

## Arbitrage : les raisons de cette « justice d'exception » et les moyens d'en sortir



*Dessin par Titom, sous licence Creative Commons by-nc-nd 2.0 BE*

Renaud Vivien

Juillet 2019

# Pour que la Terre tourne plus JUSTE !



FÉDÉRATION  
WALLONIE-BRUXELLES  
CULTURE.BE



FÉDÉRATION  
WALLONIE-BRUXELLES

« Vous pourrez régler mais parfois vous devrez payer ». C'est en ces termes que s'exprimait en 2017 un représentant canadien qui défendait le CETA dans les négociations avec l'Union européenne (UE) en faisant référence aux condamnations des Etats par les tribunaux d'arbitrage suite aux plaintes déposées par les sociétés transnationales<sup>1</sup>. Le CETA<sup>2</sup> est le nom de l'accord de commerce et d'investissement entre l'UE et le Canada dont l'entrée en vigueur a été partiellement bloquée par le Parlement wallon en 2017 grâce aux mobilisations citoyennes. L'une des cibles de cette contestation populaire était - et reste - le système d'arbitrage ISDS (*Investor to State Dispute Settlement*) rebaptisé ICS (*Investment Court System*) inscrit dans cet accord. Cette arme juridique placée dans les mains des sociétés transnationales leur permet d'attaquer les Etats en leur réclamant des milliards de dollars de dédommagement dès l'instant qu'une réglementation est susceptible d'entraîner une réduction de leurs profits. Le fait que la norme attaquée soit prise démocratiquement et qu'elle poursuive un intérêt public comme la protection de la santé, de l'emploi ou de l'environnement ne permet pas aux Etats d'éviter des condamnations... les droits humains ne faisant même pas partie du mandat des arbitres<sup>3</sup>. Même les jugements rendus par des tribunaux nationaux qui iraient à l'encontre des intérêts de ces investisseurs privés étrangers peuvent être attaqués devant des arbitres<sup>4</sup>.

L'ironie (ou plutôt le scandale) est que ce sont les Etats eux-mêmes qui, en concluant les accords de commerce et d'investissement, donnent aux transnationales ce droit de les attaquer sans que l'inverse soit possible. Ces accords ne fixent, en effet, aucune obligation pour les entreprises... seulement des droits de sorte qu'il n'est pas permis aux Etats et aux citoyens de saisir ces tribunaux d'arbitrage ! La bonne nouvelle est que si les pouvoirs publics ont pu octroyer à ces investisseurs pareil privilège, ils peuvent aussi revenir dessus en modifiant les règles de l'arbitrage ou en l'abolissant purement et simplement. Pour comprendre l'intérêt de s'en débarrasser, il est important d'analyser les arguments des « pro-arbitrage » en les confrontant à la réalité économique et politique. De cette analyse, nous dégagerons ensuite quelques moyens de sortir de l'arbitrage afin que les Etats puissent légiférer plus librement dans l'intérêt de leurs populations.

## Pourquoi les Etats acceptent-ils le système de l'arbitrage ?

Afin de répondre à cette question à 15 milliards de dollars (!)<sup>5</sup>, il nous faut, d'abord, jeter un coup d'œil dans le rétroviseur en remontant brièvement jusqu'aux racines coloniales de ce système, où le droit permettait aux colonisateurs d'asseoir leur domination.

---

<sup>1</sup><https://www.entraide.be/arbitrage-quand-les-entreprises-transnationales-bloquent-la-transition>

<sup>2</sup>Acronyme de *Comprehensive Economic and Trade Agreement*

<sup>3</sup>ECCHR, Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal, juillet 2012, 8.

<sup>4</sup>Une entreprise canadienne demande, par exemple, 5,7 milliards de dollars à la Roumanie car ses tribunaux nationaux ont invalidé une mine d'or au cyanure.

<sup>5</sup>Il s'agit du montant réclamé à l'Egypte devant un tribunal d'arbitrage par la multinationale IHPG active notamment dans le secteur agricole UNCTAD, Fact sheet on investor-State dispute settlement cases in 2018, p. 4.

<https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1202/fact-sheet-on-investor-state-dispute-settlement-cases-in-2018>

### *Retour sur les origines historiques de l'arbitrage et sur son évolution*

Les puissances coloniales utilisaient la force, les menaces mais aussi tout un arsenal législatif pour dominer les territoires colonisés regorgeant de matières premières, dont les entreprises de la métropole tiraient profit. Les pays colonisateurs imposaient ainsi leurs lois aux territoires colonisés pour protéger les investissements de leurs entreprises, arguant notamment que les lois locales n'étaient pas assez « civilisées »<sup>6</sup>.

**Au XIX<sup>ème</sup> siècle, les différends sur les investissements commerciaux qui opposaient certains Etats du Nord à ceux du Sud qui avaient conquis leur indépendance (en Amérique latine) se « réglaient » soit par le recours à la force armée soit par le recours à l'arbitrage (déjà), à la différence près que les investisseurs privés ne pouvaient pas à cette époque saisir directement un organe d'arbitrage. Ils devaient, en effet, demander d'abord la protection diplomatique de leur Etat qui, s'il acceptait, déposait une plainte contre l'autre Etat devant des arbitres. Par exemple, entre 1871 et 1876, plus de 2000 litiges entre les Etats-Unis (représentant les investisseurs étasuniens) et le Mexique ont été traités par des arbitres, dont l'écrasante majorité étaient des avocats et des décideurs politiques venant d'Europe ou d'Amérique du Nord. Sans surprise, les sentences rendues par ces arbitres l'étaient au bénéfice de ces investisseurs étasuniens<sup>7</sup>.**

En 1907, une nouvelle règle du droit international voit le jour. Cette règle, connue sous le nom de doctrine « Drago » interdit désormais le recours à la force militaire pour se faire rembourser des dettes (dont la plupart était liée à des réclamations portant sur des investissements privés étrangers<sup>8</sup>) ... sauf une exception : lorsque l'Etat endetté refuse de se soumettre à l'arbitrage ! **A la suite des grandes phases de décolonisation de la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, l'arbitrage fut également utilisé par les anciens pays colonisateurs pour protéger les intérêts des entreprises occidentales face à la volonté des nouveaux Etats indépendants de prendre le contrôle de leurs ressources naturelles. C'est à partir de ce moment que se met en place le mécanisme de l' « ISDS » autorisant désormais les investisseurs privés étrangers à attaquer directement les Etats sans passer par la case « protection diplomatique »<sup>9</sup>. En 1968, ce mécanisme ISDS se généralise avec la création du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).**

---

<sup>6</sup>Love Rönnelid, An evaluation of the proposed multilateral investment court system, 2018, p. 13. <https://www.guengl.eu/issues/documents/report-an-evaluation-of-the-proposed-multilateral-investment-court-system/>

<sup>7</sup>En riposte, plusieurs doctrines alternatives furent élaborées par des juristes d'Amérique latine, dont la doctrine « Calvo ». La doctrine « Calvo », qui a été consacrée dans plusieurs Constitutions nationales, pose deux règles fondamentales. La première est que les investisseurs étrangers doivent, en cas de litige, d'abord saisir les tribunaux nationaux de l'Etat hôte de leur investissement. La seconde règle est que les investisseurs étrangers bénéficient de la même protection que celle qui est accordée aux investisseurs nationaux, ni plus ni moins. Elle fut par la suite battue en brèche par le CIRDI.

<sup>8</sup>Par exemple, la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie s'allièrent pour bombarder en 1902-1903, une ville côtière du Venezuela afin de forcer le gouvernement de Caracas à payer des dommages causés à des investisseurs privés étrangers durant la guerre civile au Venezuela. Love Rönnelid, *op. cit.*, p. 11.

<sup>9</sup>C'est en 1959 que l'ISDS a été intégré pour la première fois dans un accord. Il s'agissait d'un accord entre l'Allemagne et le Pakistan. A. Zacharie, *ISDS : quand les intérêts des firmes priment sur les choix démocratiques des Etats*, 2015. <https://www.cncd.be/ISDS-quand-les-interets-des-firmes>

### La Banque mondiale au chevet des transnationales avec le CIRDI

Le CIRDI, dont font partie 163 Etats en 2019, constitue l'organe-clé de l'arbitrage au niveau mondial puisqu'il abrite la majorité de tribunaux d'arbitrage. Le CIRDI présente la particularité d'être une branche de la Banque mondiale. Ce qui pose la question du conflit d'intérêts puisque la Banque mondiale intervient à plusieurs niveaux en faveur des investisseurs privés dans les pays du Sud. D'abord, elle conditionne ses prêts ou ses allègements de dette à la privatisation de certains secteurs de l'économie du pays endetté (préparant ainsi le terrain pour les sociétés transnationales) ; ensuite elle devient directement actionnaire de certaines entreprises privées via sa branche SFI (Société financière internationale). Enfin, elle organise (via le CIRDI) le règlement des différends entre les transnationales et les Etats poursuivis. Il arrive parfois même que les tribunaux d'arbitrage qu'elle abrite soient saisis de plaintes déposées par des entreprises dans lesquelles la Banque mondiale était actionnaire<sup>10</sup> !

**A partir de la fin des années 1980, on assiste à une véritable montée en puissance de l'arbitrage avec la multiplication d'accords de commerce et d'investissement contenant des clauses ISDS et donc des plaintes contre les Etats.** En 2019, on recensait 3245 traités protégeant les investissements privés étrangers, dont 72 traités ratifiés par la Belgique. Selon les derniers chiffres disponibles, on compte, entre 1987 et 2018, pas moins de 942 plaintes introduites, sur base de ces accords, contre 117 Etats. Au fil des années, **le recours à l'arbitrage tend même à s'accélérer avec un nouveau record battu en 2018 avec 71 nouvelles plaintes contre 41 Etats du Sud comme du Nord**<sup>11</sup>. Ces plaintes touchent à tous les secteurs de la politique économique, environnementale et sociale des Etats, dont le secteur de l'agriculture où le nombre de plaintes a augmenté ces quinze dernières années<sup>12</sup>.

Soulignons que le recours à l'arbitrage n'a pas seulement des conséquences économiques et sociales pour les populations (liées aux milliards de dollars de dédommagements à payer par les Etats attaqués, donc les citoyens.ne.s). **Cette « camisole » de l'arbitrage que les Etats acceptent de porter a aussi pour effet de dissuader les décideurs/euses politiques à prendre des mesures ambitieuses pour limiter le réchauffement climatique et améliorer les conditions de vie des populations.** Les Etats s'exposent, en effet, à de lourdes condamnations financières si les arbitres considèrent qu'une mesure politique attaquée viole les droits des investisseurs inscrits dans les accords de commerce... Or, ces droits sont exorbitants. D'une part, **la notion d'« investissement » est très large et extensible.** Sont, par exemple, considérés comme des « investissements » par les arbitres: les actions détenues dans une entreprise, les prêts octroyés à un Etat, l'obtention d'un permis minier, d'une autorisation d'entreposer des déchets toxiques, l'achat de terres agricoles, l'acquisition de droits de la propriété intellectuelle, etc. D'autre part, **les tribunaux d'arbitrage ont produit, au fil des**

<sup>10</sup>Rapport de TNI, FoE, CEO, *Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales*, 2019 p. 62-63. [https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us\\_trade\\_deal/2019/foe-red-carpet-courts-fr-final-web.pdf](https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2019/foe-red-carpet-courts-fr-final-web.pdf)

<sup>11</sup>UNCTAD, *op. cit.*, p. 1.

<sup>12</sup>Au minimum une plainte dans ce secteur a été déposée chaque année depuis 2004, avec pas moins de 6 procédures lancées pour la seule année 2018. FOE, *op. cit.*, p. 43.

**ans, une jurisprudence qui enferme de plus en plus les Etats en élargissant, par exemple, le concept d'« expropriation» et en ayant fréquemment recours à la notion très vague de « traitement juste et équitable<sup>13</sup> » pour condamner les Etats.**

Qu'est-ce qu'une « expropriation » pour les arbitres ? Non seulement une nationalisation d'entreprise, une réforme agraire rendant les paysans propriétaires des terres qu'ils/elles cultivent mais aussi toute mesure ayant « un effet équivalent à une expropriation ». Les arbitres utilisent dans ce cas le terme d'« expropriation indirecte<sup>14</sup> ». **En pratique, n'importe quelle mesure publique (augmentation du salaire minimum, interdiction des pesticides toxiques, production de médicaments génériques, non-renouvellement d'un contrat de concession, annulation d'un permis minier alors même qu'aucun frais d'exploitation de la part de l'investisseur n'était déboursé, mise en place d'une taxe sur les transactions financières, adoption d'une réforme législative dans le secteur des énergies renouvelables, etc) peut être considérée comme une « expropriation indirecte » ou comme une violation de la clause de « traitement juste et équitable ».** Notons qu'en 2018, des plaintes ont également été déposées par des sociétés contre les Etats pour leur incapacité à prévenir les grèves et manifestations de communautés locales ou le « harcèlement judiciaire » dont se seraient coupables les autorités publiques en lançant des poursuites pénales (pour fraude, corruption, financement du terrorisme) considérées par ces entreprises comme « inappropriées »<sup>15</sup>...

**Enfin, les montants réclamés et souvent obtenus devant les tribunaux d'arbitrage sont très souvent disproportionnés.** Par exemple, le Pakistan a été condamné en juillet 2019 à payer 5,8 milliards de dollars à deux entreprises minières alors que les investissements réalisés par ces entreprises s'élèveraient, de leurs propres aveux, à seulement 220 millions de dollars, c'est 26 fois moins que le montant de la condamnation<sup>16</sup>! Ces montants sont tellement énormes que la seule menace de recourir à l'arbitrage suffit souvent à faire plier les Etats qui renoncent alors à prendre des mesures politiques allant contre les intérêts des transnationales. La France a ainsi fait demi-tour sur la loi « Hulot » sur les hydrocarbures en partie à cause d'une menace d'une entreprise canadienne de saisir un tribunal d'arbitrage<sup>17</sup>. Dans une autre

---

<sup>13</sup>Cette clause « fourre-tout » est celle qui est invoquée le plus souvent et avec le plus de succès par des investisseurs pour attaquer des mesures d'intérêt général. L'entreprise *Philip Morris*, par exemple, a affirmé que l'Uruguay avait violé cette clause quand il adopta sa politique de lutte contre le tabagisme. Philip Morris arguait que d'autres mesures pour réduire le tabagisme, sans effets négatifs pour l'entreprise, étaient envisageables. <https://www.entraide.be/arbitrage-quand-les-entreprises-transnationales-bloquent-la-transition>

<sup>14</sup>Les premiers accords d'investissement ne protégeaient les investisseurs privés que dans des cas d'expropriations directes, comme des nationalisations d'entreprises. Hélène Capocci (Entraide et Fraternité), *Le printemps du libre-échange*, 2018, p. 3. <https://www.entraide.be/Le-printemps-du-libre-echange>

<sup>15</sup>UNCTAD, *op. cit.*, p. 4.

<sup>16</sup>5,8 milliards c'est environ le montant du prêt (6 milliards de dollars) qui vient d'être octroyé par la FMI au Pakistan. Donc non seulement le peuple pakistanais subira les politiques néo-libérales dictées par le FMI, la dette du pays augmente et en plus, l'argent emprunté par le Pakistan au FMI servira à payer ces transnationales. <https://www.reuters.com/article/us-pakistan-mine/pakistan-welcomes-ventures-willingness-for-negotiated-settlement-after-reko-diq-mine-ruling-idUSKCN1U908U>

<sup>17</sup>Rapport de TNI, FoE, CEO, *op.cit.*, pp. 35-38.

affaire, ce fut au tour des autorités publiques du Canada de céder sous la menace de l'arbitrage<sup>18</sup>.

### *Analyse des arguments des défenseurs.e.s de l'arbitrage*

Pour les partisan.e.s de l'arbitrage dont font partie tous les gouvernements qui concluent des accords commerciaux avec ces clauses ISDS, le principal argument est de nature économique. Leur postulat de départ est que l'objectif des pouvoirs publics des pays du Nord comme du Sud est d'obtenir tous les ans de la croissance économique, qui serait synonyme de développement pour le Sud. Pour atteindre cette croissance économique, l'Etat devrait attirer des investisseurs étrangers qui vont apporter leurs capitaux. C'est ici qu'intervient le système d'arbitrage puisque celui-ci va, selon cette logique, permettre d'accroître ces investissements directs étrangers (IDE) en sécurisant au maximum les profits attendus de ces investisseurs via l'accès à cette justice d'exception. Dans la jargon utilisé dans les années 1990 par la Banque mondiale et qui est devenu depuis la pensée dominante, on parle d'« amélioration du climat des affaires » utilisé souvent comme synonyme de « bonne gouvernance ». Or, **aucune étude n'a, à ce jour, permis de démontrer ce lien entre ces clauses d'arbitrage et les IDE. Au contraire, on observe même que l'Afrique du Sud, l'Inde, le Brésil, qui comptent parmi les principaux pays destinataires d'IDE, n'acceptent pas les clauses d'arbitrage dans leurs accords et refusent d'adhérer au CIRDI.** Notons également que les IDE allant des Pays-Bas vers l'Indonésie ont augmenté en 2015 alors même que l'Indonésie avait mis fin en 2014 à ses accords de protection des investissements conclus avec les Pays-Bas<sup>19</sup>.

Le deuxième argument, d'ordre économique également, est de dire que cette protection maximale des investissements étrangers profite aux PME qui pourront alors étendre leurs activités à l'étranger. Là encore, l'argument ne tient pas puisque 94,5 % de la somme des condamnations connues ont été accordés à des entreprises dont le revenu annuel s'élève à au moins 1 milliard de dollars ou à des individus dont la fortune nette est de plus de 100 millions de dollars<sup>20</sup>.

Le troisième argument est de nature politique. Il repose sur l'idée que le recours à l'arbitrage dépolitiserait les conflits. Dans la pensée de l'économiste Wilhelm Röpké, l'un des théoriciens de l'arbitrage les plus influents<sup>21</sup>, le but est de réduire ce qu'il appelle l'« excès de souveraineté » des Etats en réduisant leur marge de manœuvre. En 2019, cette formule paraît largement édulcorée vu les conséquences politiques désastreuses du mécanisme de l'arbitrage sur la souveraineté des peuples. **En plus d'être une arme de dissuasion politique, l'arbitrage permet aux investisseurs privés (qui sont les seuls à pouvoir introduire des plaintes devant les tribunaux d'arbitrage) et les arbitres de se substituer aux représentant.e.s politiques en décidant quelle mesure politique est acceptable ou pas.**

<sup>18</sup>Gus Van Harten, *Sold Down the Yangtze* (IIAP 2015), pp. 107–10.

<sup>19</sup>Rapport de TNI, FoE, CEO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>20</sup>CEO, « L'ISDS mort-vivant », 2016, p. 14. <https://corporateurope.org/fr/international-trade/2016/09/lisds-mort-vivant>

<sup>21</sup>Il conseilla notamment le gouvernement allemand pour l'élaboration du tout premier accord de protection des investissements.

Un autre contre-argument qui souligne le caractère éminemment politique du système d'arbitrage est le fait que l'introduction des clauses ISDS fait parfois partie des exigences des bailleurs de fonds internationaux. A titre d'exemple, l'UE a accordé en 2014 un prêt de 300 millions d'euros à la Tunisie à condition qu'elle accepte le lancement des négociations sur l'ALECA (Accord de Libre-Echange Complet et Approfondi)... avec une clause ISDS<sup>22</sup>. **Compte tenu du rapport de force déséquilibré, l'acceptation d'une clause d'ISDS par certains gouvernements du Sud dans les accords qu'ils concluent avec d'autres pays ou organisations économiquement plus puissants n'équivaut donc pas toujours à un réel consentement à l'arbitrage.** Rappelons que l'arbitrage fait davantage de victimes dans les pays du Sud pourvoyeur de matières premières dont les ressources minières, un secteur faisant l'objet de nombreuses plaintes des transnationales. L'arbitrage apparaît à ce titre comme un vestige de la colonisation utilisé aujourd'hui comme une arme de domination néo-coloniale pour continuer à s'accaparer les ressources naturelles. Une autre preuve de ce néo-colonialisme, s'il en fallait une, est la prise de parole d'un avocat d'affaires belge au nom du Bénin lors des travaux de l'ONU sur la réforme de l'arbitrage à Vienne en 2018<sup>23</sup>.

#### Quand l'arbitrage prolonge la colonisation : le cas du Zimbabwe<sup>24</sup>

Dans le cadre de la colonisation britannique dans les années 1890, les colons blancs font main basse sur les étendues les plus fertiles, repoussant les autochtones vers les collines et des terres plus éloignées, plus difficiles d'accès, moins productives. Suite à l'indépendance du Zimbabwe en 1980, nombre de familles dépossédées décident de revenir sur les terres de leurs ancêtres. Mais, à l'époque, leurs territoires sont sous le contrôle de la société *Border Timbers Limited* (BTL), qui a succédé à la *British South Africa Company*, grand artisan de la colonisation. Dans les années 2000, sont mises en place des réformes agraires devenues indispensables dans un pays où un petit groupe de fermiers blancs possède la quasi-totalité des terres. Les rapatriés proposent d'ouvrir des pourparlers en vue de mettre en place un système de « gestion commune des forêts ». Mais un grand propriétaire foncier, actionnaire majoritaire de BTL, rejette en bloc le plan par un « nous ne céderons pas d'un pouce » catégorique. Ce propriétaire « détient » au moins 78 000 hectares à l'époque – à peu près la superficie de la ville de New York. BTL et cet actionnaire majoritaire lancent alors une vague de procédures juridiques et parviennent à expulser par la force de nombreuses familles. Une éviction particulièrement brutale a lieu en janvier 2013 lorsque les agents de sécurité de BTL mettent le feu à plus d'une centaine de maisons de la communauté de Maguta-Gadyadza. Trois enfants condamnés à vivre sous la pluie et dans le froid y perdent la vie. En 2010, BTL et son actionnaire majoritaire attaquent le Zimbabwe devant un tribunal d'arbitrage, contestant les mesures prises par le gouvernement lors du programme de réformes agraires des années 2000. Le Zimbabwe perd en 2015. Les trois arbitres ordonnent au pays de rendre les terres et d'expulser par la force les communautés. Le Zimbabwe est en

<sup>22</sup><https://www.entraide.be/appel-contre-l-aleca-entre-l-europe-et-la-tunisie> <https://www.farmlandgrab.org/post/print/28938>

<sup>23</sup><https://plus.lesoir.be/191822/article/2018-11-23/le-ceta-mis-au-debat-la-reforme-de-larbitrage-entre-investisseurs-et-etats-est>

<sup>24</sup>Rapport de TNI, FoE, CEO, *op. cit.*, p. 40-42.

autre condamné à verser 65 millions de dollars américains plus les intérêts à titre d'indemnisation (ou 196 millions de dollars américains en l'absence de restitution).

Vu l'absence d'utilité pour les PME et de lien avéré entre l'arbitrage et la réalisation d'investissements privés, **le système d'arbitrage, quand il n'est pas imposé aux Etats dans le but de garantir l'accès des transnationales aux ressources naturelles, est accepté par les dirigeant.e.s politiques soit pour des raisons idéologiques « pro-business », soit par la collusion entre les intérêts privés et l'intérêt public... soient les deux ensemble.** Le fait que l'État belge soit représenté, lors des négociations sur la réforme de l'arbitrage à l'ONU par un arbitre est de ce point de vue assez révélateur<sup>25</sup>.

Ajoutons que les dirigeant.s politiques aussi bien au Nord qu'au Sud<sup>26</sup> ne subissent pas les conséquences de ces sentences arbitrales. En revanche, l'écrasante majorité des populations en font les frais, du fait notamment des politiques d'austérité ou d'ajustement structurel mises en place au nom de la réduction de la dette publique et du déficit budgétaire (creusés par l'exécution de ces sentences arbitrales).

## Comment les Etats peuvent-ils sortir du système d'arbitrage ?

**Les dirigeant.e.s politiques, qui ne partagent pas cette vision « pro-business » et qui ne sont pas corrompus par le secteur privé, ont tout intérêt à refuser les accords contenant des clauses ICS, à commencer par le CETA.** Présenté par la Commission européenne comme une « révolution » en 2015 pour tenter d'éteindre les nombreuses critiques contre l'ISDS, l'ICS qui a été intégré dans la nouvelle version du CETA n'en reste pas moins une justice d'exception dans laquelle seules les entreprises peuvent porter plainte et où les tribunaux nationaux n'ont pas leur mot à dire. En effet, les investisseurs privés gardent la possibilité de saisir directement la cour d'arbitrage sans avoir à épuiser au préalable les voies de recours au niveau des juridictions nationales, contrairement à n'importe quel citoyen.ne qui doit d'abord saisir les tribunaux du pays avant d'aller devant un tribunal supra-national comme la Cour européenne des droits de l'Homme. Les modestes avancées de l'ICS (telles que la nomination d'arbitres permanents recevant une « prime de disponibilité<sup>27</sup> », la création d'un degré d'appel et l'adoption d'un code de bonne conduite par les arbitres) ne sont assurément pas de nature à compenser les défauts de cette justice.

<sup>25</sup> <https://fica-disputeresolution.com/meet-our-leaders>

<sup>26</sup> Bien que les pays du Sud soient globalement les plus condamnés, ceux du Nord sont également poursuivis devant les tribunaux d'arbitrage. L'Espagne est le pays dans le monde le plus poursuivi (49 plaintes) derrière l'Argentine (60 plaintes). UNCTAD, *op. cit.*, p. 2.

<sup>27</sup> Dans l'ancienne version de l'arbitrage « ISDS » les arbitres sont payés au dossier, contrairement aux juges ordinaires. Vu que seuls les investisseurs privés peuvent recourir à l'ISDS, les arbitres sont encouragés à étendre leur compétence en élargissant la notion d'« investissement » et à trancher en faveur des transnationales car cela favorise de nouveaux arbitrages et donc plus d'honoraires. L'arbitrage international constitue, en effet, une véritable industrie lucrative dans laquelle les avocats facturent jusqu'à 1000 dollars de l'heure et où les arbitres gagnent 3000 dollars par jour ! <https://www.entraide.be/arbitrage-quand-les-entreprises-transnationales-bloquent-la-transition>



**Quant au droit des pouvoirs publics de réglementer que l'ICS reconnaîtrait désormais, il doit être fortement relativiser dans la mesure où ce droit n'empêchera pas les arbitres de condamner les Etats à verser des dédommagements aux transnationales.** Comme l'explique une juriste spécialisée des traités d'investissements et membre d'une commission chargée par le Président français Macron de faire un rapport sur le CETA<sup>28</sup>, « *Quand un investisseur porte plainte contre une mesure adoptée par un Etat, il ne remet pas en cause le fait que la mesure poursuive un objectif d'intérêt général mais il va montrer que telle qu'elle a été adoptée et s'applique à lui, la mesure est disproportionnée, arbitraire, elle manque de transparence. Il n'est donc pas suffisant de dire que le tribunal (l'ICS) ne peut pas remettre en cause le droit des Etats à réglementer (...) Le tribunal va vérifier que l'Etat n'a pas exercé son droit à réglementer de façon déraisonnable... déraisonnable, qu'est-ce que ça veut dire ? Les droits procéduraux offerts aux investisseurs restent très larges et on ne peut affirmer que le traité interdit toute action d'un investisseur contre par exemple une mesure française qui aurait été prise pour satisfaire ses exigences sur l'accord de Paris<sup>29</sup> ».* Soulignons que l'avis rendu en avril 2019 par la Cour de Justice de l'UE, brandi comme une victoire par les partisan.ne.s de l'arbitrage dont fait partie le Ministre belge des affaires étrangères Didier Reynders, ne portait que sur la conformité de l'ICS avec les traités de l'UE. Or, ce système d'arbitrage pose de sérieux problèmes de légalité au regard de tout un autre pan du droit international<sup>30</sup>.

**Nous pouvons encore faire chuter le CETA à condition d'intensifier la mobilisation citoyenne dans les prochains mois**, notamment lors de la semaine d'action internationale contre l'impunité des transnationales qui a lieu du 11 au 19 octobre 2019, à laquelle *Entraide et Fraternité* prendra une part active<sup>31</sup>. En Belgique, le CETA doit encore être soumis au vote de quatre parlements (Régions bruxelloise et wallonne, Fédération Wallonie-Bruxelles et Communauté germanophone). Autant d'occasions à saisir pour forcer les dirigeant.e.s à voter contre. **Bloquer seulement le CETA ne suffira bien évidemment pas. Mais une telle victoire serait porteuse d'espoir pour obtenir des changements radicaux des politiques commerciales.**

Pour *Entraide et Fraternité*, tout nouveau traité commercial doit, au minimum, être conditionné non seulement à l'absence de clause d'arbitrage mais aussi à l'introduction d'un chapitre contraignant sur le respect des normes sociales, environnementales et sanitaires doté d'un mécanisme de plainte et de sanction ; à sa compatibilité avec les objectifs climatiques de Paris ; au refus des listes négatives ; au respect des droits humains ayant primauté sur toutes autres règles ainsi qu'à une exception agricole<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> <https://www.gouvernement.fr/partage/9467-remise-du-rapport-de-la-commission-d-evaluation-de-l-impact-du-ceta>

<sup>29</sup> <https://www.franceculture.fr/economie/ceta-les-deputes-savent-ils-ce-qu'ils-vont-voter>

<sup>30</sup> <https://www.entraide.be/ceta-le-systeme-d-arbitrage-bloque-toujours-la-transition-sociale-et-ecologique>

<sup>31</sup> *Entraide et Fraternité* sera représenté à Genève parmi les organisations de la société civile pour réclamer l'accélération des négociations sur le Traité contraignant de l'ONU concernant les obligations des transnationales en matière de droits humains. En Belgique, *Entraide et Fraternité* participera également à des mobilisations en lien avec ce traité de l'ONU et la réforme de l'arbitrage qui sera débattue à Vienne pendant la même semaine.

<sup>32</sup> Ces éléments sont repris dans la Note « coquelicot » de juillet 2019 présentée par le PS et ECOLO suite à la consultation de la société civile (dont *Entraide et Fraternité*) en vue de la conclusion d'un accord gouvernemental en Région Wallonne et en Fédération Wallonie-Bruxelles.

**Concernant les accords de commerce et d'investissement existants qui lient déjà les Etats dont la Belgique, il est à la fois légitime et possiblement juridiquement d'en sortir.** On parle en droit international, du droit de dénonciation. Ce droit a déjà été utilisé par de nombreux Etats<sup>33</sup>. Les pouvoirs publics devraient davantage l'utiliser afin de sortir des traités incompatibles avec la transition sociale et écologique. Parmi les accords bloquant la transition énergétique, on trouve notamment le Traité de la Charte de l'énergie<sup>34</sup> qui est l'accord le plus utilisé par les investisseurs privés pour attaquer les Etats devant les tribunaux d'arbitrage<sup>35</sup>.

**Une autre option possible (et complémentaire) est la sortie du CIRDI.** Comme le déclare Evo Morales, président de la Bolivie (pays qui a quitté le CIRDI) : « *Certaines firmes multinationales s'emparent de nos ressources naturelles, s'approprient les services fondamentaux via leur privatisation, ne paient pas d'impôts et ensuite lorsqu'elles n'ont pas d'arguments pour leur défense, elles saisissent l'organe appelé CIRDI. Devant ce tribunal de la Banque mondiale, les pays perdent toujours face aux multinationales. Pourquoi donc avons-nous besoin d'un CIRDI où seules les compagnies multinationales peuvent gagner*<sup>36</sup>? » Comme nous l'avons vu, le niveau d'IDE n'est lié ni à la présence de clause d'arbitrage dans les accords commerciaux, ni à l'appartenance d'un Etat au CIRDI.

**Mais au-delà de la seule question de l'arbitrage, ne serait-il pas temps de remettre en cause la logique même du libre-échange?** en nous posant notamment la question de la compatibilité des règles du commerce international avec l'écologie et la souveraineté alimentaire.

---

<sup>33</sup> En 2012, l'Equateur a par exemple dénoncé plusieurs accords d'investissements avec la Chine, le Chili, le Venezuela, les Pays-Bas, la Suisse, le Canada, l'Argentine, les Etats-Unis, l'Espagne, le Pérou, la Bolivie et l'Italie.

<sup>34</sup> [https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/resume\\_traite\\_pour\\_les\\_gouverner\\_tous.pdf](https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/resume_traite_pour_les_gouverner_tous.pdf)

Notons que l'Italie a notifié son retrait de ce traité en décembre 2014. Cette décision a pris effet en janvier 2016.

<sup>35</sup> UNCTAD, *op. cit.*, p. 3.

<sup>36</sup> [http://www.cadm.org/spip.php?page=imprimer&id\\_article=2982](http://www.cadm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=2982)