NOTE
POLITIQUE 51#
COMMERCE
octobre 2026

PROTÉGER LE DROIT DE LÉGIFÉRER POUR L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

POURQUOI L'ICS DOIT LAISSER PLACE AU RÈGLEMENT D'ÉTAT À ÉTAT

CNCD
11.11.11

Un État doit pouvoir protéger la santé, les droits sociaux et le climat sans craindre de devoir indemniser des investisseurs étrangers. L'ICS, promu par l'Union européenne dans ses accords, corrige certaines failles de l'arbitrage classique (dit « ISDS ») mais laisse la porte ouverte aux poursuites des États pour expropriation indirecte. La Belgique et l'UE doivent défendre un règlement d'État à État.

Le Système juridictionnel des investissements, mieux connu sous son acronyme anglais ICS, pour *Investment Court System*, a été conçu par la Commission européenne comme une réponse aux critiques croissantes visant les mécanismes d'arbitrage privés entre investisseurs et États ou ISDS (*Investor-to-State Dispute Settlement*)[1]. L'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne (UE) et le Canada (CETA), que la Commission a longtemps présenté comme le modèle des futurs accords de commerce et d'investissement, constitue le premier accord bilatéral signé par l'UE à intégrer ce nouveau mécanisme. L'accord comportait à l'origine un mécanisme ISDS, mais face à la contestation de cette clause dans le CETA, elle a été remplacée par un ICS. Or, si l'UE présente l'ICS comme une véritable juridiction, celui-ci ne corrige que partiellement les failles du système ISDS classique, en ne mettant pas définitivement fin à la possibilité pour un investisseur de poursuivre un État au nom de l'expropriation indirecte.

POUR L'UE, L'ICS EST L'ALTERNATIVE LÉGALE À L'ISDS

Ces dernières années, l'ISDS a fait l'objet de critiques croissantes et de nombreux pays ont pris des mesures pour y mettre un terme. Les États-Unis et le Canada ont mis fin à l'utilisation de l'ISDS entre eux dans l'ALENA (Accord de libre-échange nord-américain) lors de sa révision en 2018 (USMCA). L'Australie s'est engagée en 2022 à exclure ce mécanisme d'arbitrage de tout nouvel accord et à réviser les accords existants qui contiennent encore un ISDS. L'Afrique du Sud, l'Inde, l'Indonésie, la Bolivie, la Nouvelle-Zélande et la Colombie ont, de la même manière, dénoncé ou sont en train de réexaminer leurs accords contenant un ISDS. Quant au Brésil, cinquième destination[2] mondiale des investissements directs étrangers, il a toujours refusé ce système, ce qui contredit l'idée que ce dernier est indispensable pour attirer les investissements.

Au niveau européen, l'ISDS est un mécanisme illégal à l'intérieur de l'UE. Plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'UE (dont les arrêts Achmea en 2018 et Komstroy en 2021) ont établi qu'il viole le droit de l'UE, et par conséquent qu'il n'est pas applicable entre un investisseur européen et un État membre de l'UE[3]. L'ICS (*Investment Court System*), intégré pour la première fois dans le CETA en 2016, puis dans les accords avec Singapour, le Vietnam, le Chili et le Mexique, est quant à lui jugé compatible avec le droit de l'UE[4]. La Commission le présente comme « plus transparent et impartial[5]» que l'ISDS classique, car il répond à certaines des failles de ce dernier.

L'ICS PRÉSENTE DES AVANCÉES, MAIS AUSSI DES FAILLES

L'ICS du CETA (chapitre 8, section D), qui n'entrera en vigueur qu'une fois le traité ratifié par l'ensemble des États membres, présente plusieurs avancées par rapport à l'ISDS. Premièrement, il s'agit d'un mécanisme public doté de membres sélectionnés au hasard parmi un pool de membres permanents, qui perdent la possibilité de plaider dans d'autres affaires d'investissement, afin d'éviter les conflits d'intérêt. Deuxièmement, l'ICS offre la possibilité de faire appel. Troisièmement, la possibilité pour un investisseur étranger d'attaquer un État pour « expropriation indirecte » a été fortement limitée par le « droit de réglementer » des États. L'annexe 8-A du CETA prévoit un examen au cas par cas et précise que, « sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ».

Toutefois, ces avancées ne sont pas sans faille. La notion de « rares circonstances » reprise à l'annexe 8-A du CETA n'est pas clairement définie, ce qui laisse une marge d'interprétation dangereuse aux arbitres. L'article 8.9, § 2 précise qu'une réglementation qui affecte un investissement, y compris ses attentes de profits, ne constitue pas en soi une violation. Cela n'empêche cependant pas un investisseur de déposer plainte en qualifiant une décision publique d'« expropriatoire », ni un tribunal de retenir des notions ouvertes à interprétation. L'ICS du CETA permettra donc malgré tout à des investisseurs étrangers d'utiliser cet accord pour poursuivre des États européens pour expropriation indirecte, dans l'espoir que les réglementations incriminées soient jugées « manifestement

/ [1] Voir S. Wintgens, « Mettre fin à l'ISDS. Une nécessité démocratique et juridique pour la Belgique », *Note politique du CNCD-11.11.11*, n°49, avril 2026 : https://www.cncd.be/note-politique-mettre-fin-a-l-isds. / [2] CNUCED, World Investment Report 2026, Genève, p.10 : https://unctad.org/publication/world-investmentreport-2026-international-investment-turbulent-era. / [3] CJUE, Arrêt Achmea, C-284/16, 6 mars 2018 : https://curia.europa.eu/site/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180026fr.pdf ; CJUE, Arrêt Komstroy, C-741/19, 2 septembre 2021 : https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/document?source=document&text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6448981. / [4] CJUE, « Avis 1/17. Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA) est compatible avec le droit de l'Union », 30 avril 2019, §148 : https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/cp190052fr.pdf. / [5] Commission européenne, *Multilateral reform of investment dispute resolution*, Bruxelles, 13 septembre 2017, p. 25 : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=LV.

excessives » par les arbitres. Concrètement, cela signifie que des entreprises non seulement canadiennes mais également de tout autre pays ayant une filiale développant des activités substantielles au Canada pourraient ainsi utiliser l'ICS du CETA pour attaquer la Belgique ou un autre État membre de l'UE.

DES AJUSTEMENTS PARTIELS DANS LE CETA

Le 5 mars 2026, le Comité mixte du CETA a adopté une interprétation commune contraignante précisant que les mesures non discriminatoires prises pour protéger l'environnement ou pour lutter contre le changement climatique ne constituent pas une violation de l'article 8.10 (traitement juste et équitable) ou de l'annexe 8-A (expropriation indirecte) du CETA[6]. Sa disposition 3 b) demande aux arbitres de dûment tenir compte des obligations internationales des États dans le cadre d'accords environnementaux multilatéraux, y compris l'Accord de Paris[7]. Si cette disposition est appliquée rigoureusement, elle pourrait par exemple faire obstacle à une demande d'indemnisation pour le refus ou la suppression d'un permis d'exploitation d'hydrocarbures qui irait à l'encontre de l'Accord de Paris. L'interprétation commune contraignante du 5 mars 2026 est à ce titre une nouvelle avancée, après le remplacement de l'ISDS par l'ICS quelques mois avant la signature de l'accord.

Cependant, cette interprétation, qui est une reconnaissance implicite des problèmes que continue de poser l'ICS en matière environnementale et sociale, n'empêche pas le dépôt de plainte par un investisseur étranger, l'ouverture d'une procédure, l'engagement de frais importants ni le risque d'effet dissuasif sur la réglementation (« chilling effect ») lorsque la peur d'être poursuivi incite un État à ne pas légiférer. De plus, les autres réglementations non environnementales restent visées par les articles 8.10 et 8-A ; or les arbitrages peuvent concerner des législations sociales ou sanitaires d'intérêt général. L'interprétation du 5 mars ne permet donc pas de définitivement régler le problème de l'ICS.

En outre, cette interprétation ne vaut que dans le cadre du CETA, alors que l'ICS est prévu dans d'autres traités.

UN CHANGEMENT DE PARADIGME EST NÉCESSAIRE

L'interprétation commune contraignante du 5 mars 2026 reconnaît implicitement le problème posé par la mention « sauf dans de rares circonstances » qui ouvre la porte à des poursuites d'États pour expropriation indirecte, puisqu'il est nécessaire d'adopter une interprétation commune contraignante pour lever l'ambiguïté concernant les normes environnementales. Dès lors, cela renforce l'argument qu'il est nécessaire, pour disposer d'un modèle acceptable, de supprimer cette phrase « sauf dans de rares circonstances », ou au minimum d'inclure tous les cas de figure des normes d'intérêt public dans l'interprétation commune les excluant du champ d'application du chapitre 8 du CETA.

Dans l'attente de la mise en place d'une Cour multilatérale permanente sur l'investissement[8], dont les contours restent mal définis, la Commission européenne considère l'ICS comme le mécanisme de règlement des différends de référence pour les futurs accords d'investissement de l'UE. Pourtant d'autres modèles, plus démocratiques, existent. L'accord UE-Indonésie conclu en 2025 ne contient à ce stade ni ISDS, ni ICS : le règlement se fait entre États, sur un pied d'égalité. Si la Commission européenne a obtenu une « clause de rendez-vous » destinée à poursuivre les négociations, l'Indonésie s'inscrit dans la tendance internationale actuelle, qui consiste à dénoncer les mécanismes asymétriques investisseurs-États, plutôt que d'amender le système. La Belgique et l'UE devraient donc faire de même et revoir en profondeur leur modèle de protection des investissements, pour promouvoir un système de règlement des différends d'État à État, et à tout le moins en exclure la notion d'expropriation indirecte.

/ [6] INTERPRÉTATION n° 1/2026 DU COMITÉ MIXTE DE L'AECG du 5 mars 2026 concernant l'article 8.10, l'annexe 8-A, l'article 8.9 et l'article 8.39 de l'accord économique et commercial global (AECG) [2026/1469] : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202601469. / [7] « *Lorsqu'il interprète les dispositions du chapitre Huit (Investissement) de l'accord, le Tribunal tient dûment compte des engagements pris par les Parties dans le cadre d'accords environnementaux multilatéraux, y compris l'accord de Paris, fait à Paris le 12 décembre 2015. En particulier, les droits et obligations des Parties au titre du chapitre Huit (Investissement) de l'accord devraient être interprétés d'une manière qui appuie la capacité des Parties à donner effet à leurs engagements respectifs en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre en adoptant ou en maintenant des mesures conçues et appliquées pour atténuer ou combattre le changement climatique ou faire face à ses conséquences actuelles ou futures.* » Idem, art. 3 b). / [8] Voir à ce sujet les négociations en cours dans le cadre du Groupe de travail III : Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state

NOTE POLITIQUE 51#

COMMERCE

RECOMMANDATIONS

Le modèle de mécanisme de règlement des différends de type ICS, tel que promu par la Commission européenne, comporte des failles. Pour garantir la primauté de l'intérêt général et du contrôle démocratique, il est recommandé aux responsables politiques belges et européens de :

> Exclure dans toute circonstance la notion d'« expropriation indirecte » et encadrer strictement la notion de « traitement juste et équitable » pour empêcher des investisseurs étrangers de contester des législations d'intérêt général adoptées démocratiquement ;

> Adopter un modèle d'accord de protection des investissements basé sur un règlement des différends entre États ;

> Appliquer ce modèle à tout accord futur et renégocier les accords existants afin de les mettre en conformité avec le modèle susmentionné ;

> Dans l'attente d'une telle renégociation, étendre l'interprétation contraignante du CETA à l'ensemble des politiques d'intérêt général et la reproduire dans les autres accords comportant un ICS.

POUR EN SAVOIR PLUS

> INTERPRÉTATION n° 1/2026 DU COMITÉ MIXTE DE L'AECG du 5 mars 2026 concernant l'article 8.10, l'annexe 8-A, l'article 8.9 et l'article 8.39 de l'accord économique et commercial global (AECG) [2026/1469] : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202601469.

> Caroline Henckels, « Protecting regulatory autonomy through greater precision in investment treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, vol. 19, n°1, mars 2016, pp. 27-50.

> Kyla Tienhaara, *The Expropriation of Environmental Governance. Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 340 p.

CNCD-11.11.11
Centre national de coopération au développement - CNCD-11.11.11 asbl
+ 32 (0) 2 250 12 30 /
publications@cncd.be
www.cncd.be/Publications

CONTACT
Sophie Wintgens
chargée de recherche
sur le Commerce international

Belgique partenaire du développement

FÉDÉRATION WALLONIE-BRUXELLES

couverture © iStock
éd. resp. Arnaud Zacharie / quai du Commerce 9 à 1000 Bruxelles