

FR

FR

FR



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 7.7.2010
COM(2010)343 final

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL, AU PARLEMENT
EUROPÉEN, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU
COMITÉ DES RÉGIONS**

Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL, AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS

Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux

La politique en matière d'investissements se présente comme une nouvelle frontière pour la politique commerciale commune. Le traité de Lisbonne prévoit que l'Union contribue à l'abolition progressive des restrictions aux investissements étrangers directs. Il confère à l'Union la compétence exclusive à cet égard.¹ La présente communication examine la manière dont l'Union pourrait élaborer une politique d'investissements internationaux susceptible d'améliorer la compétitivité de l'UE et donc contribuer aux objectifs d'une croissance intelligente, durable et inclusive énoncés par la stratégie Europe 2020.² Elle examine les principales orientations d'une politique des investissements de l'UE pour l'avenir ainsi que les principaux paramètres pour une action immédiate dans ce domaine.

Parallèlement à cette communication, la Commission a adopté une proposition de règlement qui instaurerait des dispositions transitoires relatives aux accords d'investissement entre les États membres et les pays tiers.³ Son objectif est d'assurer une sécurité juridique aux investisseurs tant de l'UE qu'étrangers opérant dans le cadre de ces accords. Cette proposition de règlement et la présente communication ne sont que les premières étapes dans l'élaboration d'une politique européenne en matière d'investissements internationaux, qui sera progressive et ciblée et prendra aussi en considération les réponses à la présente communication.

1. DÉFINITION, IMPACT ET TENDANCES RÉCENTES

Les investissements étrangers directs (IED) sont généralement considérés comme incluant tout investissement étranger qui sert à établir des liens durables et directs avec l'entreprise à laquelle le capital est mis à disposition pour réaliser une activité économique.⁴ Lorsque les

¹ L'article 206 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que par l'établissement d'une union douanière conformément aux articles 28 à 32, l'Union contribue, dans l'intérêt commun, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux et aux investissements étrangers directs, ainsi qu'à la réduction des barrières douanières et autres. L'article 207 inclut les investissements étrangers directs parmi les domaines couverts par la politique commerciale commune de l'Union. La politique commerciale commune est un domaine de compétence exclusive conformément à l'article 3, paragraphe 1, du TFUE.

² Communication de la Commission «Europe 2020: Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive – COM (2010) 2020, du 3 mars 2010.

³ Proposition de la Commission de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords d'investissement bilatéraux entre les États membres et les pays tiers.

⁴ Les termes «investissements directs» figuraient au chapitre sur les mouvements de capitaux et les paiements du TCE et se trouvent maintenant aux articles 63-66 du TFUE. Dans ce contexte ils ont été interprétés par la Cour de Justice à la lumière de la nomenclature annexée à la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO L 178 du 8.7.1988, p. 5-18), qui est lui-même largement fondé sur les définitions communément acceptées du FMI et de l'OCDE. Voir par exemple l'arrêt du 12 décembre 2006, affaire C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rec. p. I-11753, point 181. Voir aussi les arrêts du 24 mai 2007, affaire C-157/05, *Holböck*, Rec. p. I-4051, point 34; du 23 octobre 2007, affaire C-112/05, *Commission/Allemagne*, Rec. p. I-8995, point 18; du 18 décembre 2007, affaire C-101/05, *Skatterverket/A*, point 46; du 20 mai 2008, affaire C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, point 100; du 14 février 2008, affaire C-274/06, *Commission/Espagne*, point 18; du 26 mars 2009, affaire C-326/07, *Commission/Italie*, point 35.

investissements prennent la forme d'une participation, cet objectif suppose que ses actions permettent à l'actionnaire de participer effectivement à la gestion de la société ou à son contrôle.⁵ Il en va différemment des investissements étrangers, pour lesquels il n'existe pas d'intention d'influer sur la gestion et le contrôle d'une entreprise. Ce type d'investissements, qui sont souvent réalisés à plus court terme et ont parfois une nature spéculative est généralement qualifié d'«investissements de portefeuille».⁶

La mondialisation a provoqué une augmentation spectaculaire des mouvements de capitaux, et notamment des IED. Les flux d'IED, qui sont à la fois une cause et une conséquence de la mondialisation, ont atteint en 2007 le niveau record de presque 1500 milliards d'euros, l'année ayant précédé les turbulences économiques et financières mondiales qui ont affecté les investissements.⁷

Les IED représentent une source importante de gains de productivité et jouent un rôle crucial dans l'installation des entreprises et l'organisation de l'emploi au niveau national et à l'étranger. Grâce aux IED, les entreprises établissent les chaînes logistiques mondiales qui sont un élément de l'économie internationale contemporaine. Les innovations dans les transports et les technologies de l'information ont quant à elles facilité le commerce et la mondialisation des activités des entreprises au-delà des grandes sociétés. Les investissements et le commerce sont actuellement interdépendants et complémentaires. Environ la moitié du commerce s'effectue aujourd'hui entre des filiales de sociétés multinationales qui échangent des biens et services intermédiaires.

Alors que la relation entre IED, croissance économique et bien-être est complexe, les investissements tant intérieurs qu'extérieurs ont au total un impact positif sur la croissance et l'emploi à l'intérieur et en dehors de l'UE, y compris dans les pays en développement. Au sein de l'UE, les investissements extérieurs apportent une contribution positive et importante à la compétitivité des entreprises européennes, notamment sous la forme d'une hausse de la productivité. Contrairement à une opinion parfois exprimée, un examen de l'état actuel de la recherche sur les IED et l'emploi montre qu'aucun impact négatif mesurable sur l'emploi au niveau agrégé n'a encore été établi à ce jour en ce qui concerne les investissements extérieurs.⁸ Cependant, alors que le bilan agrégé est positif, il peut évidemment se produire des effets négatifs sur une base sectorielle, géographique et/ou individuelle. À l'inverse, les avantages globaux des flux d'IED entrant dans l'UE sont clairement établis, en ce qui concerne le rôle des investissements étrangers dans la création d'emploi, l'optimisation de l'allocation de ressources, le transfert de technologie et de compétences, le renforcement de la concurrence et la stimulation du commerce. Cela explique pourquoi les États membres de

⁵ Voir par exemple les arrêts du 12 décembre 2006, affaire C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rec. p. I-11753, point 182; du 24 mai 2007, affaire C-157/05, *Holböck*, Rec. p. I-4051, point 35; du 23 octobre 2007, affaire C-112/05, *Commission/Allemagne*, Rec. p. I-8995, point 18; du 20 mai 2008, affaire C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, point 101 et du 26 mars 2009, C-326/07, *Commission/Italie*, point 35.

⁶ La Cour de justice de l'Union européenne a décrit la notion d'«investissements de portefeuille» comme «l'acquisition de titres sur le marché des capitaux effectuée dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise». Voir l'arrêt du 26 septembre 2008, affaires jointes C-282/04 et C-283/04, *Commission/Pays-Bas*, Rec. p. I-9141, point 19.

⁷ Rapport sur l'investissement dans le monde de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) de 2009.

⁸ 2010 Impact of EU outward FDI (Impact des IED sortants de l'UE), Copenhagen Economics.

l'UE, comme les autres pays du monde, font de gros efforts pour attirer les investissements étrangers.

L'UE est actuellement à la fois la première cible et la première source pour les IED. En tant que «leader sur le marché», l'UE profite de son ouverture au reste du monde, y compris dans le domaine des investissements.

Alors que les stocks et flux d'IED sont toujours fortement concentrés parmi les pays industrialisés, les marchés émergents deviennent de plus en plus actifs tant comme investisseurs que comme destinataires d'investissements, y compris par l'intermédiaire d'investissements financés par l'État, tels que les fonds souverains, qui non seulement détiennent plus d'actifs qu'autrefois, mais ont aussi des politiques d'investissement plus diversifiées⁹. Cette tendance est devenue plus visible pendant la période actuelle de turbulence de l'économie mondiale, dans laquelle les investissements à destination et en provenance des économies émergentes ont soit augmenté, soit diminué moins fortement que les flux entre pays industrialisés. Au total, cela s'est traduit par un accroissement de la part relative des économies émergentes dans les flux d'IED mondiaux, tant entrants que sortants. C'est pourquoi l'UE ne peut pas se permettre de se tenir en retrait de la concurrence mondiale pour attirer les investissements en provenance de tous les pays du monde et promouvoir les investissements à destination de tous les pays du monde.

2. LES INVESTISSEMENTS EN TANT QUE NOUVELLE FRONTIÈRE DE LA POLITIQUE COMMERCIALE COMMUNE

Les décisions d'investissement sont déterminées essentiellement par des considérations marchandes, c'est-à-dire par les avantages attendus des investissements. Néanmoins, ces décisions sont profondément affectées par l'environnement économique, politique et légal de l'économie concernée. Les investisseurs prospèrent dans un environnement stable, sain et prévisible. Une politique commune en matière d'investissements internationaux n'est pas le seul déterminant des flux d'IED entrants et sortants. Cependant, elle sert l'objectif fondamental de garantir aux investisseurs qu'ils peuvent opérer dans un environnement d'entreprise ouvert et convenablement et équitablement réglementé tant à l'intérieur qu'au-delà des frontières du pays hôte. À cet égard, l'ouverture aux investissements devrait continuer de servir de pierre de touche à la définition de nos politiques. L'UE continuera d'être un environnement ouvert aux investissements et accueillant pour les investisseurs étrangers et leur contribution à l'économie et à la société européennes au sens large. Simultanément, l'Union devrait garantir que les investisseurs étrangers dans l'UE bénéficient de conditions de concurrence équitables, uniformes et optimales en matière d'investissements, en abolissant progressivement toutes les restrictions les affectant. Une approche plus volontariste pour garantir que les relations d'investissement de l'UE avec les pays partenaires se font à double sens est donc justifiée. Un certain nombre d'éléments de base et d'études de fond, y compris les résultats des travaux analytiques de large portée effectués par des organisations internationales telles que l'OCDE et la CNUCED, sont déjà disponibles et constituent le fondement d'une politique commune en matière d'investissements internationaux.

⁹ La Commission a énoncé son approche en matière de fonds souverains en 2008. Voir: COM(2008) 115 du 27 février 2008.

a) *Les éléments de base d'une politique des investissements*

La manifestation la plus visible des politiques des États membres en matière d'investissements de ces cinquante dernières années est le nombre de «traités bilatéraux d'investissement» (TBI) qui ont été conclus avec des pays tiers. L'Allemagne a été le premier pays du monde à conclure un tel traité, en 1959, et beaucoup d'autres pays du monde, y compris tous les États membres sauf un, ont suivi.¹⁰ Avec un total de près de 1200 accords couvrant toutes les formes d'investissements, les États membres ont conclu au total près de la moitié des accords d'investissement actuellement en vigueur dans le monde.¹¹ Un aperçu des TBI conclus par les États membres figure en annexe à la présente communication.

Au moyen des TBI, les États membres ont demandé, et obtenu, des pays tiers des garanties spécifiques sur le traitement de leurs investisseurs et de leurs investissements par ces mêmes pays, par exemple des engagements contre des traitements injustes ou discriminatoires ou une garantie de compensation rapide, appropriée et efficace en cas d'expropriation. Ces garanties de protection des investissements représentent un élément important de l'instauration la confiance dans la sécurité juridique nécessaire pour prendre des décisions d'investissements solides. Ce type d'accord de protection des investissements est donc considéré comme une manière efficace de promouvoir et d'attirer les investissements, en particulier dans des pays dont les institutions et les politiques économiques nationales ne sont pas considérées comme suffisantes en elles-mêmes pour apporter de telles garanties.

Cependant, tous les États membres n'ont pas conclu de tels accords et tous les accords n'assurent pas les mêmes normes élevées, ce qui entraîne des conditions de concurrence déséquilibrées pour les sociétés de l'UE qui investissent à l'étranger, selon qu'elles sont ou non considérées comme des entreprises «nationales» conformément au TBI conclu avec l'État membre concerné.

Un autre aspect des accords des États membres est qu'ils portent seulement sur la manière dont les investisseurs sont traités après «l'entrée» ou «l'établissement», ce qui implique que les TBI des États membres ne contiennent pas d'engagements contraignants concernant les conditions d'entrée, ni de la part des pays tiers à l'égard des investissements extérieurs effectués par les sociétés des États membres de l'UE, ni de la part des États membres de l'UE à l'égard des investissements extérieurs effectués par les sociétés des pays tiers. Progressivement, l'Union européenne a commencé à combler l'écart de «l'entrée» ou de «l'établissement» par des accords multilatéraux et bilatéraux au niveau de l'UE couvrant l'accès au marché de l'investissement et la libéralisation des investissements. Ces accords ont amélioré les conditions d'accès au marché pour tous les investisseurs de l'UE, notamment en assurant le traitement non-discriminatoire des investisseurs à l'entrée sur le marché d'un pays tiers.¹²

¹⁰ Traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et la République islamique du Pakistan, 1959. L'Irlande est le seul État membre de l'UE qui n'ait pas conclu de traité bilatéral d'investissement avec un pays tiers.

¹¹ Rapport sur l'investissement dans le monde de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) de 2009, p. 32. La CNUCED recense au total 2676 TBI, mais ce chiffre inclut les TBI intra-UE conclus entre les États membres de l'UE. Cette dernière catégorie d'accords n'est pas couverte par la présente communication.

¹² Au niveau multilatéral, l'Accord général sur le commerce des services (GATS) fournit un cadre pour prendre des engagements sur la fourniture de services au moyen d'une présence commerciale (définie

b) *Vers une politique commune en matière d'investissements internationaux*

Une politique commune en matière d'investissements internationaux doit mieux répondre aux besoins des investisseurs du stade de la planification à celui des profits ou du stade antérieur à l'établissement à celui postérieur à l'établissement. La politique commerciale de l'UE cherchera donc à intégrer la libéralisation et la protection des investissements. La recherche confirme que l'introduction de dispositions d'une portée étendue dans de larges accords commerciaux a un impact plus fort sur le commerce et les flux d'IED, ou que la combinaison de règles de portée étendue concernant les investissements et de dispositions libéralisant d'autres parties de l'économie a un impact conjoint plus important sur le commerce et les investissements.¹³

Une politique en matière d'investissements internationaux visant à soutenir la compétitivité des entreprises européennes sera le mieux servie par une coopération et des négociations au niveau de l'Union.¹⁴ Pour être efficaces, les garanties des pays tiers relatives aux conditions des investissements devraient prendre la forme d'engagements contraignants dans le cadre du droit international. Les négociations sur les investissements avec les pays tiers, pour lesquelles nous pouvons exploiter le corpus et la substance des plus de 1100 TBI existant actuellement, permettront à l'UE d'élargir, de mieux définir et de protéger l'espace concurrentiel qui est disponible pour tous les investisseurs de l'UE. À long terme, nous devrions aboutir à une situation dans laquelle les investisseurs de l'UE et des pays tiers n'auront pas besoin de compter sur les TBI conclus par l'un ou l'autre des États membres pour que leurs investissements soient efficacement protégés.

Une politique en matière d'investissements est souvent complétée par des efforts de promotion des investissements aux niveaux national et infranational. Les autorités s'engagent concurrentiellement dans la promotion des investissements intérieurs et extérieurs en provenance et à destination de leur territoire, tout comme dans le domaine du commerce ou de la promotion des exportations. Elles ont habituellement à leur disposition toute une panoplie d'instruments, allant d'incitations à une assistance et à des plans de soutien. Alors que c'est la responsabilité de l'Union de promouvoir le modèle européen et le marché unique en tant que destination pour les investisseurs étrangers¹⁵, il ne semble ni faisable ni souhaitable qu'elle se substitue aux efforts de promotion des investissements des États membres du moment qu'ils sont conformes à la politique commerciale commune et qu'ils demeurent cohérents avec la législation de l'UE.

comme «mode 3» par l'article I du GATS). Au niveau bilatéral, l'Union a conclu des négociations avec la Corée concernant un accord de libre échange incluant des dispositions sur l'accès au marché pour les investisseurs et les établissements.

¹³ OCDE (2006), Analyse de l'impact économique des dispositions relatives aux investissements dans les accords commerciaux régionaux, document de travail sur la politique commerciale de l'OCDE n° 36 du 11 juillet 2006.

¹⁴ Veuillez noter que conformément à l'article 207, paragraphe 2, du TFUE, l'Union a la compétence exclusive pour légiférer de manière autonome sur les IED, comme dans les autres domaines de la politique commerciale commune, tels que la réglementation des importations et des exportations.

¹⁵ Communication de la Commission intitulée «Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle» — COM (2007) 725.

3. UN PROGRAMME DE NEGOCIATIONS DE L'UE EN MATIERE D'INVESTISSEMENTS

Comme dans tous les domaines politiques européens, l'Union, en tant que telle, doit s'efforcer d'obtenir des résultats meilleurs que ceux que les États membres ont obtenus ou auraient pu obtenir en agissant chacun de leur côté. Les futures actions qu'elle entreprendra dans ce domaine devraient donc être inspirées et dictées par les meilleures normes disponibles, de sorte que tous les investisseurs de l'UE bénéficient de conditions de concurrence homogènes et de haute qualité.

Cependant, il va de soi que l'adoption d'un modèle unique d'accords d'investissement avec les pays tiers ne serait ni réalisable, ni souhaitable. L'Union devra tenir compte des particularités de chaque négociation. Les intérêts de nos parties prenantes et le niveau de développement de nos partenaires devraient déterminer, entre autres, les normes fixées par l'Union dans une négociation spécifique en matière d'investissements. La nature des accords existants entre les États membres et des pays tiers doit également être prise en considération. Bien que leur structure et leur contenu se ressemblent beaucoup, les TBI récemment conclus par les États membres présentent des différences qui pourraient également déterminer les objectifs à atteindre dans un contexte de négociation spécifique.

La Commission présente ci-après les grands principes et paramètres des futurs accords d'investissement. Ces principes et paramètres seront développés et étoffés dans des recommandations spécifiques à chaque pays en matière de négociations, que la Commission présentera ultérieurement à la présente communication.

a) Les critères de sélection des pays partenaires

Pour l'heure, les IED sont surtout réalisés dans les pays développés. En plus de refléter le poids économique de ces pays en matière de PIB, cela témoigne des conditions globalement favorables aux investisseurs étrangers qui règnent sur certains de ces marchés. Les flux de commerce et d'investissements proprement dits sont, en tant que tels, des éléments clés de la définition des priorités de l'UE dans les négociations en matière d'investissements. L'Union devrait à la fois emboîter le pas à ses investisseurs et leur ouvrir la voie à l'étranger en libéralisant les flux d'investissements. Les marchés présentant une croissance économique ou des perspectives de croissances importantes offrent des occasions particulières à saisir dans la conjoncture actuelle, qui est de plus en plus concurrentielle. Il est important que les investisseurs de l'UE puissent accéder à ces marchés et bénéficient de garanties suffisantes de traitement juste et prévisible dans le contexte des évolutions que pourraient subir ces économies. Dans le cadre des négociations en matière d'investissements, les intérêts de l'UE dépendraient aussi, entre autres, du climat politique, institutionnel et économique qui règne dans nos pays partenaires. La «robustesse» de la protection fournie aux investisseurs soit par le pays hôte, soit par l'arbitrage international, jouerait un rôle important pour déterminer les pays prioritaires visés par les négociations de l'UE en matière d'investissements. En particulier, la capacité de nos partenaires à préserver l'État de droit et la méthode qu'ils appliquent à cet effet, de façon à garantir aux investisseurs un environnement sûr et fiable, sont des critères essentiels de l'évaluation des négociations relatives à la protection des investissements.

À **court terme**, les perspectives d'intégration des investissements dans la politique commerciale commune apparaissent dans le cadre des négociations commerciales en cours, dans lesquelles l'Union s'est pour l'instant concentrée uniquement sur l'accès des

investisseurs au marché¹⁶. La toute dernière génération d'accords de libre-échange (ALE) axés sur la compétitivité s'inspire précisément de l'objectif qui consiste à libérer le potentiel économique des marchés mondiaux à forte croissance en faveur du commerce et des investissements de l'UE. L'Union a intérêt à élargir le champ des négociations au domaine des investissements tout entier. Dans certains cas, nous pourrions aussi répondre à une demande émanant de nos partenaires de négociation eux-mêmes. Dans les négociations engagées entre l'UE et le **Canada** en vue de la conclusion d'un accord économique et commercial global, notre partenaire a fait part de son intérêt pour un accord couvrant la protection des investissements. Parmi les autres négociations en cours dans lesquelles il y a lieu de prévoir la protection des investissements figure la négociation d'un accord étendu sur le commerce et les investissements entre l'UE et l'**Inde**, la négociation d'un accord de libre-échange entre l'UE et **Singapour** et les négociations commerciales entre l'UE et le **Mercosur**.

À **court et moyen terme**, l'Union devrait également examiner dans quelles circonstances il serait souhaitable de rechercher la conclusion d'accords d'investissement autonomes. La **Chine**, par exemple, qui est caractérisée par une forte proportion d'investissements «en rase campagne» (y compris en provenance de l'UE), pourrait être candidate à un accord d'investissement autonome qui devrait couvrir la protection de tous les types d'actifs, y compris les droits de propriété intellectuelle. La Commission examinera si un tel accord d'investissement avec la Chine est souhaitable et réalisable et rendra compte au Conseil et au Parlement européen. La **Russie** présente elle aussi des occasions et des défis particuliers aux investisseurs européens. La négociation avec elle d'investissements, en tenant compte de la protection de ces derniers, devrait continuer d'être envisagée et discutée, par exemple dans le cadre d'un accord global, tel que celui qui remplacerait l'accord de partenariat et de coopération.

S'il s'avère impossible ou inopportun, dans un avenir prévisible, de conclure un accord d'investissement global et systématique avec un ou plusieurs pays, la solution consisterait éventuellement à conclure des accords sectoriels dont l'opportunité, la faisabilité et l'impact potentiel feraient l'objet d'une évaluation approfondie. Ces négociations sectorielles devraient se fonder sur les principes énoncés dans la présente communication et respecter les évolutions ultérieures de la politique commune d'investissement. Dans le même ordre d'idées, sur le long terme, la possibilité de mettre en œuvre une directive multilatérale pourrait être examinée plus amplement.

b) *Au-delà des investissements étrangers directs*

Alors que les investisseurs ont tout intérêt à établir et contrôler leurs actifs à l'étranger, ces investissements directs entraînent toujours des opérations de transfert supplémentaires, par

¹⁶ Un autre argument juridique en faveur de l'intégration des engagements d'investissement dans les accords commerciaux est que ces accords, s'ils respectent les règles de l'OMC sur l'intégration économique, échappent à l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée instaurée par l'OMC, qui contraint ses membres à appliquer immédiatement et sans condition le traitement le plus favorable à tous les autres membres. Autrement dit, le traitement préférentiel, par exemple en matière d'accès au marché de l'investissement, ne peut rester préférentiel que s'il est octroyé dans le cadre d'un accord commercial. Cela est particulièrement vrai pour les IED réalisés dans le secteur des services, étant donné que l'accord général sur le commerce des services (AGCS) évoque la prestation de services sous la forme d'une présence commerciale, essentiellement matérialisée par les IED.

exemple pour le rapatriement des bénéficiaires. Il est important qu'une politique commune en matière d'investissements internationaux permette non seulement l'exécution d'un investissement direct à proprement parler (acquisition ou création d'une entreprise étrangère), mais aussi toutes les opérations liées à cet investissement, tout en les protégeant et en les rendant concrètement possibles (paiements, protection des immobilisations incorporelles telles que les droits de propriété intellectuelle, etc.).

À cet égard, la politique menée en matière d'investissements devrait être cohérente avec le chapitre du traité sur les capitaux et les paiements (articles 63 à 66 du TFUE), qui prévoit que toutes les restrictions aux paiements et aux mouvements de capitaux, y compris ceux qui concernent des investissements directs et de portefeuille, sont interdites tant entre les États membres qu'entre les États membres et les pays tiers. Ce chapitre ne prévoit pas expressément la possibilité de conclure des accords internationaux en matière d'investissements, y compris en matière d'investissements de portefeuille. Cependant, dans la mesure où les accords internationaux en matière d'investissements ont une incidence sur le champ d'application des règles communes fixées dans le chapitre du traité sur les capitaux et les paiements, l'Union aurait implicitement la compétence exclusive pour la conclusion d'accords dans ce domaine¹⁷.

c) Vers l'établissement de normes régissant la protection des investissements

La question des règles de fond que l'Union chercherait à appliquer dans le cadre des accords de commerce et d'investissement est essentielle. Actuellement, l'Union se fonde surtout, dans ses négociations en matière d'investissements, sur le principe de non-discrimination, qui constitue la clé de voûte du système commercial mondial. En général, la non-discrimination est matérialisée par l'application de deux normes de base: le «traitement de la nation la plus favorisée» et le «traitement national». Ces deux normes sont relatives car, au lieu de définir une norme de traitement absolue, elles impliquent une comparaison entre les traitements accordés en fonction de l'origine. En conséquence, leur contenu dépend du traitement que le pays réserve à ses investisseurs et investissements étrangers et à ses propres investisseurs et investissements.

Si la non-discrimination doit rester un élément essentiel des négociations menées par l'UE en matière d'investissements, les TBI se fondent également sur d'autres normes telles que le «traitement juste et équitable» après admission et le traitement «sécurité et protection totales». Ces normes n'impliquent aucune comparaison avec le traitement réservé aux investissements similaires. De surcroît, certains TBI conclus par les États membres prévoient une «clause de protection» qui protège les droits contractuels octroyés par un gouvernement hôte à un investisseur. Ces normes sont traditionnellement utilisées dans les TBI conclus par les États membres et constituent un des éléments importants sur lesquels devrait se fonder la négociation des accords d'investissement au niveau de l'UE.

Les clauses imposant certaines conditions relatives à l'exercice du droit d'expropriation du pays hôte sont une composante fondamentale des meilleures pratiques des États membres. Bien qu'il découle de l'article 345 du TFUE que le traité est sans incidence sur le droit d'un

¹⁷ L'article 3, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que «l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée.»

État membre à décider si un actif doit relever de la propriété publique ou privée, la jurisprudence de la Cour montre que cela n'a pas pour effet de faire échapper les mesures d'expropriation aux règles fondamentales du traité, dont celles relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux¹⁸. Par conséquent, les mesures d'expropriation dans l'UE devraient être non discriminatoires¹⁹ et proportionnées pour atteindre leur objectif légitime (par exemple en prévoyant une compensation adéquate)²⁰. L'Union devrait donc prévoir des clauses précises couvrant cet aspect dans ses propres futurs accords de commerce ou d'investissement. Il y a lieu de définir clairement l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, tels que la protection des investisseurs contre l'expropriation illégale ou le droit de chaque partie à réglementer dans l'intérêt général. Il convient également de prévoir des clauses UE garantissant le libre transfert des fonds de capitaux et de paiements par les investisseurs.

Enfin, il y a lieu de rappeler que la politique de l'UE en matière de commerce et d'investissement doit s'adapter à la façon dont l'UE et ses États membres réglementent l'activité économique à l'intérieur des frontières de l'Union et au-delà. Les accords d'investissement doivent être compatibles avec les autres politiques de l'Union et de ses États membres, y compris les politiques en matière de protection de l'environnement, de travail décent, de santé et de sécurité sur le lieu de travail, de protection des consommateurs, de diversité culturelle, de développement et de concurrence. La politique d'investissement continuera à donner à l'Union et aux États membres la possibilité d'adopter et d'appliquer les mesures qui s'imposent pour atteindre des objectifs de politique publique.

Toute politique commune d'investissement doit aussi être guidée par les principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union en général, dont la promotion de l'État de droit, des droits de l'Homme et du développement durable (article 205 du TFUE et article 21 du TUE). À cet égard, les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, qui sont actuellement mis à jour, constituent un instrument important qui contribue à équilibrer les droits et les responsabilités des investisseurs.

d) *Mise en œuvre des engagements pris en matière d'investissements*

Un des objectifs clés de l'Union consiste à garantir la bonne applicabilité des dispositions relatives aux investissements. Ces dernières années, l'Union a encore plus veillé à ce que les accords négociés dans le domaine de la politique commerciale commune puissent être et soient dûment mis en œuvre, si nécessaire en recourant à un système contraignant de règlement des différends. Dans tous ses ALE récents, l'Union a prévu un mécanisme efficace et opportun permettant le règlement des différends d'État à État. Dans l'avenir, ce système de règlement des différends couvrira les dispositions relatives aux investissements figurant dans les accords de l'UE en matière de commerce et d'investissement.

¹⁸ Voir par exemple: arrêt du 23 février 2003, affaire C-452/01, Ospelt, Rec. 2003, p. I-9743, point 24; arrêt du 1^{er} juin 1999, affaire C-302/97, Konle, Rec. 1999, p. I-3099, point 38; arrêt du 6 novembre 1984, affaire C-182/83, Fearon, Rec. 1984, p. 3677, point 7.

¹⁹ Arrêt de la Cour européenne de justice du 6 novembre 1984, affaire C-182/83, Fearon, Rec. 1984, p. 3677.

²⁰ Arrêt de la Cour de justice de l'AELE du 26 juin 2007, affaire E-2/06, Autorité de surveillance AELE/Norvège, point 79; article 17, paragraphe 1, de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Pour garantir une application efficace, les accords d'investissement prévoient également le règlement des différends entre les investisseurs et l'État, qui permet aux investisseurs d'introduire un recours contre un gouvernement directement dans le cadre d'un arbitrage international contraignant²¹. Le règlement des différends entre les investisseurs et l'État, qui est une composante essentielle de l'héritage que l'Union reçoit des TBI conclus par les États membres, est important dans la mesure où un investissement suppose d'établir avec l'État hôte une relation de long terme qu'il est difficile de recentrer sur un autre marché s'il survient un problème concernant l'investissement. Ce type de règlement des différends est si bien ancré dans les accords d'investissement que son absence aurait en réalité pour effet de décourager les investisseurs et de réduire l'attrait d'une économie hôte par rapport aux autres.

Pour ces motifs, les futurs accords de l'UE comportant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État. Ce parcours est semé d'embûches car, d'une part, le règlement des différends entre les investisseurs et l'État revêt un caractère unique en droit économique international et, d'autre part, l'Union n'a pas été un acteur majeur dans ce domaine par le passé. Dans une certaine mesure, les structures actuelles sont mal adaptées à l'arrivée de l'Union. Par exemple, la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (dite «convention du CIRDI») est ouverte à la signature et à la ratification par les États membres de la Banque mondiale ou parties au statut de la Cour internationale de justice. Or, l'Union européenne n'est ni l'un, ni l'autre.

Dans sa conception des mécanismes de règlement des différends entre les investisseurs et l'État, l'Union devrait exploiter les pratiques des États membres pour aboutir à des mécanismes de ce genre qui soient à la pointe de la modernité. Les principaux défis sont, entre autres, les suivants:

- la **transparence** du règlement des différends entre les investisseurs et l'État. Parallèlement à sa démarche dans le cadre de l'OMC, l'UE devrait veiller à ce que le règlement des différends entre les investisseurs et l'État soit mené en toute transparence [y compris pour les demandes d'arbitrage, les observations, les auditions publiques, les observations désintéressées («amicus curiae») et la publication des sentences];
- la **fragmentation des différends et des interprétations**. La cohérence et la prévisibilité sont des questions essentielles et il conviendrait de prévoir des arbitres quasi permanents (comme dans la pratique relative aux ALE de l'UE) ou des mécanismes d'appel dès lors que de nombreux recours sont susceptibles d'être formés au titre d'un accord donné;
- les **règles applicables à la conduite de l'arbitrage**. La Commission et les parties intéressées étudieront la possibilité que l'Union européenne demande à adhérer à la convention du CIRDI (ce qui exigerait une modification de ladite convention)²².

e) *La responsabilité internationale*

²¹ Le traité sur la Charte de l'énergie, auquel l'UE est partie, contient également des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État.

²² Les Communautés européennes ont réussi à négocier la modification de certains accords internationaux et à adhérer ainsi à certains accords ou organisations internationales, comme ce fut récemment le cas avec l'Organisation mondiale des douanes.

Conformément à l'objectif de la Commission de mettre en place, à l'échelle européenne, une politique en matière d'investissements internationaux, il y a lieu de traiter la question de la responsabilité internationale entre l'UE et les États membres dans le cadre des accords d'investissement de l'UE. L'Union européenne, représentée par la Commission, défendra toutes les actions menées par les institutions de l'UE. En raison de la compétence externe exclusive, la Commission estime que l'Union européenne aura également qualité de défenderesse unique à l'égard de toute mesure adoptée par un État membre et ayant une incidence sur les investissements effectués par les ressortissants ou les entreprises des États tiers relevant de l'accord concerné. Dans le cadre de l'élaboration de sa nouvelle politique en matière d'investissements internationaux, la Commission traitera ce point, et plus précisément la question de la compensation financière, en utilisant les instruments disponibles dont, éventuellement, la nouvelle législation.

4. CONCLUSION

Le fait que le traité de Lisbonne attribue à l'UE une compétence exclusive en matière d'IED revient à intégrer les IED dans la politique commerciale commune. Cela permet également à l'UE d'affirmer son propre engagement à appliquer le principe d'ouverture aux investissements qui a été si essentiel à sa prospérité et à continuer d'encourager les investissements, tant directs que de portefeuille, également en tant qu'outils de développement économique.

Jusqu'à présent, l'Union et les États membres ont progressé séparément vers l'objectif commun qui consiste à offrir aux investisseurs une sécurité juridique et un environnement d'affaires stable, prévisible, équitable et dûment réglementé. Alors que les États membres se sont concentrés sur la mise en valeur et la protection de toutes les formes d'investissements, la Commission a élaboré un programme de libéralisation centré sur l'accès au marché pour les investissements étrangers directs. À cet égard, la répartition claire et complémentaire des tâches dans le domaine des investissements a débouché sur un macrocosme d'accords d'investissement relativement vaste et fragmenté.

Pour garantir la compétitivité extérieure et le traitement uniforme de tous les investisseurs de l'UE et avoir le plus de poids possible dans les négociations, la politique commune en matière d'investissements internationaux devrait couvrir tous les types d'investissements et, notamment, englober leur protection. L'Union doit s'inspirer des meilleures pratiques qui existent, de sorte qu'aucun investisseur de l'UE ne soit moins bien loti qu'il ne le serait dans le cadre de TBI conclus par les États membres.

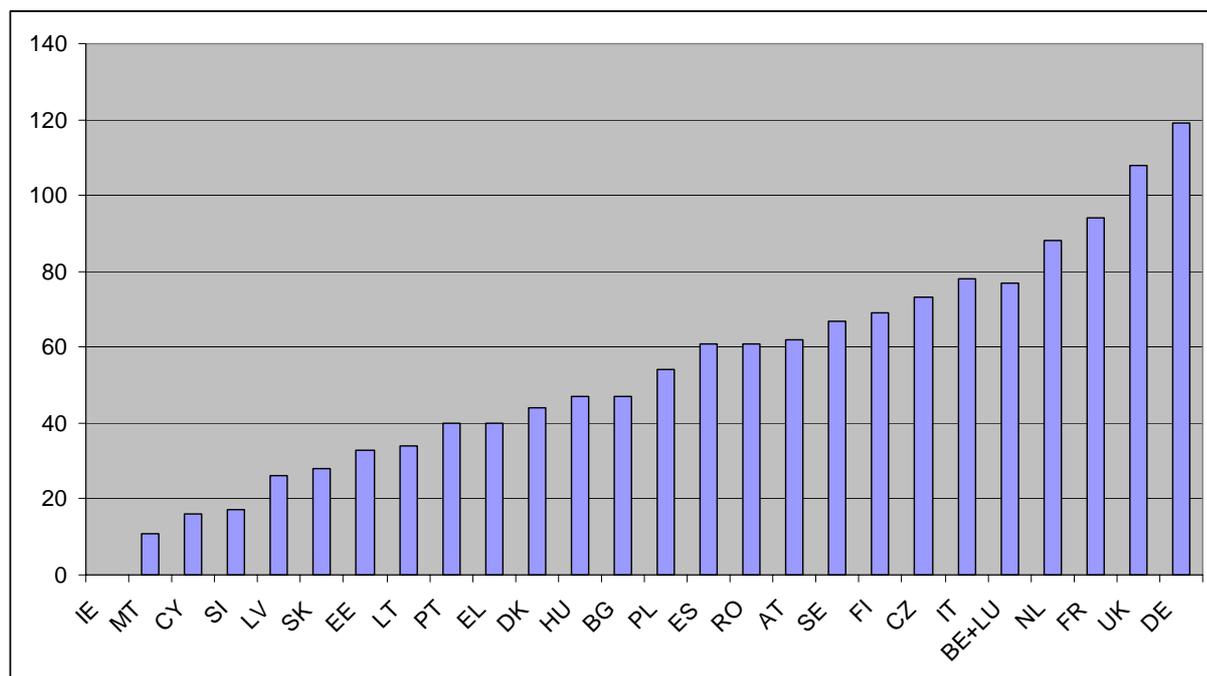
Bien que la protection et la libéralisation des investissements deviennent les instruments fondamentaux d'une politique commune en matière d'investissements internationaux, les États membres conserveront une marge de manœuvre suffisante pour concevoir et mettre en pratique des politiques destinées à encourager les investissements, qui compléteront la politique commune en matière d'investissements internationaux et trouveront naturellement leur place à ses côtés. En règle générale, une politique commune nécessitera non pas moins, mais plus de coopération et de coordination entre l'Union et les États membres.

Dans ses négociations en matière d'investissement, qui seraient en principe menées dans le contexte de négociations commerciales plus vastes, l'UE devrait s'efforcer d'obtenir de ses partenaires des engagements contraignants qui garantissent et protègent la libre circulation de tous les types d'investissements. La négociation d'accords autonomes resterait également

possible. À court terme, la Commission s'évertuera à adapter les directives de négociation de manière à élargir le champ des négociations pour un certain nombre de pays avec lesquels des négociations commerciales sont en cours, où il existe des intérêts importants et où des demandes ont été formulées. Les principes et les paramètres de ces négociations seront certes déterminés par les «meilleures pratiques» des États membres, mais la présente communication ébauche déjà, dans leurs grandes lignes, le champ d'application et les normes que l'Union devrait fixer par l'intermédiaire des négociations en matière d'investissements internationaux.

Comme expliqué ci-dessus, la proposition de règlement instaurant des dispositions transitoires relatives aux accords d'investissement entre les États membres et des pays tiers et la présente communication ne sont que des premiers pas vers l'élaboration d'une politique européenne en matière d'investissements internationaux, qui sera progressive et ciblée et prendra aussi en considération les réponses à la présente communication.

Annexe: Vue d'ensemble du nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres



Note: informations connues des services de la Commission au 15 juin 2010.