

**PAYER OU RENONCER ?
LES INVESTISSEURS À L'ASSAUT DE LA PROTECTION
JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT**

Delphine MISONNE
*Chercheur qualifié au FNRS
Université Saint-Louis–Bruxelles*

Participer à cet ouvrage, c'est d'abord m'adresser à Francis Haumont en tant que Professeur à l'Université catholique de Louvain, dont l'influence sur la suite de mon parcours fut décisive. Ceci grâce au séminaire qu'il dispensait en cinquième année de Droit, intitulé « les entreprises et la protection de l'environnement ». Enfin un séminaire consacré expressément à ce « droit de l'environnement » ! La matière, à l'époque, était encore totalement absente du cursus *ex cathedra* en Faculté de Droit. Le travail de recherche devait être collégial et imposait que l'on se rende, physiquement, au cœur d'une entreprise. « Vous devez y aller avec vos bottes », nous disait-il. « Je veux que vous sachiez ce que c'est qu'une grande industrie ». C'est une usine de pâte à papier qui fut ainsi au cœur de toutes nos attentions, pendant plusieurs mois... Francis avait par ailleurs l'art de valoriser ses étudiants : la présentation des résultats se fit en présence d'un panel de spécialistes, nous ouvrant d'emblée diverses portes pour de nouveaux contacts. « Nous sommes collègues désormais » avait-il même la générosité de nous dire à la proclamation des diplômes. Francis savait et sait toujours, c'est indéniable, motiver ses étudiants et leur accorder sa confiance, ce qui est une qualité exceptionnelle.

Ma contribution au présent ouvrage traite elle aussi du monde industriel et de la manière dont il réceptionne la contrainte juridique liée à la protection de l'environnement. Ceci à la lumière très particulière des nouveaux accords commerciaux transatlantiques et du droit international de la protection des investissements.

*

Les accords transatlantiques que sont le CETA (1) et le TTIP (2) sont-ils vraiment capables de changer la manière dont la protection juridique de

(1) Le CETA (*Comprehensive Trade Agreement*) ou AECG (Accord économique et commercial global) fait déjà l'objet d'un accord entre la Commission européenne et le Canada, datant d'août 2014, mais il doit encore recevoir l'aval du Parlement européen.

(2) Le TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), aussi appelé TAFTA (*Transatlantic Free Trade Agreement*) est en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis.

l'environnement est envisagée, vue d'Europe (3) ? Des modifications importantes y sont incontestablement à l'œuvre. Elles nécessitent une vigilance particulière, ceci pour trois raisons au moins. La première est liée aux arbitrages que les investisseurs étrangers pourraient solliciter pour obtenir une compensation financière en raison des restrictions, induisant une perte de profit, qu'un État membre leur impose en vertu de sa politique environnementale. La seconde résulte du fait que les accords en question créeront une telle dynamique de « cohérence réglementaire » que l'avenir des législations environnementales européennes sera conditionné par le résultat de discussions impliquant directement les partenaires industriels d'outre-Atlantique. La troisième résulte de la volonté de lissage de normes qui ne semble pas motivée par la recherche d'avancées majeures pour les citoyens européens mais par l'ambition de maintenir « l'acquis », comme si cet acquis constituait déjà un *absolu*, un plafond idéal et ultime, du point de vue de la protection de l'environnement. C'est uniquement de certains éléments liés au premier de ces aspects dont je traiterai ici.

I. – LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

Le CETA l'a déjà intégré, le TTIP le prévoit, et c'est pourtant bien là l'un des possibles clous du cercueil de ces deux accords. Je vise ici la création d'un mécanisme de règlement des différends qui autoriserait les investisseurs étrangers à assigner directement l'Union européenne devant un panel privé de trois arbitres (4), lorsqu'ils estiment que certaines politiques européennes ou nationales portent très sérieusement atteinte à leurs investissements, pour tenter d'obtenir une indemnisation. Ce mécanisme pourrait provoquer, alors même que les négociateurs affirment haut et fort qu'ils ne remettront pas en question le niveau de protection de l'environnement et de la santé qui prévaut de part et d'autre de l'Atlantique, un affaiblissement de la législation environnementale « par la porte arrière », de manière subrepticement perverse.

Le cas très concret qui a attiré mon attention sur cette menace hypothétique concerne la régulation d'un additif métallique dans les carburants, le MMT (méthylcyclopentadiényle manganèse tricarbonyle). Cette substance joue un rôle de substitut du plomb dans l'essence. Elle n'est produite que par une seule multinationale mais elle a donné lieu à un contentieux remarqué sur chacun des continents, avec des effets très différents.

Commençons tout d'abord par la jurisprudence européenne, la plus récente, avec l'arrêt *Afton* de la Cour de Justice de l'Union européenne, prononcé en 2010. Il porte sur la légalité d'une directive européenne de 2009 fixant des restrictions d'utilisation de la substance MMT dans les carburants

(3) L.M. WALLACH, « Le Traité transatlantique, un typhon qui menace les européens ? », *Le Monde diplomatique*, novembre 2013, pp. 4-5.

(4) D'où le nom de *Investor-State Dispute Settlement*, par opposition au *State-State Dispute Settlement*.

et des obligations d'étiquetage indiquant la présence de celle-ci, au motif de risques pour la santé humaine mais aussi de dommages pour les moteurs de véhicules et les équipements automobiles anti-pollution (5). La société Afton, productrice de la substance, établie au Royaume-Uni mais liée au groupe Afton Chemical qui commercialise le MMT dans le monde entier, s'oppose à la mise en œuvre de cette législation (6). Elle s'immisce dans l'exercice de transposition effectué par la Grande-Bretagne. La démarche est agressive ; elle exerce un recours en contrôle de légalité contre l'intention même de l'administration britannique de transposer cette directive. C'est par ce biais qu'une question préjudicielle arrive à la Cour de justice de l'Union européenne, portant sur de la licéité de la mesure européenne (7). Afton estime que la mesure européenne est viciée parce qu'elle ne tiendrait pas compte de certains éléments scientifiques, parce qu'elle solliciterait à tort le principe de précaution, parce qu'elle serait disproportionnée et même discriminante, contraire à la sécurité juridique ou encore parce qu'elle constituerait une interdiction de fait, et non pas une simple restriction quantitative. Le contrôle opéré par la Cour de Justice de l'Union européenne est vite expédié. La Cour estime qu'aucun élément avancé pour contester la validité de la mesure européenne ne peut être retenu. S'appuyant sur le principe de précaution, elle affirme que législateur de l'Union a pu, à juste titre, considérer que la manière appropriée de concilier le niveau élevé de protection de la santé et de l'environnement et les intérêts économiques des producteurs de MMT consistait à limiter la teneur de cette substance dans les carburants (8). Jusqu'ici, rien d'anormal. On reste dans les canons classiques de la jurisprudence européenne.

Le changement de paradigme opère lorsque l'on s'intéresse à la jurisprudence provoquée sur le continent américain par le même producteur et concernant la même substance, une quinzaine d'années auparavant. On découvre tout d'abord que, vu de l'autre côté de l'Atlantique, le MMT est aussi une substance controversée et fait l'objet d'un abondant contentieux (9). On y constate que la question de la dangerosité de la substance n'est clairement pas une donnée nouvelle pour le producteur car il y est confronté de manière récurrente. L'affaire qui retient toutefois particulièrement mon attention met en lumière l'une des raisons pour lesquelles il existe des motifs de craindre les clauses d'arbitrage prévues dans les accords transatlantiques. Il s'agit d'une action menée en 1996 par l'ancêtre d'Afton chemicals,

(5) Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles, *JOUE*, L140, 5 juin 2009, 88, article 8a.

(6) Législation qui n'opte pourtant pas pour une interdiction totale de la substance, même si cette piste fut sérieusement envisagée, puis écartée afin d'éloigner la possibilité d'un recours auprès de l'OMC (J. RANKIN, « Fuel for lobbyists », *European Voice*, 17 décembre 2008).

(7) C.J.U.E., aff. C-343/09, *Afton c. Secretary of State for Transport*, 8 juillet 2010.

(8) Voy. not. §§ 43 à 69.

(9) Elle est interdite en Californie mais, au niveau fédéral, l'EPA, l'administration fédérale américaine, qui interdit la substance de manière récurrente pour des raisons liées à la protection de l'air, fut chaque fois confrontée à des demandes spéciales de dérogation.

Ethyl corp., contre une législation canadienne visant à interdire l'importation de la substance en raison de sa toxicité pour l'environnement mais aussi de certains enjeux plus économiques liés au fonctionnement des équipements automobiles (10).

L'action est portée devant un tribunal arbitral pour violation de l'ALENA (11), l'accord de libre échange conclu entre le Mexique, les États-Unis et le Canada. Les moyens avancés sont très différents de ceux testés sur le sol européen. Ils portent sur la protection de la propriété d'*Ethyl* en tant qu'investisseur. L'industriel considère que la législation canadienne s'apparente à une expropriation indirecte de son investissement. Ce qui est ainsi exproprié, c'est son activité de commercialisation de la substance – produite aux États-Unis mais importée dans une usine au Canada pour y être mélangée à l'essence –, mais aussi les profits qu'il en espérait – et qui seront perdus – et même sa réputation – en raison des débats au Parlement portant sur la dangerosité du MMT (12) –. L'industriel demande une compensation de l'ordre de 251 millions de dollars US. Dans le cadre de l'ALENA, les entreprises ont en effet la possibilité d'assigner directement un État devant un panel privé de trois arbitres et de lui demander d'imposer à l'État une obligation de leur payer une indemnité, en cas de violation avérée de la protection de leur propriété. Ce qui est neuf, évidemment, c'est la conception particulière de la notion d'expropriation indirecte, qui pourrait résulter des effets de la simple adoption d'une mesure de protection de l'environnement.

L'histoire se termina au profit d'*Ethyl*, sans jamais être entendue par ledit tribunal. Le Canada, clairement mis sous pression, retira dès 1998 sa mesure restrictive, allant jusqu'à émettre une déclaration affirmant l'innocuité de la substance et à verser quand même 13 millions de dollars à l'entreprise (13). La menace eut incontestablement un effet de « gel » (*chilling effect*) à l'égard de la mesure d'interdiction de la substance. Les prétentions indemnitaires de l'industriel eurent raison d'une mesure qui avait pourtant été discutée et décidée au Parlement.

(10) A. DODGER, « La protection de l'environnement dans les accords de libre échange », Travail de fin d'études, Université Saint-Louis-Bruxelles, mai 2011. A. RUGMAN et D. VOGEL, « Environmentally Related Trade Disputes Between the United States and Canada », *The American Review of Canadian Studies*, Washington, vol. 27, 1997, p. 280.

(11) North American Free Trade Agreement, NAFTA.

(12) J.A. SOLOWAY, « Environmental Trade Barriers Under Nafta : the MMT Fuel Controversy », 8 *Minn. J. Global Trade*, 1999, pp. 55-95.

(13) A. ASLAM, Corporations Use Trade Pact to Sue Countries, *Global Policy Forum*, Septembre 1998,

(<https://www.globalpolicy.org/component/content/article/221/47001.html>).

II. – LA RÉGLEMENTATION ENVIRONNEMENTALE ASSIMILÉE À UNE EXPROPRIATION INDIRECTE

Une simple clause de protection contre l'expropriation, *a priori* anodine et bien logique, était donc susceptible de contrarier frontalement la mission régulatoire des Etats. L'affaire contribua à la paralysie des négociations portant sur l'AMI, le « Multilateral Agreement on Investment » négocié sous l'égide de l'OCDE. Afin de dépasser le blocage induit par les pays en développement à l'égard d'un Traité multilatéral d'investissement conclu dans le cadre du GATT, les pays développés entreprirent, sous l'impulsion de l'OCDE, la négociation d'un accord sur l'investissement à leur propre niveau, qui avait pour ambition de servir d'inspiration au reste du monde, afin de redynamiser la négociation au sein de l'OMC. Cette négociation, rendue publique en 1997, rencontra une forte opposition de la société civile précisément en raison de blocages liés à la question de savoir ce que recouvre exactement cette notion d'« expropriation » (14).

En parallèle, ce moyen de l'expropriation indirecte, souvent lié à celui de la violation des attentes légitimes, continua à être testé avec succès dans bien d'autres affaires de la même époque, pour contrer des mesures environnementales à vocation d'intérêt général, lors d'arbitrages à huis-clos, non susceptibles de recours, prononcées par des arbitres qui ne peuvent être considérés comme totalement indépendants, vu leurs sources de financement (15).

Voici un petit échantillon de ces autres affaires, toujours en lien avec l'ALENA. Sont en jeu dans la première : une décharge de déchets toxiques, un investisseur américain, un permis de bâtir, l'opposition d'un pouvoir local mexicain à ce projet et l'adoption de règles de protection de la nature à des

(14) S.D. AMARASINHA et J. KOKOTT, « Multilateral Investment Rules Revisited », *The Oxford Handbook of International Investment Law* ; P. MUCHLINSKI *et al.* (Ed.), OUP, 2008, pp. 119-153 ; T. MUCHLINSKY, « The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment : Where Now ? », 34 *Int'l Law*, 1033, 2000. J. KURTZ, « NGO's, the Internet and International Economic Policy Making : the Failure of the OECD Multilateral Agreement on Investment », *Melbourne Journal of International Law*, 2002, n° 3, p. 213. J.A. SOLOWAY, *op. cit.*, p. 89. De même que le fait que les investisseurs étrangers sont, dans ce type de régime, particulièrement avantagés par rapport aux investisseurs domestiques : seuls les premiers peuvent bénéficier de ces clauses particulières de protection. Certains Etats, comme la France, prirent fermement leurs distances à l'égard de cet accord, dont les négociations furent suspendues en 1998 pour ne plus reprendre. L'un des problèmes majeurs portait sur l'absence totale de prise au sérieux de la protection de l'environnement et de la protection des travailleurs, sauf l'ajout de quelques clauses supposées réconfortantes, telles l'engagement de ne pas abaisser les standards de protection ou la référence aux lignes directrices de l'OCDE portant sur les Multinationales. Les négociations ne furent pas enterrées pour autant. Elles rejaillirent ailleurs, dans d'autres scénarios. N'est-ce d'ailleurs pas à une réapparition déguisée de certains éléments de cet AMI que l'on assiste actuellement, sous l'impulsion de la nouvelle compétence exclusive de l'Union européenne en matière de commerce extérieur... ? Voy. R. GEIGER, « The Transatlantic Trade and Investment Partnership : A Critical Perspective », *Columbia Center on Sustainable International Investment*, 14 avril 2014, n° 119.

(15) OCDE, C. YANNACA-SMALL, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law », *Working Papers on International Investment*, 2004/4.

fins de protection des cactus. Il s'agit d'un arbitrage provoqué en 1997 par une entreprise californienne, *Metalclad Inc.*, à l'encontre du Mexique (16). Le permis de bâtir qui était nécessaire à l'investisseur pour exploiter une décharge de déchets toxiques dans une zone écologiquement sensible lui avait, en effet, été refusé. L'entreprise demandait une compensation de l'ordre de 65 millions de dollars (17). Elle obtint 16 millions de dollars. Le tribunal arbitral estima que les clauses de l'ALENA ne lui imposaient pas de se pencher sur les motifs poursuivis par les autorités mexicaines et justifiant le refus du permis ; il lui suffisait de constater l'expropriation, qui résultait en l'espèce de la privation des bénéfices économiques espérés (18).

Dans *Tecmed c. Mexique* (19), qui porte aussi sur une histoire de décharge, la non-reconduction d'un permis d'exploitation, en raison d'irrégularités et de risques liés à l'activité, est tout autant assimilée à une expropriation. Le tribunal arbitral affirme qu'il est bien conscient qu'en droit interne, le Mexique dispose de pouvoirs de police dont la mise en œuvre n'aurait pas, en cas d'action portée devant une juridiction domestique, donné lieu à indemnité. Il précise toutefois qu'il doit se prononcer uniquement au regard du droit international et de la violation d'engagements internationaux (20). Puisque c'est la protection de l'investissement qui prime dans ce cadre, il condamne le Mexique à payer une indemnité de plus de 5 millions de dollars US à l'investisseur écarté.

Par contre, en 2005, dans une affaire *Methanex c. États-Unis*, concernant également un additif de l'essence, le tribunal considéra qu'une nouvelle réglementation environnementale, interdisant ledit additif, non discriminatoire et d'application générale, ne pouvait être assimilée à une expropriation indirecte des activités de l'investisseur et des profits qu'il en espérait... sauf s'il peut être démontré que des promesses de non-intervention lui avaient été faites par le pouvoir public, comme un engagement de ne pas intervenir par la voie réglementaire... (21). Vu d'Europe, ceci jette un nouvel éclairage sur les effets potentiels des engagements qui pourraient figurer dans des conventions environnementales. C'est l'entreprise qui fut condamnée à payer une indemnité à l'État américain, d'un montant relativement plus modeste, de 4 millions de dollars US.

(16) *Metalclad c. Mexique*, 30 août 2000 (<http://www.italaw.com/cases/671>).

(17) J.A. SOLOWAY, *op. cit.*, pp. 55-95, spéc. p. 84.

(18) Dans le même sens, voy. aussi *Santa Elena c. Costa Rica*, qui porte aussi sur des mesures de protection de l'environnement.

(19) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, 29 mai 2003 (<http://www.italaw.com/cases/documents/1088>).

(20) Points 119 et 120.

(21) Aff. *Methanex c. États-Unis*, 8 mars 2005

(<http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>), Chapitre IV, D, point 7. K. Dougherty, « *Methanex v. United States : The Realignment of Nafta Chapter 11 with Environmental Regulation* », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 27, 2007/3. Voy. aussi l'aff. SD Myers.

III. – LE CHOC DE DEUX MONDES

C'est bien la rencontre maladroite de deux mondes, qui avaient jusque là fonctionné de manière très autonome que cristallisent ces nombreuses sentences arbitrales.

Le monde de la protection de l'investissement, de son piédestal de droit international, se heurte soudain aux effets que les législations dites « qualitatives », souvent nationales, peuvent avoir à l'égard des intérêts économiques des entreprises. Lui qui, longtemps uniquement confronté à des questions de protection des investissements dans des pays dits « du Sud », ne semblait envisager l'action souveraine des États que dans ses velléités protectionnistes et discriminantes (22). Lui qui était surtout préoccupé de conforter les droits et prérogatives des entreprises, sans se soucier d'affirmer aussi les obligations de ces dernières. Si les commentaires dans la doctrine de l'investissement sont innombrables, les défenseurs du devoir des États, eux, mettront bien plus de temps à comprendre ce qui se passe dans le cadre de tels arbitrages privés.

Ces décisions mènent à des attitudes contrastées, tant du point de vue des États que de la doctrine. Certains ne veulent plus entendre parler de cet ISDS, aux mains d'arbitres privés qui ne sont tenus par aucune instance d'appel et dont la garantie d'indépendance n'est pas certaine.

D'autres estiment que ce mécanisme d'arbitrage, garant au contraire d'une certaine neutralité, reste bien nécessaire mais qu'il convient absolument de l'améliorer. Des tentatives en ce sens ont déjà eu lieu depuis 2004. Des modèles sont développés, afin de moduler ces clauses de protection des investissements et de les accompagner gentiment de références au développement durable (23).

On y consacre surtout très ouvertement un *right to regulate*, dont bénéficieraient les États. Le pouvoir d'adopter des lois, le pouvoir de police, est bien l'un des attributs de la souveraineté, reconnu comme tel en droit international et en droit interne. Il s'agit d'ailleurs d'un pouvoir, plus que d'un droit. Pourquoi cette expression dès lors ? À l'aune de la fragmentation propre au droit de l'investissement, elle exprime un changement de perspective qui semble revaloriser une dimension qui avait jusque-là été omise. Il s'agit de déminer la crise de légitimité qui guette cette forteresse soudain anachronique (24). Mais l'expression reste engluée dans une vision négative de l'intervention étatique. D'une part, ce droit de réguler est généralement

(22) H. MANN, « The Right of States to Regulate and International Investment Law », novembre 2002, disponible en ligne (http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf).

(23) S. CUENDET, « Accords d'investissement et développement durable : comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *Conventions – Réguler la mondialisation*, 17 octobre 2014 (<http://convention-s.fr>).

(24) S.A. SPEARS, « The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investments Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010/4.

exprimé comme une exception au droit de la protection des investisseurs, avec la conséquence que cette exception devra être interprétée strictement (25). Ensuite, il est souvent exprimé sous condition, cette condition étant le respect du reste du Traité d'investissement concerné. Il pâtit aussi d'un rapport déséquilibré au vu de la hiérarchie des sources, le traité international primant, pour certains arbitres, sur les exigences constitutionnelles nationales, là où d'autres y seront bien plus attentifs.

Selon certains auteurs, arbitres eux-mêmes et bien au fait de la jurisprudence, les décisions récentes témoigneraient d'une meilleure prise en compte des actions réglementaires des États, si elles correspondent bien à leurs prérogatives légitimes (26). La question est toutefois de savoir ce que l'arbitrage considère comme légitime. L'impact de ces clauses plus nuancées et de cette évolution dans l'arbitrage reste donc incertain. On ne peut considérer comme acquis qu'un État puisse adopter une mesure de protection de l'environnement sans s'exposer à l'obligation d'indemniser les dommages qui en découlent du fait des restrictions portées à l'activité de l'investisseur. La limite entre ce qui est compensable et ce qui ne l'est pas y reste très ténue. La régulation à des fins environnementales relève bien de cette notion de légitimité, à condition toutefois qu'elle soit non discriminatoire et, implicitement, raisonnable (27). Certains arbitres seraient même enclins à considérer que le revirement à l'œuvre va trop loin, s'il prive l'investisseur de compensation dès que la contrainte est de nature réglementaire ; ils préfèrent s'engager plus avant dans le contrôle de la proportionnalité de la mesure réglementaire elle-même (28). Pour J. Vinuales, la principale difficulté pour les arbitres aujourd'hui, vu ces diverses tensions, c'est de concilier la singularité des tribunaux d'investissement, dont la mission première reste de trancher les litiges par une justice sur mesure, avec la dimension publique qui s'impose de plus en plus souvent à eux et qui les invite de plus en plus à « dire le droit » (29).

La jurisprudence fluctue (30) et les actions-tests fleurissent toujours (31). Les différends aujourd'hui portent sur des enjeux très stratégiques, tels que l'exploration du gaz de schiste. L'investisseur américain Lone Pine reproche

(25) H. MANN, « International Investment Agreements, Business and Human Rights : Key issues and Opportunities », *International Institute for Sustainable Development*, Report for the United Nations, 2008.

(26) A. REINISH, « Expropriation », *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p. 432.

(27) *Feldman c. Mexique*, 16 décembre 2002 (<http://www.italaw.com/cases/435>).

(28) A. REINISH, *op. cit.*, p. 434.

(29) J.E. VINALES, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, SFDI, Paris, Pedone, 2010, pp. 407-426.

(30) A. REINISH, *op. cit.*, p. 432.

(31) On peut ainsi citer *Chemtura c. Canada*, 2 août 2010, portant sur le retrait de l'enregistrement du pesticide Lindane au Canada, où le Tribunal arbitral estime en 2010 que l'État a usé de ses pouvoirs de police en matière de protection de la santé et que la restriction ne peut être assimilée à une expropriation (http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf), point 266.

ainsi en 2012 au Gouvernement du Canada de ne pas lui avoir délivré les permis nécessaires à l'exploitation de gaz de schiste au Québec, permis auxquels, en raison de ses investissements, il estimait pourtant avoir droit – arguant de son *right to mine* – (32). Ce revirement « arbitraire et capricieux » serait dû, selon l'industriel, à la pression de l'opinion publique. Il s'estime donc exproprié et demande au tribunal arbitral qu'une indemnité d'au moins 250 millions de dollars canadiens lui soit versée par le Gouvernement, en vertu du même chapitre XI de l'ALENA consacré à la protection de la propriété des investisseurs.

IV. – LES NÉGOCIATIONS EN COURS

Cette brève analyse révèle que le mandat de négociation donné par le Conseil européen à la Commission européenne, comprenant « si possible » le recours à l'ISDS pour résoudre les différends en matière d'investissements, tant dans le cadre du CETA que du TTIP, est étonnamment serein et confiant face à ce genre de mécanisme (33).

La Commission européenne sait que le risque de dérive et d'abus existe. Elle le précise dans la consultation publique qu'elle s'estima obligée d'initier, en cours de processus, pour laisser s'exprimer les opposants à ce mécanisme d'arbitrage privé (34). Elle estime toutefois que le monde de l'investissement international évolue et que les clauses qui sont envisagées dans les nouveaux accords, plus sophistiquées, comporteraient déjà certains des garde-fous nécessaires. Elle rappelle que ce mécanisme existe aussi dans les multiples accords bilatéraux déjà conclus par le passé par les États membres (35) et qu'il reste, selon elle, indispensable pour rassurer les investisseurs. Dans la communication par laquelle elle détaille son souhait de mener désormais une politique commune de protection des investisseurs – par opposition au cadre fragmenté qui existe actuellement, bien des États s'étant engagés dans des accords commerciaux à leur propre niveau –, forte

(32) *Lone Pine v. Canada*, action introduite le 8 novembre 2012 (<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux>).

(33) Mandat déclassifié du TTIP, version du 9 octobre 2014.

(34) Voy., à cet égard, le questionnaire proposé à l'occasion de cette consultation du public qui eut lieu au printemps 2014 (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>).

(35) Parmi lesquels un Traité sur la Charte de l'Energie, de 1991, qui prévoit aussi une protection des investisseurs contre l'expropriation indirecte et une possibilité de recourir à l'arbitrage privé. C'est sur cette base qu'une entreprise suédoise, *Vattenfall*, a initié, en 2009 et en 2012, des actions contre l'Allemagne. Dans le premier cas, l'entreprise demandait une indemnité de 1,4 billion EUR pour atteinte à son investissement en raison de l'obligation de respecter des objectifs de qualité qui lui étaient imposés, par un permis, pour les eaux de refroidissement d'une centrale électrique au charbon ; l'affaire fut résolue à l'amiable par un assouplissement des exigences du permis. Dans le deuxième cas, en cours, ce seraient 4 billions EUR qui seraient requis pour la fermeture de l'industrie nucléaire par le Gouvernement allemand. Voy. C. GERSTETTER et N. MEYER-OHLENDORF, « *Investor-State Dispute Settlement under TTIP – A risk for environmental regulation* », Heinrich Boll Stiftung, 2013 (<http://www.ecologic.eu/10402>) ; A. CARTA, « Do investor-to-state dispute mechanisms fit in the EU legal system ? », *Elni Review*, 2014/2, pp. 30-38, spéc. p. 33.

des nouveaux pouvoirs que lui confère le Traité de Lisbonne en matière de politique commerciale commune, elle annonce cependant lucidement que la souscription par l'Union à ce genre de mécanisme sera, elle le sait, « un parcours semé d'embûches » (36).

La clause ISDS qui figure dans le CETA (37) a été récemment rendue publique, après la signature de l'accord par la Commission européenne. De facture classique, elle est complétée par une définition de ce qu'il faut entendre par « expropriation indirecte ».

Article X.11 : Expropriation

« 1. Aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen d'une mesure ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation (l'« expropriation »), sauf si elle :

- a) agit à des fins d'intérêt public,
- b) conformément aux principes de l'application régulière de la loi,
- c) de façon non discriminatoire,
- d) et moyennant le versement rapide et efficace d'une indemnité adéquate.

Il est entendu que le présent paragraphe est interprété conformément à l'annexe X.11 sur la clarification de l'expropriation ».

Annexe X.11 du CETA :

« une expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures prises par une Partie et ayant un effet équivalent à celui d'une expropriation directe, en ce sens qu'il prive de façon substantielle l'investisseur des droits fondamentaux de propriété associés à son investissement, y compris le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, et ce, sans transfert officiel de titres ni saisie définitive (...) ;

Il est entendu que, sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou la série de mesures est si rigoureuse au regard de son objectif qu'elle semble manifestement excessive, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ».

Si la notion est mieux canalisée, elle confère toutefois toujours à l'arbitre une marge d'appréciation non négligeable (38), puisqu'il se fera le juge du

(36) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, COM/2010/0343 final : « Ce type de règlement des différends est si bien ancré dans les accords d'investissement que son absence aurait en réalité pour effet de décourager les investisseurs et de réduire l'attractivité d'une économie hôte par rapport aux autres. Pour ces motifs, les futurs accords de l'UE comportant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État. Ce parcours est semé d'embûches car, d'une part, le règlement des différends entre les investisseurs et l'État revêt un caractère unique en droit économique international et, d'autre part, l'Union n'a pas été un acteur majeur dans ce domaine par le passé. Dans une certaine mesure, les structures actuelles sont mal adaptées à l'arrivée de l'Union. Par exemple, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (dite « convention du CIRDI ») est ouverte à la signature et à la ratification par les États membres de la Banque mondiale ou parties au statut de la Cour internationale de justice. Or, l'Union européenne n'est ni l'un, ni l'autre ».

(37) Disponible dans sa version française sur : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>.

(38) E. FABRY et G. GARBASSO, *ISDS dans le TTIP – Le diable se cache dans les détails*, Institut Jacques Delors, Policy Paper, 13 janvier 2015.

caractère *a priori* excessif de la mesure prise par une Partie, au regard de son objectif. Aucune indication ne peut encore être trouvée quant aux indicateurs de proportionnalité qui seront sollicités dans ce cas. L'un des éléments certains, c'est que le test aura pour pivot l'objet même de la mesure en cause. Ceci permettra-t-il d'éviter les pondérations inadéquates et la remise en question de l'ambition européenne ?

La question cruciale est celle de savoir ce qui sera considéré comme « manifestement excessif ». Est-il manifestement excessif d'interdire la mise en culture d'un OGM sur le territoire d'une région quand le reste des États membres n'y font pas obstacle ? Est-il manifestement excessif d'imposer des restrictions de mise sur le marché de pesticides, qui vont au-delà de ce que requièrent certains standards internationaux ? Est-il excessif de maintenir un *moratorium* pour l'exploitation du gaz de schiste, en particulier quand c'est au préjudice des entreprises ayant investi lourdement dans les premières missions d'exploration ? Aurait-il été manifestement excessif, pour en revenir à l'affaire *Afton* et à notre additif métallique, de restreindre l'utilisation du MMT alors même que ses effets nocifs ne sont pas pleinement et incontestablement démontrés ?

Quel sera l'étalon à l'aune duquel chacun des arbitres se fera le juge de l'excès des politiques environnementales domestiques ou européennes ? Tiendront-ils compte du principe de précaution ? S'inspireront-ils de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, elle qui, en formation de grande chambre, affirme que « l'importance des objectifs poursuivis est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, mêmes considérables, pour certains opérateurs », tout en précisant bien que c'est à la condition que l'exercice du pouvoir d'appréciation du législateur communautaire « ne produise pas des résultats manifestement moins adéquats que ceux résultant d'autres mesures également appropriées à ces objectifs » (39) ?

Qu'advient-il si les arbitres développent une jurisprudence contradictoire, divergente, incohérente ? En cas de doute quant à l'interprétation d'une mesure de droit dérivé, ils n'ont pas la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, puisqu'ils ne peuvent être assimilés à une juridiction nationale au sens de l'article 267 TFUE. Or, c'est bien à la Cour de justice de l'Union européenne et à elle seule qu'il revient de statuer sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union (40). La question de la légalité de l'ISDS, dans un contexte impliquant directement le droit de l'Union, est très explicitement posée, sous cet éclairage, par la doctrine (41). Elle mériterait certainement

(39) C.J.U.E., C-127/07, *Arcelor*, 16 décembre 2008.

(40) En vertu du même article 267 TFUE.

(41) A. DIMOPOULOS et M. BURGSTALLER, « Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with third States », *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, n° 39, pp. 207-222 ; H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration : the Interplay between National and International Law*, Oxford, OUP, 2014, p. 205 ; A. CARTA, *op. cit.*, pp. 30-38.

une analyse de la Cour elle-même. En vertu de l'article 218, § 11, TFUE, l'avis de la Cour peut être demandé par un État membre, par le Parlement européen, par le Conseil ou même par la Commission, quand des doutes surgissent quant à la compatibilité d'un accord international avec les traités européens. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci... ou révision des traités européens.

« Développer des alternatives ou rééquilibrer le modèle (42) ? ». Telle est bien toute la difficulté de la question... Certes, le système d'arbitrage pourrait être amélioré et de nombreuses pistes sont depuis longtemps évoquées, parmi lesquelles la possibilité de créer des instances d'appel, mais ces améliorations devraient être un préalable, et non une conséquence tardive, desdits accords. La Commission déclare, dans sa consultation publique sur l'ISDS du printemps 2014 (43), que les failles actuelles seront comblées de nombreuses améliorations, comme l'inclusion d'un mécanisme par lequel l'Union européenne et les États-Unis adopteraient ensemble « des interprétations contraignantes sur des questions de droit ». L'ambition est en quelque sorte de créer un *gold standard* de la protection de l'investissement destiné à inspirer le reste du monde... Mais pourquoi ces promesses ne se sont-elles pas déjà concrétisées dans le CETA, lui dont la négociation est déjà finalisée ?

Il ne faut pas se leurrer. La rigueur des nouvelles clauses de protection des investisseurs sera immanquablement testée par ceux qui, parmi les investisseurs, en auront les moyens (44), vu l'engouement que rencontre ce type de contentieux ces dernières années (45). Mais, avant cela, reste encore la question de savoir si ces accords seront ratifiés et par qui. La question, cruciale, est bien de déterminer si les parlements de chacun des États concernés doivent être impliqués, ou non. Au départ, dans ses communications au public (46), la Commission insista sur la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale commune, laissant entendre que ce serait uniquement au Parlement et au Conseil de ratifier les accords CETA et TTIP (47). Mais d'autres opinions se sont rapidement

(42) E. FABRY et G. GARBASSO, *op. cit.*

(43) *Voy. supra.*

(44) Selon l'OCDE, cette justice arbitrale coûte cher : de 8 à 30 millions de dollars US. C'est la raison pour laquelle le mécanisme est surtout sollicité par les multinationales (OCDE, *Investor-State Dispute Settlement*, consultation publique organisée en 2012 (<http://www.oecd.org/investment>)).

(45) *Voy.*, pour les chiffres, le récent rapport de l'UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), *Recent Development in Investor-State Dispute Settlement*, avril 2014. Cinquante-sept arbitrages furent initiés par des multinationales en 2013, à l'échelle mondiale, et plusieurs d'entre eux ont une motivation liée à l'environnement, en lien notamment avec le gaz de schiste ou la protection de la nature contre de gros projets immobiliers. Ceci donnerait une estimation de 568 cas d'ISDS depuis 1995. Trente-sept décisions furent rendues en 2013, parmi lesquelles 8 décisions au fond, dont 7 d'entre elles donnent raison aux investisseurs, contre les États.

(46) *Voy.*, par ex., ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/process/.

(47) Pour le CETA, elle annonce aussi le seul passage par le Conseil et le Parlement européen (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/questions-and-answers/>).

faites entendre, portées notamment par les États. Les accords concernés ne peuvent *a priori* être assimilés, en tous leurs éléments, à de simples accords commerciaux. Les implications seront telles, pour d'autres politiques que le commerce extérieur, que la requalification en Traité mixte mérite l'attention. Ce serait, là aussi, une question sur laquelle l'avis de la Cour de Justice de l'Union européenne mériterait d'être connu. Demander l'accord des États membres, selon leurs propres exigences constitutionnelles, avec l'implication des parlements nationaux et non pas des seuls gouvernements, cela alourdira considérablement le processus bien sûr, au risque même de le bloquer... mais n'est-ce pas aussi la condition *sine qua non* de sa légitimité ?

31 janvier 2015.