela pourrait impacter fortement le droit existant sur les brevets logiciels. En effet, la législation européenne et le droit étasunien divergent sur ce qui est brevetable et ce qui ne l'est pas, la législation européenne étant plus stricte sur les brevets logiciels.

B. Règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Question n° 6: La transparence dans le RDIE

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, pensez-vous que la ligne de conduite de l'UE contribue à atteindre son objectif de renforcement de la transparence et de l'ouverture du système de RDIE dans le cadre du partenariat transatlantique? Veuillez également faire part de toute suggestion que vous pourriez avoir.

Pour l'April, la première transparence concerne les négociations ainsi que les textes actuellement discutés dans le cadre du TTIP. En l'absence de toute transparence actuelle, les affirmations de la Commission sur

une potentielle transparence des procédures dans le RDIE semblent au mieux des vœux pieux. Si la Commission souhaite s'engager sur les questions de transparence, cette dernière doit d'abord porter sur les textes actuellement discutés et donc leur publication.

Enfin, l'April regrette que les règles proposées par la Commission, les nouvelles règles des Nations-Unies en matière de transparence, permettent dans la pratique à un tribunal arbitral de nombreuses exceptions au principe de transparence, notamment concernant la publication de documents. Cette proposition semble donc dans tous les cas insuffisante.

Question n° 7: Recours multiples et rapport avec les tribunaux nationaux

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte fourni en annexe, pensez-vous que cette ligne de conduite est efficace pour établir un juste équilibre entre accès au RDIE et recours possible aux tribunaux nationaux et pour éviter les conflits entre les voies de recours nationales et le RDIE dans le cadre du partenariat transatlantique? Veuillez indiquer toute mesure supplémentaire qui pourrait être prise selon vous. Veuillez aussi donner votre opinion sur l'utilité de la médiation pour régler les différends.

L'April soutient un recours réel et effectif aux cours nationales, d'autant que celles-ci sont conçues pour être indépendantes et impartiales, et respectant le principe de la séparation des pouvoirs. Partant, le tribunal arbitral proposé dans le mécanisme de RDIE ne saurait se substituer car la garantie des droits n'y est pas respectée. Le système proposé n'est pas acceptable, car il met en avant la cour arbitrale et lui permet de se substituer aux cours nationales, alors même qu'il n'offre pas les mêmes garanties en termes de respect des droits fondamentaux. Les mécanismes proposés par la Commission risqueraient d'entraîner la mise en place d'une justice à deux vitesses : le tribunal arbitral, réservé aux investisseurs étrangers et biaisé en leur faveur, et les cours nationales indépendantes, dont les décisions seraient de moindre valeur, pour tous les autres acteurs. Une telle différence de traitement, assimilable à de la discrimination est inacceptable.

Question 8: Éthique, conduite et qualifications des arbitres

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, veuillez donner votre avis sur ces procédures et, en particulier, sur le code de conduite et les exigences en matière de qualifications des arbitres en relation avec l'accord de partenariat transatlantique. Améliorent-elles le système existant, et d'autres améliorations sont-elles envisageables?

L'annonce d'un code de conduite s'apparente plus à des grands principes, sans qu'on ne sache s'ils seront effectivement applicables, qu'à une réelle garantie d'éthique, d'autant plus que les contrôles sur leur respect ne sont pas abordés dans le document de la Commission. L'April constate un flagrant manque de garanties sur l'application effective d'un hypothétique code de conduite. En l'absence d'un contrôle réel, par un tribunal judiciaire indépendant, pas de garantie que les principes d'éthiques soient effectivement respectés.

Question n° 9: Réduire le risque de recours abusifs et infondés

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, veuillez donner votre avis sur ces mécanismes visant à empêcher les recours abusifs ou infondés et à supprimer

toute incitation à former de tels recours en rapport avec l'accord de partenariat transatlantique. Veuillez également indiquer tout autre moyen vous paraissant propre à limiter ces recours.

La notion même de recours abusif n'est pas précisée, alors même que les arbitres ont un intérêt financier à examiner le maximum de cas : s'ils sont chargés de déterminer ce qui constitue un recours abusif, la notion risque donc d'être réduite à son strict minimum. De plus, confier à des arbitres rémunérés au cas traité le soin de déterminer si un cas est valide ou frauduleux semble être pour le moins illogique : ils ne sont en aucun cas incités à éliminer les recours abusifs ou infondés.

Question n° 10: Autoriser le maintien d'un recours (filtre)

Question:

Certains accords d'investissement prévoient des mécanismes de filtrage permettant aux parties (en l'occurrence, l'UE et les États-Unis) d'intervenir dans une affaire de RDIE lorsqu'un investisseur conteste des mesures adoptées en vertu de règles prudentielles visant à préserver la stabilité financière. Dans ces circonstances, les parties peuvent décider conjointement que le recours ne doit pas être maintenu. Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, quel est votre avis sur le champ d'application et l'utilisation de ces mécanismes de filtrage dans l'accord de partenariat transatlantique?

Le filtre est insuffisant, car il se concentre exclusivement sur les questions financières.

Question n° 11: Indications à fournir par les parties (l'UE et les États-Unis) sur l'interprétation de l'accord

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, quel est votre avis sur l'approche exposée ci-dessus, qui vise à garantir l'uniformité et la prévisibilité d'une interprétation de l'accord tendant à corriger un équilibre?

Ces éléments vous paraissent-ils souhaitables et, dans l'affirmative, les jugez-vous suffisants?

Une fois de plus, il n'y a pas de garantie d'efficacité de telles indications, d'autant qu'il n'y a pas de procédure indiquée pour assurer leur respect. Les tribunaux d'arbitrage existants dans le cadre d'autres traités n'ont pas réellement pris en compte de telles indications. Une telle mesure n'a donc pas d'impact réel et ne permet pas de répondre aux problèmes que soulèvent la mise en place d'ISDS.

Question n° 12: Mécanisme d'appel et cohérence des décisions

Question:

Compte tenu de l'explication ci-dessus et du texte de référence fourni en annexe, veuillez donner votre avis sur la création d'un mécanisme d'appel dans l'accord de partenariat transatlantique en vue de garantir l'uniformité et la prévisibilité de l'interprétation de cet accord.

L'April considère que dans toute procédure, il est nécessaire de prévoir un appel devant une cour judiciaire, généraliste et indépendante. Ce n'est pas ce qui est proposé par la Commission, dont la proposition reste circonscrite au tribunal arbitral et ne répond donc pas aux problèmes et importantes carences en termes de respect des droits posés par le système d'arbitrage. Il n'y a ainsi pas de place laissée aux droits des citoyens, et une fois de plus, seuls les droits des investisseurs internationaux sont pris en compte.

C. Appréciation générale

Quelle est votre appréciation générale de l'approche proposée s'agissant des règles de fond en matière de protection et du RDIE comme base de négociation sur les investissements entre l'UE et les États-Unis?

Y a-t-il d'autres voies que l'UE pourrait suivre pour améliorer le système d'investissement?

Souhaiteriez-vous évoquer d'autres questions en relation avec les thèmes couverts par le questionnaire?

En conclusion, l'April souligne que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États n'est pas nécessaire, et encore moins par des tribunaux arbitraux, sans contrôle démocratique et avec des juges ayant un intérêt pécuniaire. Les investisseurs peuvent et doivent faire appel aux tribunaux nationaux généralistes, qui doivent rester les cours de derniers recours.

De plus, le mécanisme proposé par l'ISDS risque de freiner les tentatives de réglementation par les gouvernements, voire de stopper toute nouvelle réglementation d'intérêt général, sans que la Commission ne propose de réponse efficace à cette problématique.

L'April dénonce enfin une consultation biaisée. Il est à remarquer que la question de la nécessité d'ISDS aurait dû être posée en préambule, et que la publication préalable des documents de négociation au regard des questions complexes qui sont posées aurait dû être faite. Ces manquements mènent à la conclusion que ceci n'est qu'un simulacre de consultation.