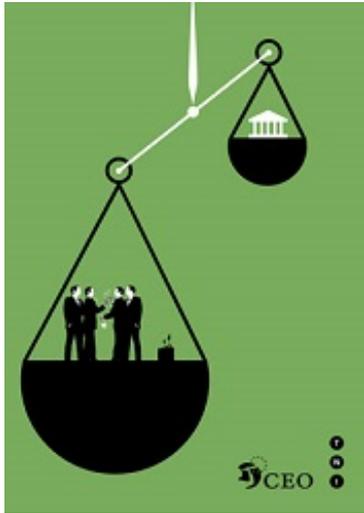


L'arbitrage international, une pratique scandaleuse méconnue

30 mars 2014



Virginie de Romanet

Les organisations Transnational Institute (TNI) et Corporate Europe Observatory (CEO) ont publié conjointement un rapport sur l'arbitrage amplement documenté qui fera date [1]. En effet, il s'agit d'un enjeu international de taille pour les États qu'ils soient du Sud ou du Nord qui demeure largement méconnu.

De quoi s'agit-il exactement, le terme même d'arbitrage n'étant guère évocateur en dehors du domaine sportif ?

Il s'agit d'un cadre juridique spécifique qui permet aux entreprises multinationales d'attaquer via des traités sur l'investissement un pays qui aurait pris ou qui souhaiterait prendre des mesures sociales ou environnementales pour protéger sa population.

Les multinationales peuvent, elles, estimer que cela va porter préjudice à leurs bénéfices et réclamer devant des tribunaux d'arbitrage des indemnisations considérables.

Cet article se propose de lever le voile sur les ravages causés par l'industrie juridique de l'arbitrage.

En effet, si il est compréhensible d'avoir des instances chargées de régler des litiges, la critique de l'arbitrage doit se porter sur le système d'arbitrage en tant que tel. Le fondement de la critique tient déjà au fait que seules les entreprises multinationales peuvent traîner les États en justice devant ces tribunaux, la réciproque n'étant pas vraie, les États dont les multinationales qui opèrent sur leur territoire violent les droits humains ou contaminent l'environnement n'ont pas cette possibilité.

Une explosion du nombre de cas

En 1966, était créé le Centre international de règlement des différends liés à l'investissement (CIRDI), instance d'arbitrage partie prenante du groupe Banque Mondiale. Trente ans après sa création il n'y avait eu que 38 cas répertoriés.

La multiplication des Traités sur l'investissement - il en existe actuellement environ 3.000 au niveau mondial - la majorité d'entre eux bilatéraux, les autres étant multilatéraux comme dans le cas du Traité NAFTA entré en vigueur en 1995 entre le Canada, les États-Unis et le Mexique ou encore portent sur un sujet particulier comme le cas du Traité sur la Charte de l'énergie a été la base qui a permis le développement de l'arbitrage.

À côté du développement de la trame avec la multiplication du nombre de traités, le rôle offensif des cabinets d'avocats spécialisés dans l'arbitrage international est l'autre versant expliquant l'explosion des attaques dont sont victimes les États du Sud et du Nord qui portent préjudice à leur population.

Ainsi, si il n'y avait eu que 38 cas d'arbitrage répertoriés en 1996, en 2011 sur une période de 15 ans, leur nombre avait été multiplié par plus de 10 pour se monter à 450 avec parallèlement une explosion des montants en jeu.

Au cours des années 2009-2010, 151 cas ont été répertoriés dans lesquels les multinationales réclamaient une indemnisation se montant à au moins 100 millions de dollars [2].

Une très lucrative industrie

L'aiguillon de ce qu'on peut réellement qualifier d'industrie de l'arbitrage ce sont les bénéfices astronomiques des firmes d'avocats spécialisés qui facturent jusqu'à 1000 dollars ... de l'heure par avocat et bien souvent c'est toute une équipe qui est engagée sur une affaire. Cela a pour conséquence que les coûts juridiques d'un dossier se montent en moyenne à 8 millions et dépassent dans certains cas les 30 millions [3].

Le rapport donne l'exemple des Philippines qui ont dû pour se défendre à deux reprises contre les attaques de l'opérateur aéroportuaire allemand Fraiport déboursier la somme de 58 millions de dollars, ce qui équivalait au salaire annuel de 12 500 profs ou à la vaccination de 3,8 millions d'enfants.

Les pays qui ne peuvent se le permettre ou qui refusent de mettre autant d'argent se trouvent généralement confrontés au fait que les arguments de défense de leurs avocats ne disposent que de références législatives incomplètes et dispersées, ce qui augmente le fait qu'ils soient plus souvent condamnés.

Le rapport cite le cas de la République Tchèque qui n'a réussi à se défendre avec succès dans deux cas qu'une fois qu'elle a remplacé les avocats tchèques par des cabinets spécialisés.

Bien évidemment avec une telle rentabilité c'est le serpent qui se mord la queue, les firmes d'avocats recherchent avidement des cas à exploiter d'où découle une multiplication des cas.

Ainsi, par exemple, quand le géant suédois de l'électricité Vattenfall a annoncé son intention de poursuivre l'Allemagne, un cabinet d'avocats britannique a évalué comment les multinationales opérant dans le secteur de l'énergie en Grande Bretagne pourraient introduire une plainte dans le cas où la Grande-Bretagne adopterait une décision similaire à celle de l'Allemagne. Ces pratiques extrêmement agressives ont fait que ces cabinets d'avocats ont pu être qualifiés de "chasseurs d'ambulances", terme qui a été forgé aux Etats-Unis à la fin du XIXe siècle pour faire référence aux avocats qui cherchaient à tirer profit des lésions ou accidents affectant une personne en suivant les ambulances vers les urgences et en incitant ces personnes à faire des procès contre le corps médical.

L'argument marketing massue de ces cabinets spécialisés est qu'ils connaissent les arbitres, ce à quoi chacun est sensible - et donc qu'ils savent présenter au mieux le cas pour faire valoir les arguments de leurs clients.

Tout comme les avocats, les arbitres sont grassement rémunérés - entre 375 et 700 dollars de l'heure selon l'instance d'arbitrage [4]. Pour un litige de 100 millions de dollars, un arbitre peut gagner en moyenne 350.000 dollars. Leur neutralité prétendue est en contradiction flagrante avec le fait que leurs principales sources de revenus et d'opportunités découlent des pratiques arbitraires et abusives des multinationales.

Il faut de plus souligner l'extrême concentration du monde de l'arbitrage où selon l'ancien secrétaire général de la Chambre de Commerce International Guy Sebban "tout le monde connaît tout le monde [5]" et ce sont 15 arbitres qui ont accaparé la prise de décisions dans 55% du total des cas connus jusqu'à la date de rédaction du rapport (soit 450 cas) [6].

Par ailleurs, étant donné les multiples casquettes des participants au système d'arbitrage, certains agissent

également en tant que conseillers de gouvernements pour les inciter à signer des traités d'investissements rédigés en des termes peu précis pour ainsi multiplier les possibilités des multinationales d'introduire des plaintes. Et ce alors même qu'ils seraient censés protéger les intérêts des gouvernements.

Les avocats du secteur ont également une facilité d'accès aux législateurs et aux fonctionnaires publics en charge de négocier les traités d'investissement.

Par ailleurs, certains de ceux qui ont négocié sont ensuite devenus des noms connus du marché de l'arbitrage.

Ce contexte extrêmement malsain a ainsi été ironiquement décrit par le professeur Gus van Harten de la faculté de droit d'Osgoode Hall à Toronto dans une interview :

"Les avocats d'arbitrage ne se contentent pas de chasser les ambulances. Ils créent également les accidents car ceux qui sont aussi arbitres interprètent les traités dans un sens très large. La chasse aux ambulances a lieu après que leur ami ait mis une peau de banane sur la route [7]".

Du renfort de la menace

Parfois la menace d'une plainte suffit pour qu'un gouvernement retire les mesures qu'il comptait mettre en place et cela ne concerne pas que les petits pays.

Ainsi l'Afrique du Sud qui avait adopté une loi pour la promotion économique de la population noire qui exigeait des multinationales opérant dans le pays comme les compagnies minières qu'elles transfèrent une partie de leurs actions entre les mains d'investisseurs noirs a été attaquée par un groupe d'investisseurs italiens. Le litige a pris fin après l'octroi à ces multinationales de nouvelles licences requérant un transfert d'actifs moindre.

De même, en 2009 et 2012 la multinationale suédoise de l'énergie Vattenfall a introduit deux plaintes contre l'Allemagne. La première réclamait à l'Allemagne 1,4 milliard d'euros pour les restrictions environnementales imposées à une de ses centrales de charbon. L'Allemagne a alors cédé et accepté de diminuer sa législation de protection de l'environnement. La seconde plainte réclamait une indemnisation de 3,7 milliards d'euros suite à la décision de l'Allemagne après la catastrophe de Fukushima de commencer à abandonner l'énergie nucléaire.

Suite aux programmes de réforme économique de blocages des tarifs de l'eau, de l'énergie, des télécommunications, mis en place consécutivement à la crise de 2001 pour protéger la population qui s'était massivement mobilisée, l'Argentine a été assaillie de plus de 40 plaintes.

Les Nations Unies ont d'ailleurs reconnu que les traités internationaux d'investissement, soubassement des plaintes - peuvent limiter gravement la capacité des Etats à lutter contre les crises financières et économiques [8].

A l'autre bout du continent américain, un ex-fonctionnaire du gouvernement canadien témoigne de lettres envoyées par les cabinets de New York et Washington pratiquement à chaque fois que le gouvernement canadien voulait adopter une mesure législative de protection de l'environnement. Ca a été le cas pour pratiquement toutes les nouvelles initiatives et la majorité d'entre elles n'a jamais vu le jour.

Avec la signature du traité de libre-échange nord-américain (NAFTA) entre le Canada, les Etats-Unis et le Mexique entré en vigueur le 1er janvier 1994, ces avocats ont incité les multinationales à attaquer les trois pays. Celui-ci a d'emblée été perçu comme une nouvelle source de juteux bénéfices ; un des 15 principaux avocats au niveau mondial dans un article de 1995 se montrait enthousiasmé "par ce nouveau territoire pour l'arbitrage international". En 2001, le journaliste et écrivain William Greider décrivait le chapitre sur l'investissement du NAFTA comme étant le fruit d'une stratégie à long terme pour obliger les gouvernements à déboursier une indemnisation chaque fois qu'ils mettent en place une mesure de régulation. Autant dire que ça leur lie les mains !

La menace est également un outil pour éviter une réforme de la pratique de l'arbitrage au motif que l'absence de possibilité de recours à l'arbitrage entraînerait la fuite des investisseurs.

Les associations du secteur et les cabinets d'avocats d'investissements ont mené des campagnes féroces pour neutraliser tout processus de réforme en raison du caractère extrêmement lucratif du secteur.

En quête du traité d'investissement le plus favorable

En raison du caractère international de leur capital, les multinationales peuvent s'adresser à plusieurs instances pour attaquer un même pays pour les mêmes faits.

Cette "guerre de plusieurs fronts" a été comparée à un jeu d'échecs en 3 dimensions. Ainsi le multimillionnaire de l'industrie cosmétique Ronald Lauder a attaqué la République tchèque sur base du Traité bilatéral sur l'investissement (TBI) entre les Etats-Unis et la République Tchèque. Il n'a pas gagné. Il a donc attaqué une seconde fois sur base du TBI entre les Pays Bas et la République tchèque (cela a été rendu possible par le fait que l'investissement avait été structuré à travers un véhicule d'investissement néerlandais). Avec la seconde attaque, la République tchèque a été condamnée à payer 270 millions de dollars, l'équivalent du budget de la santé du pays.

Les Pays-Bas sont un des pays qui offrent les traités les plus favorables aux multinationales.

Des opportunités de profit pour des tiers

A côté des bénéfices de l'industrie de l'arbitrage, ce secteur apparaît tellement porteur et lucratif avec des indemnités se chiffrant en centaines de millions ou en milliards de dollars qu'on assiste à un développement massif du financement commercial des plaintes de la part de tiers.

La motivation des financeurs est bien sûr d'obtenir une part substantielle des montants obtenus par les multinationales. Des banques, compagnies d'assurances et hedge funds ont également été appâtés par la perspective de bénéfices considérables. Les bénéfices de deux de ces entreprises de financement ont été multipliés par 9 et 5 en 2011 par rapport à 2010 [9]. Certaines portent des offres en bourse qui leur ont permis de recueillir plus de 100 millions de dollars.

Le tableau ne s'arrête cependant pas là puisque certains fonds étudient la création d'un nouveau marché de produits dérivés [10]. Bien sûr là encore ces possibilités de financement externe donnent lieu à une croissance du nombre de cas en particulier de cas encore plus abusifs comme en témoigne le propos du co-fondateur du fonds Calnius Capital, Mick Smith : " il est faux de penser qu'une plainte doit être suffisamment solide pour avoir une chance de gagner, tout a un prix [11]" !

Tout ce système est emblématique de multiples conflits d'intérêt et fait penser au voile levé en 2010 sur les agences de notation dans leur rôle de catalyseur en dernier ressort dans l'augmentation de la dette grecque puisque la dégradation d'ampleur de la note a mécaniquement entraîné une hausse considérable des taux de financement.

L'investissement du monde académique

L'arbitrage s'installe également sur le terrain de l'enseignement et de la recherche dans les facultés de droit et se traduit par une augmentation d'instituts spécialisés, de publications et de doctorants dans lesquels les représentants du secteur sont largement dominants. Les critiques n'étant tolérées que tant qu'elles restent dans une certaine limite et ne questionnent surtout pas le système en tant que tel. Par ailleurs, les intérêts économiques des professionnels du secteur ne sont que rarement mentionnés.

En finir avec ce système de pillage légal

Tel qu'il fonctionne, ce système coûte extrêmement cher aux Etats du Sud mais aussi du Nord. Il s'agit véritablement d'un instrument puissant de soumission, de pillage des ressources naturelles, d'atteintes aux droits des travailleurs et à la protection de l'environnement.

Dans tous les pays qui sont contraints de verser tout à fait abusivement des montants considérables à des multinationales, cela a des conséquences catastrophiques en terme de réduction à l'accès aux services sociaux. On peut citer par exemple le cas de la République Tchèque qui a dû verser transférer l'équivalent de son budget annuel de la santé - soit 270 millions d'euros - à une multinationale des cosmétiques.

On l'a vu dès le départ, ce cadre juridique qui ne permet qu'aux investisseurs de porter plainte contre les Etats alors que la réciproque n'existe pas est biaisé.

Cependant, il serait illusoire de penser qu'il suffirait que les Etats puissent également saisir les tribunaux d'arbitrage pour parvenir à un mécanisme de règlement des litiges qui soit juste.

Il est donc fondamental de faire connaître les ravages causés par un processus prétendument neutre qui organise dans le champ juridique la soumission des Etats aux intérêts privés des multinationales bien loin de la conscience des populations des pays qui en sont les victimes.

Face à la puissance de lobbying du secteur pour éviter des réformes, la diffusion de ses impacts est clé.

Heureusement, certains pays commencent à questionner l'arbitrage. Le processus est encore relativement nouveau et à cet égard c'est l'Amérique latine qui est en pointe du combat. En 2007, le président bolivien Evo Morales annonçait la sortie par la Bolivie du CIRDI - sans doute la plus importante instance d'arbitrage - , en 2009 c'était au tour de l'Equateur puis du Venezuela en 2012. Sous d'autres latitudes, l'Australie a annoncé à l'automne 2011 qu'elle n'intégrerait plus de mécanisme de règlement des différends lors de la signature de prochains accords de libre-échange. L'Afrique du Sud, elle, a signalé qu'elle ne renouvellerait plus les accords de libre-échange signés avec certains pays à l'expiration de ceux ci. Le mouvement est certes encore loin d'être massif mais ces initiatives pourraient donner l'exemple à d'autres pays.

Par ailleurs, l'Equateur qui s'était déjà montré en pointe en organisant un audit officiel de sa dette qui a donné lieu la reconnaissance d'une partie illégitime de la dette et à une économie de 7 milliards de dollars fait à nouveau figure de pionnier puisque le pays a mis en place une commission d'audit sur les traités d'investissement. Puisse la connaissance des conséquences catastrophiques de l'arbitrage et l'exemple de pays comme l'Equateur être une source d'inspiration.

Ce système en effet ne tient qu'à l'acceptation des pays. Si ils retirent leur consentement les plaintes deviennent sans objet.

Etant donné les enjeux économiques considérables pour les peuples du Sud comme du Nord, il est important que de plus en plus de pays quittent le CIRDI et imposent des moratoires sur les traités de libre-échange tels qu'ils sont constitués actuellement.

Enfin, il faut signaler la volonté au sein de l'Union des Nations Sud américaines (UNASUR) créée en 2008 de la constitution d'une nouvelle instance d'arbitrage pour l'Amérique du Sud en remplacement du CIRDI qui pourrait être l'embryon d'une nouvelle organisation juridique qui mettrait au premier plan le respect des droits humains et de l'environnement et qui contraindrait tout investissement au respect de ce cadre [12].

Virginie de Romanet

»» <http://cadtm.org/L-arbitrage-international-une>

[1] TNI/CEO Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones, http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia...; également disponible en anglais <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/profitingsfrominjustice.pdf>

[2] Ibid, p 7

[3] OECD (2012), Scoping paper for Investor-State Dispute Settlement Public Consultation 16 May - 23 July 2012, p18 in Ibid page 17

|4| Ibid page 35

|5| Goswarni Nina (2008) ICC left reeling as arbitration court chairman Tercier resigns ; The Lawyer, 31 mars in Ibid p.36

|6| Ibid p.38

|7| Ibid p.24

|8| UNCTAD (2011) Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements, Issues Note No 2, July in Ibid page 31

|9| TN/CEO, p 58

|10| Un produit dérivé est une opération à terme dérivant d'un actif dit " sous-jacent " (qui peut être une devise, une action, une matière première ou n'importe quel actif financier). Un exemple de produit dérivé est l'option d'achat (call) : une banque émet sur le marché une option d'achat sur, par exemple, le cours de l'action Monsanto (action " sous-jacente " de laquelle dérive l'option) au prix de 100 et à 10 mois ; moyennant le versement d'une prime, un investisseur va acheter cette option d'achat et ainsi détenir un droit d'achat sur l'action Monsanto au prix de 100 et sur un terme de 10 mois. A cette échéance, soit l'action vaut plus que 100 et l'investisseur peut acheter une action moins cher qu'elle ne vaut. Dans le cas inverse d'une action valant moins de 100 au terme des 10 mois, l'investisseur abandonne son option et le banquier empoche la prime. Si ces produits ont à l'origine été créés pour répondre aux fluctuations (sorte d'assurance offerte par un opérateur d'accord de courir le risque), ils en causent en définitive davantage en provoquant des vagues spéculatives (l'émetteur et l'acheteur de l'option vont ainsi spéculer sur l'action sous-jacente durant les 10 mois). Il existe une multitude de produits dérivés plus complexes les uns que les autres. Certains sont négociés sur des marchés organisés et contrôlés, mais la plupart des opérations se déroulent de gré à gré, c'est-à-dire en dehors de tout contrôle et dans une totale opacité.

|11| TN/CEO, p 59

|12| "Avanza proceso de constitución para Centro de Arbitraje de UNASUR", 7 octobre 2013, <http://cadtm.org/L-arbitrage-international-une>