

Sommaire

Immersion — 7

Préparer le monde d'après — 23

Évincer le *dèmos* : mode d'emploi — 49

Anatomie d'un marché — 79

La grande adaptation — 111

Épilogue

Próspera, la zone contre l'État — 157

Notes — 171

Immersion

En août 2016, le journaliste et prix Pulitzer Chris Hamby choisit de déployer l'imaginaire dystopique afin de dévoiler l'univers parallèle que des tribunaux privés enracinent dans notre monde¹. Invitant ses lecteurs à un exercice d'imagination, il les projette dans un *ailleurs* où des États sont poursuivis par des entreprises transnationales devant des tribunaux privés, constitués d'avocats des grands cabinets occidentaux, pour avoir adopté des mesures d'intérêt public, telle l'interdiction d'un dangereux polluant. Les sommes colossales exigées par ces entreprises contraignent les États à faire des concessions sur leurs législations au détriment du bien commun. Si Chris Hamby emprunte le chemin de la dystopie, ce n'est pas pour alerter sur des « futurs sombres dont les racines poussent dans notre présent² », mais pour faire état d'un phénomène qui a d'ores et déjà pris corps dans notre réalité.

L'univers que décrit ce journaliste est plus communément appelé « règlement des différends investisseur-État » (RDIE) ou « arbitrage d'investissement ». Largement méconnu du grand

La justice du capital

public, il apparaît de temps à autre à ses yeux pour aussitôt disparaître. Il se présente à lui, non pas à la manière d'un système qui serait saisissable comme un tout, mais au travers d'éléments et d'événements apparemment déconnectés les uns des autres et dispersés ici et là. Ce mode de règlement des litiges surgit dans le débat public par le biais d'affaires médiatisées, de reportages³, de déclarations de personnalités politiques et de la société civile⁴, de manifestations exprimant le rejet des accords de libre-échange⁵, de pétitions de professeurs de droit international le dénonçant⁶ ou encore via des rapports rédigés par des organisations non gouvernementales, des institutions internationales ou des *think tanks*⁷. Mais rien ne laisse voir l'ensemble qu'il forme. Tel est l'objectif de ce livre.

Dans l'océan non quantifiable d'affaires portées à la connaissance de ces tribunaux privés, seules quelques-unes font surface et bénéficient d'un retentissement médiatique, principalement en raison de leur objet ou des sommes en jeu. En 2011, l'affaire « Philip Morris contre Australie » a sorti de l'ombre le pouvoir qu'ont certaines entreprises de poursuivre des États en raison des mesures qu'ils adoptent en matière de travail, de santé publique, d'accès à l'eau, d'énergie, d'environnement ou encore de dettes souveraines. En l'espèce, le cigarettier contestait les mesures de santé publique adoptées par l'Australie, plus

précisément sa législation anti-tabac instaurant un emballage neutre des produits proposés par les fabricants⁸. Un an auparavant, le géant du tabac avait réclamé auprès de ces tribunaux un montant de 25 millions de dollars dans le cadre d'une action dirigée contre l'État uruguayen, ce dernier ayant décidé de relever à 80 % de la surface du paquet de cigarettes la taille des avertissements sanitaires⁹. L'année suivante, l'affaire « Veolia contre Égypte » avait mis en lumière un autre objet de contestation possible : le salaire minimum. Lors du Printemps arabe, l'Égypte avait décidé de l'augmenter de 50 à 90 euros mais, pour le groupe français, cette mesure participait à la détérioration des conditions économiques et financières de sa filiale en charge de la gestion des déchets de la ville d'Alexandrie. Il exigeait du gouvernement égyptien la somme de 140 millions d'euros à titre de compensation¹⁰. Mesures anti-tabac, augmentation du salaire minimum, mais aussi politique énergétique : après la catastrophe de Fukushima, pour répondre aux inquiétudes de sa population, l'Allemagne décidait de la sortie du nucléaire. En réaction, la société suédoise Vattenfall, exploitante de centrales dans le pays, intenta une action exigeant un montant de 4,7 milliards de dollars afin de compenser la perte de bénéfice générée par la décision allemande¹¹. En 2025, l'Allemagne se trouve à nouveau poursuivie, cette fois pour avoir décidé de sortir du charbon, par l'énergéticien

La justice du capital

suisse Azienda Elettrica Ticinese. Ce dernier exige plus de 85 millions d'euros pour l'atteinte portée à son investissement¹². Comme le montre chacun de ces exemples, les entreprises décident de poursuivre les États parce qu'elles considèrent que les mesures adoptées dans l'intérêt de tous perturbent leurs intérêts particuliers ou, en d'autres termes, qu'elles affectent leurs investissements, leurs futurs bénéfices et profits.

Si quelques décisions arrivent à se frayer un chemin depuis les procédures de ces tribunaux jusqu'au tumulte médiatique, elles ne constituent qu'une petite partie émergée de l'iceberg. La plupart demeurent en effet inconnues du grand public, mais aussi des spécialistes en raison de la confidentialité qui règne sur ces procédures ou, selon le point de vue adopté, de leur absence de transparence. Or, les profonds enjeux collectifs attachés à ces affaires suggèrent tout au contraire que ces litiges et leurs incidences devraient être portés à l'attention de toutes et de tous. De l'accès à l'eau à l'interdiction de pesticides en passant par la gestion des déchets, les décisions de ces tribunaux ne se réduisent jamais au seul objet du différend opposant une entreprise à un État : ils touchent au bien commun et à l'intérêt collectif.

En 2019, le lauréat du prix Nobel d'économie Joseph Stiglitz a qualifié le recours à ces tribunaux de « terrorisme judiciaire¹³ ». La formule peut surprendre par la violence de l'image qu'elle

invoque. Elle est néanmoins efficace pour désigner l'un des principaux effets de l'arbitrage d'investissement : la neutralisation ou « gel » du pouvoir réglementaire de l'État. Par crainte d'être poursuivis par des entreprises qui en brandissent la menace, les États s'empêcheraient d'adopter des mesures, notamment en faveur de l'environnement et du climat. Dans son rapport du 13 juillet 2023, intitulé *Payer les pollueurs*, le rapporteur spécial auprès de l'ONU fait également état du pouvoir dissuasif acquis par les entreprises grâce à ce mode de règlement des litiges¹⁴, une arme de dissuasion qui constitue un frein considérable dans la mise en œuvre de l'Accord de Paris adopté lors de la COP 21 – et qui produit une aberration : condamnés dans l'ordre interne par leurs tribunaux pour inaction climatique¹⁵, les États peuvent également l'être dans l'ordre international par les tribunaux arbitraux pour l'exact contraire : leur action en faveur du climat... et ce, de manière démesurée. Les industries fossiles pourraient en effet exiger, au moyen de l'arbitrage d'investissement, une somme que certains estiment à 340 milliards de dollars¹⁶.

À ce jour, et sans compter les décisions qui ne sont pas rendues publiques, ces dernières ont obtenu plus de 82,8 milliards de dollars de compensation grâce à l'arbitrage d'investissement¹⁷, soit le double du budget 2023 du ministère français de la Transition écologique... Le montant moyen des

La justice du capital

compensations sollicitées par les entreprises de cette industrie est de 1,4 milliard¹⁸ et vise principalement les pays du Sud global dans lesquels elles opèrent. Des sommes astronomiques qui ne mettent pas seulement en péril la transition écologique et la protection de l'environnement à l'échelle globale comme locale, mais compromettent également leurs budgets nationaux comme leurs réserves de change¹⁹. Dans la récente affaire opposant la société Process and Industrial Developments Limited au Nigeria, la somme réclamée à l'État africain a atteint l'équivalent d'un cinquième des réserves en devises du pays, soit 11 milliards de dollars. Mais là n'est pourtant pas le plus surprenant.

Jusqu'alors nous avons évoqué qui poursuit qui, pourquoi l'un poursuit l'autre, mais sans réellement dire devant qui. C'est pourtant la clé de voûte de l'édifice : des juges qui n'en sont pas. Ni nommés ni élus, comme à la Cour européenne des droits de l'homme, à la Cour internationale de Justice ou à la Cour pénale internationale, mais désignés comme arbitres à chaque affaire directement ou indirectement par ceux dont ils doivent trancher le litige : les entreprises et les États. Dans les affaires où elles ne siègent pas comme arbitres, ces mêmes personnes peuvent intervenir comme conseils auprès d'autres parties dans d'autres litiges également soumis à l'arbitrage. Cette pratique porte un nom, celle du « double

chapeau », et trouve sa justification juridique dans la nature du rôle attribué à ce non-juge. Puisqu'il s'agit d'une mission (celle d'arbitrer) et non d'une fonction (celle de juger), il leur apparaît possible d'endosser concomitamment ou successivement le rôle d'arbitre et d'avocat.

Ces praticiens dominent également, par leurs publications et par leurs diverses positions académiques et scientifiques, la théorisation de l'arbitrage. Ils ont ainsi érigé au fil des décisions les multinationales en véritable « sujet » du droit international, équipollent à l'État mais qui demanderait cependant d'être particulièrement protégé de lui. La maîtrise par ces professionnels de la production et de l'enseignement d'un savoir techniciste et technocratique n'est pas seulement destinée à légitimer la protection du capital, elle permet de les positionner sur le marché de l'arbitrage pour être désigné comme avocat ou arbitre. Les décisions étant pour la plupart confidentielles, les publications et positions académiques font également office de vitrine de leurs compétences auprès des entreprises privées et des États. Les cabinets d'avocats d'affaires qui concentrent la pratique arbitrale – ces « marchands de droit²⁰ » – favorisent ainsi son expansion en indiquant aux entreprises qu'elles ont la faculté d'avoir recours à l'arbitrage lorsqu'une situation se présente. Lors de la crise libyenne déclenchée par les manifestations du Printemps arabe en 2011, le cabinet

La justice du capital

d'avocats Freshfields Bruckhaus Deringer avait par exemple indiqué dans un communiqué aux entreprises étrangères présentes sur le territoire qu'elles pouvaient poursuivre la Libye pour avoir échoué à garantir « la sécurité physique et la sécurité de ses installations, du personnel, etc.²¹ » alors que le gouvernement lui-même n'avait pas réussi à assurer la sienne. Ou encore, lors de la pandémie du Covid-19, face aux mesures prises pour contenir la propagation du virus, principalement les confinements, les cabinets s'étaient immédiatement activés pour signaler aux entreprises la possibilité de saisir les tribunaux privés pour protéger leurs investissements affectés par ces mesures²². Depuis quelques années, les marchands de droit ont été rejoints par les marchands de capitaux. Des sociétés de financements, à l'affût de procédures arbitrales et espérant tirer profit de la manne financière que ces litiges représentent. Elles proposent de financer les procédures (celles qui ont des chances d'aboutir sur une compensation) afin d'obtenir, en contrepartie, un pourcentage du gain à l'issue du procès arbitral.

Des marchands qui spéculent sur les litiges, des juges qui n'en sont pas et une « justice » qui ne semble pas l'être davantage... La justice suppose en effet l'intervention d'un tiers « réputé impartial, situé à juste distance des protagonistes et qui crée la juste distance entre les protagonistes²³ ». Elle exige l'impartialité (la distance avec les parties au

litige), l'indépendance (la distance avec les autorités politiques) et le désintéressement (la distance avec des intérêts et des valeurs en jeu)²⁴. Quant à ce dernier aspect, Alexandre Kojève, auteur d'*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, écrit qu'« un Juge ou un Arbitre est dit “désintéressé” quand son jugement et sa mise en exécution ne lui rapportent rien, et ne lui nuisent en rien, le laissant ainsi “indifférent”²⁵ ». La position du tiers se caractérise ainsi « par le désintéressement de l'affaire qui lui est soumise et par un intérêt exclusif pour la justice²⁶ ». Or, parce que ses acteurs en sont juges et parties du point de vue du droit, et entrepreneurs en quête de la maximisation de leurs profits sur le marché du point de vue économique, l'arbitrage « prive *de facto* les justiciables de tout recours à un tiers impartial et désintéressé²⁷ ». Par ailleurs, la publicité des décisions rendues est conçue comme l'un des éléments fondamentaux de la justice, en ce qu'elle permet à la fois de protéger « les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public²⁸ » et de « préserver la confiance dans les cours et les tribunaux²⁹ ». L'arbitrage, qui se déroule principalement à l'abri des regards³⁰, évince la dimension publique de la justice, dès lors réduite à l'entre-deux des seules parties au litige. Ce n'est donc en aucun cas la confiance du public qui est recherchée, quand bien même ses intérêts sont en jeu, mais celle de ses utilisateurs qui voient dans l'arbitrage une assurance-vie du capital.