

# “Le problème, c’est moins les tribunaux arbitraux que les traités eux-mêmes”

■ Marianne Dony (ULB) décrypte les idées fausses et les craintes fondées les concernant.

Éclairage Jean-Claude Matgen

Ces derniers temps, autour de la négociation du Ceta et du TTIP (projet d’accord de libre-échange avec les USA), de nombreuses critiques ont été émises à l’égard du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE ou ISDS en anglais), mécanisme qui permet à un investisseur privé de soumettre un litige l’opposant à l’Etat hôte de l’investissement devant un tribunal arbitral international, habituellement composé de trois arbitres, un nommé par chaque partie et un troisième, neutre. Il est souvent reproché au RDIE de court-circuiter les juridictions nationales.

Dans un article très fouillé, déposé récemment sur le site de “Justice-en-ligne”, Marianne Dony, professeur de droit européen à l’ULB, fait la part des choses.

**1 Pas d’effet de substitution.** Selon elle, les tribunaux arbitraux ne se substituent pas aux juridictions nationales dans le contrôle de l’application du droit national. Ils sont simplement compétents pour vérifier si la législation nationale est conforme aux engagements pris par l’Etat dans les accords internationaux qu’il a conclus.

**2 Un danger “de gel réglementaire”.** Marianne Dony évoque aussi le risque, soulevé par d’aucuns, d’atteinte à la liberté des Etats hôtes à réglementer – de quoi créer un danger de “gel réglementaire”. Elle relève que, outre le fait que des réglementations nationales peuvent déjà être contestées devant des juridictions nationales ou devant la Cour de justice de l’Union, les juridictions arbitrales ne pourront jamais annuler un acte législatif ou administratif mais seulement accorder une compensation. Même en cas de condamnation, l’Etat n’est jamais obligé de renoncer à la mise en œuvre de sa réglementation, insiste-t-elle.

Mais le professeur Dony reconnaît que la perspective d’une condamnation financière (voir infographie) peut amener les autorités publiques à s’autocensurer et à ne plus prendre de décisions politiques susceptibles de faire du tort à l’activité de certaines entreprises.

**3 Des arbitres à la solde des milieux économiques?** Quant à la crainte selon laquelle, parce qu’ils sont privés, les arbitres seraient plus proches des milieux économiques et auraient donc tendance à faire pencher la balance du côté des intérêts privés, M<sup>me</sup> Dony admet que, lorsqu’il apprécie la plainte d’un investisseur, le juge national va la prendre en considération en tenant compte du système national dans sa globalité. Elle ajoute que les critiques “fantasmagoriques” que nourrit l’arbitrage international accentuent le risque de “gel réglementaire”, en faisant croire à un mécanisme tout entier acquis aux intérêts des investisseurs privés. Cela dit, indique-t-elle, la plupart des études démontrent que les circonstances des affaires jugées sont souvent bien plus complexes que la présentation caricaturale qui en est faite et dans la majorité des affaires, les Etats gagnent leur procès. Elle estime que le problème vient peut-être moins du mécanisme arbitral que des traités eux-mêmes dont “l’objectif principal est de protéger les investissements étrangers contre certains risques souverains”.

Mais, à ses yeux, les traités d’investissement de “nouvelle génération” proposent une définition des standards de protection intégrant les leçons du passé, même s’ils ne prennent encore pas suffisamment en compte l’intérêt général et qu’il subsiste une trop grande asymétrie entre les garanties, obligations et droits des investisseurs face à ceux des Etats.

Ceux-ci, ajoute-t-elle, sont toutefois libres de circonscrire la portée de leurs engagements. Ils peuvent limiter l’accès des investisseurs à certains secteurs qu’ils considèrent comme sensibles ou qu’ils veulent réserver à leurs nationaux. Ils peuvent aussi exclure certaines réglementations.

**4 Une procédure pas assez transparente.** Cela posé, l’arbitrage d’investissement doit, dit Marianne Dony, faire l’objet d’un certain nombre de critiques portant sur le manque de transparence; la tendance au secret de la procédure; le caractère fluctuant voire contradictoire de la jurisprudence; l’absence de tout mécanisme d’appel; le coût assez élevé des procédures.

**5 Deux questions fondamentales.** En conclusion, le mécanisme actuel de protection des investissements soulève deux questions fondamentales, écrit-elle. La première est la légitimité d’un système de juges purement privés comme enceinte pour connaître de litiges relatifs à des politiques publiques. La seconde concerne le nécessaire rééquilibrage des accords de protection des investissements et la définition d’une frontière plus précise entre le véritable traitement inéquitable d’un investisseur étranger, qui doit être proscrit, et la mesure étatique prise en application de politiques publiques légitimes. D’où le projet de la Commission européenne de créer un nouveau système juridictionnel constitué d’un tribunal des investissements et d’une cour d’appel.

“La plupart des études démontrent que les circonstances des affaires jugées sont souvent bien plus complexes que la présentation caricaturale qui en est faite et dans la majorité des affaires, les Etats gagnent leur procès.”

## Quand des entreprises attaquent des États

Les opposants belges au traité de libre-échange UE-Canada (CETA) s'opposent au mécanisme d'arbitrage qu'il instaurerait en cas de conflit entre un investisseur et un État

