

**Avis du Comité économique et social européen sur la protection des investisseurs et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de commerce et d'investissement de l'UE avec des pays tiers**

(2015/C 332/06)

**Rapporteur: M. Sandy BOYLE**

Le 10 juillet 2014, le Comité économique et social européen (CESE) a décidé, conformément à l'article 29, paragraphe 2, de son règlement intérieur, d'élaborer un avis d'initiative sur

*«La protection des investisseurs et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de commerce et d'investissement de l'UE avec des pays tiers».*

La section spécialisée «Relations extérieures», chargée de préparer les travaux du Comité en la matière, a adopté son avis le 28 avril 2015.

Lors de sa 508<sup>e</sup> session plénière des 27 et 28 mai 2015 (séance du 27 mai), le Comité économique et social européen a adopté le présent avis par 199 voix pour, 55 voix contre et 30 abstentions.

**Glossaire des abréviations utilisées dans le présent avis**

TBI — Traité bilatéral d'investissement

AECG — Accord économique et commercial global (Canada)

CDF — Charte des droits fondamentaux

SC — Société civile

OSC — Organisation de la société civile

CE — Commission européenne

CEDH — Convention européenne des droits de l'homme

TCE — Traité sur la charte de l'énergie

CJUE — Cour de justice de l'Union européenne

PE — Parlement européen

UE — Union européenne

IDE — Investissement direct étranger

ALE — Accord de libre-échange

CIRDI — Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

AII — Accord international d'investissement

INTA — Commission du commerce international du Parlement européen

PI — Protection des investisseurs

RDIE — Règlement des différends entre investisseurs et États

LES — London School of Economics

EM — États membres de l'UE

ALENA — Accord de libre-échange nord-américain

OCDE — Organisation de coopération et de développement économiques

PME — Petites et moyennes entreprises

TBC — Transatlantic Business Council

TUE — Traité sur l'Union européenne

TFUE — Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

PTCI — Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement

CNUDCI — Commission des Nations unies pour le droit commercial international

CNUCED — Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement

PRD-OMC — Procédure de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce

## 1. Conclusions et recommandations

### Conclusions

1.1. Les IDE sont d'importants contributeurs à la croissance économique et les investisseurs étrangers doivent être protégés à l'échelle mondiale contre l'expropriation directe, ne faire l'objet d'aucune discrimination et bénéficier de droits équivalents à ceux des investisseurs nationaux.

1.2. Le droit d'un État à légiférer dans l'intérêt public est primordial et ne saurait être sapé par les dispositions d'un TII quel qu'il soit. Il est vital qu'une clause dépourvue de toute ambiguïté consacre ce droit de manière transversale.

1.3. Le RDIE ne doit pas conférer aux capitaux transnationaux un statut juridique équivalent à celui d'un État souverain, ni permettre aux investisseurs étrangers de contester le droit des gouvernements de réglementer et de déterminer la marche de leurs affaires.

1.4. Au fil du temps, le recours au RDIE a donné lieu à un certain nombre d'abus, qu'il convient maintenant de traiter. Les déficiences systématiques qui résultent du mécanisme de RDIE comprennent l'opacité, l'absence de règles claires d'arbitrage, l'absence de droit de recours, une discrimination à l'encontre des investisseurs nationaux qui n'ont pas la faculté de recourir à ce système, la crainte de protéger des investissements purement spéculatifs qui n'entraînent pas notamment de création d'emplois et la crainte d'une exploitation du mécanisme par des cabinets d'avocats spécialisés. Il s'agit dès lors de proposer une autre procédure de règlement des différends dans le souci de concilier les demandes légitimes des investisseurs et les préoccupations manifestées par le reste de la société civile et suscitées par de telles perceptions négatives du RDIE.

La consultation de la CE sur le RDIE dans le cadre du PTCI a fait clairement apparaître des divergences entre les points de vue du monde des entreprises dans son ensemble et les réactions d'une vaste majorité des répondants issus du reste de la SC.

1.5. Le pouvoir octroyé à un aréopage de trois juristes privés de juger et de prendre des décisions contraignantes dans des domaines d'intérêt général fondamental suscite la préoccupation. Bien que la CNUDCI ait adopté récemment de nouvelles règles en matière de transparence, des préoccupations subsistent, car le système actuel manque dans une large mesure de transparence et ne prévoit aucun droit de recours.

1.6. L'on s'est écarté depuis longtemps du concept à l'origine du RDIE. C'est devenu aujourd'hui un système extrêmement rentable pour un petit nombre de cabinets d'avocats spécialisés dans les investissements et qui dominent ce marché.

1.7. Certains cabinets spécialisés vantent l'utilité du RDIE en tant qu'important instrument d'atténuation du risque lié aux investissements. Dans certains cas importants, c'est devenu un outil de lobbying grâce auquel la menace de contentieux atténue les velléités de réglementation des législateurs qui poursuivent au demeurant des politiques d'intérêt public légitimes. L'attrait que le mécanisme revêtirait pour les investissements issus de fonds spéculatifs suscite également la préoccupation.

1.8. La notion d'expropriation donne lieu à un certain nombre d'interprétations libérales, suscitant une crainte grandissante que les contribuables ne soient obligés de payer une indemnisation pour les politiques d'intérêt public qui limiteraient les bénéfices.

1.9. L'accord signé à la fin de l'année 2014 entre l'UE et le Canada (l'AECG) ainsi que le chapitre distinct sur l'investissement adjoind à l'ALE conclu entre l'UE et Singapour recèlent les tous premiers chapitres sur l'investissement qui aient été jamais négociés par l'UE dans ses accords depuis 2009, lorsque le traité de Lisbonne lui a donné compétence en matière d'investissement. Bien que ces chapitres veillent à apporter des améliorations au système actuel de RDIE, ainsi qu'à établir en la matière ce que la CE prétend être un nouveau modèle de l'UE «à la pointe du progrès», ils sont bien en deçà de ce qui est requis pour lever les craintes de l'opinion publique. Les modèles prévus par l'accord avec Singapour et l'AECG diffèrent, et nombreux sont ceux qui estiment que le RDIE reste un processus déséquilibré et très coûteux, qui entrave la démocratie, ne prévoit aucun droit de recours et met en danger le droit qu'ont les gouvernements de légiférer, en octroyant aux investisseurs étrangers des droits qui vont au-delà de ceux qui sont inscrits dans les constitutions nationales et de ceux dont jouissent les investisseurs nationaux. Le CESE constate avec préoccupation que les dispositions de l'AECG relatives au RDIE servent actuellement de base à la négociation sur l'ALE devant être conclu entre l'UE et le Japon.

1.10. La transmutation entre les rôles d'arbitre et d'avocat des parties constitue un conflit d'intérêt évident que l'AECG n'aborde pas. Cela confirme que le RDIE n'est une méthode ni équitable, ni indépendante, ni équilibrée pour le règlement des différends en matière d'investissement.

1.11. Le CESE se félicite de la consultation publique sur le RDIE dans le cadre du PTCl. À la différence de ce qui s'est passé pour l'accord économique et commercial global, cette consultation a contribué à accroître la transparence des négociations du PTCl et constitue un précédent d'importance dont le Comité estime qu'il doit dès à présent s'appliquer dans toute future négociation commerciale. La réaction de la Commission a consisté à mettre en évidence quatre domaines spécifiques afin qu'ils fassent l'objet de réflexions plus approfondies; tout en sachant qu'il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive, le CESE expose en détail ses vues sur ces questions précises dans les parties 7 à 10 du présent avis.

1.12. Le Comité se félicite également de l'objectif d'éliminer les «recours futiles» dans le cadre de tout futur mécanisme de protection des investisseurs. Il est important que les parties à un AII, quel qu'il soit, jouissent de la protection d'un filtre politique général qui leur permette d'empêcher pour des raisons légitimes qu'un recours ne soit soumis à un arbitrage.

1.13. Les investisseurs devraient être incités à considérer le règlement des différends basé sur un traité comme une solution de dernier recours, et à rechercher d'autres méthodes telles que la conciliation et la médiation. L'assurance privée et la protection découlant de contrats sont des moyens appropriés par lesquels les investisseurs étrangers peuvent minimiser leurs risques.

1.14. Le besoin de protection des IDE varie d'un pays à l'autre. Dans les pays dotés d'un système juridique mûr, démocratique, fonctionnant bien et sans corruption, les différends en matière d'investissement devraient être réglés par la médiation, les tribunaux nationaux ou un règlement intervenant entre États. Ces caractéristiques existent dans l'UE, aux États-Unis et au Canada, et les volumes actuellement élevés de flux d'investissements transatlantiques montrent clairement que l'absence d'une disposition relative au RDIE n'entrave pas les investissements. Le CESE en conclut qu'une telle disposition n'est nécessaire ni dans le PTCl ni dans l'AECG, et il s'oppose à ce qu'elle y soit incluse.

1.15. Le RDIE est susceptible de faire échouer à la fois le PTCl et l'AECG. La CE doit se demander s'il est raisonnable et judicieux de poursuivre cet objectif sensible sur le plan politique et populaire auprès du public.

1.16. Les pays en développement font clairement savoir que le RDIE est un mécanisme inacceptable auquel s'opposent vivement un nombre croissant d'acteurs importants à l'échelle mondiale. Faute d'un autre système, il deviendra plus difficile d'intégrer la PI dans des accords futurs avec des pays où elle serait la plus nécessaire.

1.17. La manière dont les décisions prises dans le cadre de RDIE s'agencent avec l'ordre juridique de l'UE suscite de vives préoccupations afférentes au TUE et au droit constitutionnel. Les tribunaux d'arbitrage privé ont qualité pour rendre des décisions qui ne sont pas conformes au droit de l'Union ou portent atteinte à la CDF. Pour cette raison, le CESE estime qu'il est absolument essentiel que la conformité du RDIE avec le droit de l'Union fasse l'objet d'un contrôle par la CJUE dans le cadre d'une procédure formelle de demande d'avis, avant que les institutions compétentes n'arrêtent leur décision et avant que n'entre provisoirement en vigueur tout AII négocié par la CE.

## Recommandations

1.18. Si l'on entend trouver une solution générique pour régler les différends en matière d'investissements, celle-ci ne saurait se fonder sur un timide réaménagement du système actuel de RDIE, qui ne bénéficie que d'un faible soutien du public.

1.19. Alors que tous les États du G7 sont engagés dans des négociations avancées sur des accords globaux de commerce et d'investissement, une occasion unique se présente de trouver un système crédible qui allie les intérêts légitimes des investisseurs et les droits des États.

1.20. Si la solution réside dans une autorité unitaire, celle-ci ne devrait pas être composée d'avocats privés et elle devrait être plus accessible aux PME et prévoir un droit de recours.

1.21. Le CESE invite instamment la CE à examiner les propositions de réforme de RDIE présentées par la CNUCED et conclut que la mise en place d'un tribunal international de l'investissement constitue la meilleure solution pour garantir un système à la fois démocratique, juste, transparent et équitable.

## 2. Introduction

2.1. En adoptant son avis REX/390 <sup>(1)</sup>, à une majorité écrasante, le CESE a décidé d'élaborer un avis d'initiative sur le RDIE. Bien que cette recommandation fût spécifique au PTCl, il a été par la suite convenu d'élargir le champ d'application à la PI et au RDIE dans les accords de commerce et d'investissement avec des pays tiers.

2.2. Même si le présent avis étudie les implications globales du RDIE, il est inévitable qu'une grande partie du matériel utilisé et des références se rapportent au PTCl. Depuis le début des négociations sur le PTCl, la procédure de RDIE a été est une question prépondérante pour les parties prenantes européennes et américaines.

2.3. La CE a lancé une consultation publique en ligne d'une durée de quinze semaines (de mars à juillet 2014) sur le RDIE dans le cadre du PTCl. Le CESE a estimé qu'il était judicieux d'attendre la publication des résultats de cette consultation et d'organiser ensuite une audition publique avant de finaliser son avis. Les résultats ont été publiés à la mi-janvier 2015, et l'audition a eu lieu le 3 février 2015. Ces deux éléments ont été d'une grande aide dans l'élaboration du présent avis.

## 3. Contexte

### 3.1. Le système

3.1.1. Le RDIE est un instrument de droit international public qui accorde à un investisseur étranger le droit d'engager une procédure de règlement des différends à l'encontre d'un gouvernement étranger en vertu des dispositions d'un AII. Les traités ont pour objectif d'imposer aux parties certaines obligations de base en matière d'investissements étrangers, en fournissant des garanties que les pouvoirs publics respecteront certains principes fondamentaux tels que:

- l'obligation de ne pas exercer de discrimination fondée sur la nationalité et de garantir un traitement juste et équitable,
- l'interdiction de toute expropriation directe ou indirecte sans indemnisation rapide, adéquate et protectrice,
- la protection de la possibilité de transférer des capitaux.

3.1.2. En cas de violation alléguée de ces obligations par un État, les investisseurs étrangers couverts par l'AII peuvent recourir à l'arbitrage international au moyen du mécanisme de RDIE. Les demandeurs sont tenus de prouver que les mesures concernées leur ont causé un préjudice considérable. S'ils obtiennent gain de cause, le pays d'accueil doit les dédommager pour le préjudice subi. À la différence de ce que prévoit la PRD-OMC, l'État condamné dans une affaire n'est pas tenu de modifier sa législation.

3.1.3. Le RDIE est fondé dans une large mesure sur l'argument selon lequel il offre une espace neutre et dépolitisé pour résoudre les différends entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil. Il permet aux entreprises de poursuivre des États devant des tribunaux internationaux. Cette voie de recours n'est accessible qu'aux sociétés étrangères ou aux entreprises transnationales par l'intermédiaire d'une filiale transfrontalière. Les communautés touchées, les citoyens, les entrepreneurs nationaux et les gouvernements ne peuvent pas utiliser le même mécanisme.

3.1.4. Les arbitres ne sont pas des juges titulaires de l'autorité publique comme dans les systèmes judiciaires nationaux. Les tribunaux d'arbitrage sont composés pour l'essentiel de trois juristes privés qui siègent à huis clos et sont nommés sur une base ad hoc. Leur décision est définitive et ne peut faire l'objet d'aucun recours formel.

---

<sup>(1)</sup> Avis du CESE sur «Les relations commerciales transatlantiques et le point de vue du CESE sur l'amélioration de la coopération et un éventuel accord de libre-échange entre l'UE et les États-Unis», JO C 424 du 26.11.2014, p. 9.

3.1.5. Si les deux parties au litige le souhaitent, la procédure de RDIE peut rester tout à fait confidentielle, même si le litige concerne des questions d'intérêt public. Bien que les TBI tels que les signent habituellement les États-Unis d'Amérique favorisent une transparence accrue, le secret demeure de rigueur dans de nombreux accords actuels. Les nouvelles règles du CNUDCI en matière de transparence amélioreront sensiblement cet état des choses, pour autant qu'elles soient appliquées partout.

### 3.2. *Faits et statistiques*

3.2.1. 93 % des TBI contiennent une disposition de RDIE<sup>(2)</sup>. Un mécanisme de RDIE est également prévu dans certains accords de commerce internationaux tels que l'ALENA et dans le cadre d'accords internationaux d'investissement, comme le TCE. En 2014, le TCE est devenu le traité le plus fréquemment invoqué, dépassant l'ALENA<sup>(3)</sup>.

3.2.2. Les États membres ont conclu plus de 1 400 TBI depuis les années 50, ce qui représente environ la moitié du total mondial<sup>(4)</sup>. Ils contiennent tous des dispositions en grande partie similaires sur la PI et le RDIE. Les investisseurs de l'UE seraient les principaux utilisateurs de RDIE dans le monde (50 % du nombre total d'affaires).

3.2.3. L'UE négocie actuellement le PTCI avec les États-Unis et un accord général de libre-échange avec le Japon, tandis qu'elle a récemment conclu des négociations avec le Canada. Cet élément plus que tout autre a suscité un vaste débat public sur la nécessité d'un mécanisme de RDIE dans un chapitre consacré aux investissements.

3.2.4. Seuls neuf États membres de l'UE ont des TBI avec les États-Unis (la Bulgarie, la Croatie, la République tchèque, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la Roumanie et la Slovaquie), sept États membres ont conclu un traité de ce genre avec le Canada et aucun avec le Japon. Chacun de ces instruments est antérieur à l'adhésion à l'UE.

3.2.5. Les IDE détenus par les investisseurs américains dans ces neuf États membres équivalent à 1 % du total des IDE des États-Unis dans l'UE. Les flux sortants d'IDE de ces États membres vers les États-Unis ne représentent quant à eux que 0,1 % du stock total d'IDE aux États-Unis<sup>(5)</sup>.

### 3.3. *Nombre de dossiers*

3.3.1. Les affaires de RDIE ont proliféré de façon spectaculaire entre 2002 et 2014 (58 en 2013 et 42 en 2014)<sup>(6)</sup>, tandis que le nombre de procédures d'arbitrage fondées sur les traités s'élevait à 610 à la fin de 2014. Toutefois, étant donné que la plupart des instances d'arbitrage ne tiennent pas de registre public des recours, il est estimé que le nombre total de cas est supérieur à ces chiffres.

3.3.2. Sur les 356 cas connus qui ont été tranchés, 25 % l'ont été en faveur de l'investisseur et 37 % en faveur de l'État. Les termes spécifiques de 28 % des cas sont restés confidentiels.

### 3.4. *Du temps et de l'argent*

3.4.1. Le coût moyen d'une procédure d'arbitrage est de 4 millions de dollars des États-Unis (USD) par partie, dont environ 82 % de frais de justice<sup>(7)</sup>. Certaines nécessitent plusieurs années pour être menées à leur terme.

3.4.2. Le caractère élevé de ces coûts a mené à l'augmentation du financement des recours en arbitrage par des tiers. La réduction du risque financier pour les entreprises contribue à une augmentation de recours futiles pour lesquels les États doivent cependant supporter pleinement les frais de justice. Le CESE s'oppose fermement à ce que des fonds spéculatifs puissent investir dans des procédures spécifiques de RDIE afin de bénéficier d'une partie de la compensation éventuellement accordée, comme il en a été fait état<sup>(8)</sup>.

<sup>(2)</sup> OCDE (2012), *ISDS: a scoping paper for the investment policy community (RDIE: document d'orientation pour les acteurs des politiques en matière d'investissements)* (en anglais).

<sup>(3)</sup> CNUCED, «Recent trends in IIAs and ISDS — No 1», février 2015 («Tendances récentes en matière d'AII et de RDIE — n° 1») (en anglais), [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf)

<sup>(4)</sup> Notice accompagnant la consultation publique relative au RDIE dans le PTCI.

<sup>(5)</sup> CNUCED, «ISDS Information Note on the US and EU».

<sup>(6)</sup> Voir note de bas de page n° 3.

<sup>(7)</sup> E (SN/EP/6777), 10 décembre 2013.

<sup>(8)</sup> Centre de recherche du Parlement européen, «ISDS and prospects for reform» («RDIE et perspectives de réforme») (en anglais) [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS\\_BRI\(2015\)545736\\_REV1\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI(2015)545736_REV1_EN.pdf)

#### 4. Les arguments en faveur du RDIE

4.1. À l'exception de l'Irlande, tous les EM sont liés par des TBI prévoyant un mécanisme de RDIE. Il existe également 190 TBI intra-européens, qui représentent 16 % de l'ensemble des cas de RDIE recensés dans le monde.

4.2. L'objectif consistant à parvenir à un régime de RDIE figure dans le mandat de négociation de la CE approuvé en 2012 par les 27 EM d'alors. Ce qui est envisagé est un «*mécanisme de règlement des différends efficace et de qualité élevée*».

4.3. Selon la CE<sup>(9)</sup>, la procédure de RDIE est:

- *un outil de premier ordre pour protéger les investissements et, partant, pour promouvoir et garantir la croissance économique dans l'UE,*
- *un moyen efficace pour faire respecter les obligations sur lesquelles nos partenaires commerciaux s'accordent avec nos investisseurs lorsqu'ils signent des traités d'investissement.*

4.4. Une table ronde organisée par le groupe des employeurs du CESE sur le TCPI s'est soldée par une déclaration commune<sup>(10)</sup> comme suit: «*Un accord international tel que le PTCI devrait créer les conditions qui permettront à l'avenir d'attirer des investissements conséquents sur le marché transatlantique. Les investisseurs jouiront notamment d'un vaste accès au marché et d'un traitement non discriminatoire de part et d'autre de l'Atlantique. Il s'agira également d'améliorer la politique actuelle en matière de PI, y compris le RDIE, en le rendant plus accessible aux PME et en trouvant le juste équilibre entre, d'une part, les droits des investisseurs et, d'autre part, le droit des États et des autorités locales de légiférer dans l'intérêt du public*». La nécessité de veiller à ce que les dispositions du PTCI relatives au RDIE n'entraient en rien la capacité des États membres de l'UE à légiférer dans l'intérêt de leur population figurait aussi dans les conclusions d'une réunion conjointe organisée en juin 2014 sur le thème des négociations transatlantiques, par les catégories «Agriculteurs» et «Consommateurs & Environnement».

4.5. La nécessité d'un mécanisme de RDIE est fermement soutenue par les milieux des entreprises de part et d'autre de l'Atlantique, qui y voient une garantie fondamentale pour les investisseurs étrangers. Ils font valoir:

- qu'il s'agit d'un élément vital de la protection des investissements, qui prévoit un mécanisme de règlement des litiges neutre et fondé sur les faits, assorti de règles visant à promouvoir le respect des accords et éviter les recours abusifs,
- qu'il contribue à établir le droit des États de légiférer et le droit des investisseurs d'être protégés par le droit international.

4.6. Ces mêmes entreprises font également valoir que la procédure de RDIE est une solution de dernier recours et qu'elle n'est utilisée que dans les cas extrêmes, lorsque toutes les autres possibilités ont échoué, et que près de 90 % des TBI n'ont jamais donné lieu à un recours de la part des investisseurs. En outre, alors que le volume d'IDE au niveau mondial est supérieur à 25 000 milliards d'USD, il n'y a eu que quelque 500 cas depuis 1987. Le fait d'obtenir gain de cause devant un tribunal arbitral n'engendre qu'une réparation pécuniaire. Les arbitres n'ont pas la possibilité de modifier la législation ou les mesures adoptées par les États<sup>(11)</sup>.

4.7. Par ailleurs, les entreprises font également valoir qu'un système fonctionnel et moderne de RDIE est important aussi pour les PME, qui sont à l'origine de 22 % des recours intentés dans le monde<sup>(12)</sup>.

4.8. En dépit des appels lancés par le monde des entreprises en faveur de la conclusion d'un accord libéral en matière d'investissements<sup>(13)</sup>, il est reconnu que des mesures devraient être prises afin de faire du RDIE un instrument plus efficace, moderne, prévisible et transparent. Il plaide pour des définitions plus claires de notions importantes telles que «investisseur/investissement», «traitement juste et équitable» et «expropriation indirecte»<sup>(14)</sup>.

<sup>(9)</sup> CE — Fiche d'information sur le RDIE — paragraphe 2, 3 octobre 2013.

<sup>(10)</sup> CESE — Table ronde sur les affaires — Déclaration commune sur le PTCI, 16 décembre 2014.

<sup>(11)</sup> BusinessEurope, «ISDS — Overview of BusinessEurope position», février 2015 («RDIE — Aperçu de la position de BusinessEurope») (en anglais).

<sup>(12)</sup> Idem et EUROCHAMBRES, Document de synthèse — «Views and priorities for the negotiations with the US for a TTIP», 6 décembre 2013 («Points de vue et priorités pour les négociations avec les États-Unis en vue d'un PTCI») (en anglais).

<sup>(13)</sup> Transatlantic Business Council, «Comments of the TBC regarding the proposed TTIP», 10 mai 2013 («Observations du TBC concernant le PTCI proposé») (en anglais).

<sup>(14)</sup> BusinessEurope, «TTIP — An Indispensable Tool to Protect Investors», 2 mai 2014; «ISDS — Overview of BusinessEurope position», février 2015 («RDIE — Aperçu de la position de BusinessEurope») (en anglais).

4.9. Compte tenu de la très grande visibilité des négociations sur le PTCI, l'AECG et sur un ALE entre l'UE et le Japon, il est fait valoir que si l'on ne parvient pas à un accord négocié à ce niveau, cela sera particulièrement néfaste pour les perspectives de négociation d'un RDIE dans tout autre TBI, dès lors que chaque accord aura une incidence sur ceux qui sont en préparation.

## 5. Préoccupations et opposition

5.1. Le RDIE ne bénéficie pas du même soutien dans d'autres pans importants de la SC. Toutefois, il existe un large consensus sur le fait que les investisseurs étrangers doivent être protégés contre l'expropriation directe, ne pas faire l'objet de discriminations et avoir accès aux mêmes possibilités que celles dont jouissent les investisseurs nationaux.

5.2. Les syndicats, les organisations non gouvernementales (ONG), les organisations de consommateurs ainsi que les organisations de protection de l'environnement et de la santé publique sont vivement opposés au partenariat transatlantique.

5.3. La préoccupation principale porte sur le fait que le système de RDIE ne serait pas adapté à son objectif et qu'il confère aux capitaux transnationaux un statut juridique équivalent à celui d'un État souverain. Le Comité relève cependant que lorsque deux États souhaitent promouvoir leurs relations économiques mutuelles au moyen d'un AII, chacun promettra à l'autre de garantir certains degrés de traitement des investisseurs et des investissements en provenance de l'autre État.

5.4. À partir de débuts modestes, lorsque le RDIE visait à ce que les IDE soient indemnisés en cas d'expropriation directe de propriété privée par les gouvernements nationaux de pays en développement au système judiciaire dysfonctionnel, il s'est transformé en un mécanisme qui:

- modifie de façon fondamentale l'équilibre du pouvoir entre les investisseurs, les États et les autres parties concernées,
- donne la priorité aux droits des entreprises par rapport au droit des gouvernements de légiférer et au droit souverain qu'ont les nations de déterminer la marche de leurs affaires.

5.5. L'expropriation s'est étendue jusqu'à inclure les *mesures d'effet équivalant à une expropriation*, l'*expropriation indirecte* et l'*expropriation réglementaire*. Il en résulte que des recours sont acceptés contre toute mesure publique susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires, les bénéficiaires futurs ou les bénéficiaires qu'il est raisonnable d'escompter, même si la politique ou la mesure attaquée revêt un caractère général et ne s'applique pas spécifiquement à un investissement.

5.6. Des arrêts défavorables des tribunaux nationaux ont été attaqués au motif qu'ils constituaient des «expropriations». Le géant pharmaceutique américain Eli Lilly, par exemple, réclame 500 millions de dollars canadiens (CAD) au Canada, arguant que des arrêts de la Cour fédérale concernant deux médicaments brevetés constituent une violation des droits des investisseurs. C'est la première fois qu'une société pharmaceutique tente d'utiliser les privilèges extraordinaires prévus par des accords commerciaux conclus par le gouvernement des États-Unis pour faire en sorte qu'un monopole résultant d'un brevet bénéficie d'une protection accrue<sup>(15)</sup>.

5.7. Des cabinets d'avocats d'entreprise spécialisés jouent aujourd'hui un rôle de conseil et exploitent des cas qui n'ont que peu à voir avec l'expropriation de la propriété privée. Un petit nombre de cabinets spécialisés dans le droit des investissements surfent sur ce tsunami contentieux et dominent le marché.

### 5.8. Le RDIE est-il nécessaire dans le PTCI?

5.8.1. Dans le cadre du PTCI, il est difficile d'affirmer que les investisseurs ont des raisons de s'inquiéter des systèmes juridiques nationaux. L'UE et les États-Unis disposent de systèmes juridiques matures et robustes. Il n'y a pas de raison évidente pour que les droits des investisseurs étrangers ne puissent être adéquatement protégés par l'inclusion dans l'accord d'une simple règle de protection juridique non discriminatoire et d'égalité d'accès aux tribunaux nationaux. Des arguments analogues peuvent être avancés dans le cas du Canada et du Japon. Lorsqu'il s'avère difficile de faire valoir dans ces démocraties très avancées les droits internationaux par la négociation, la médiation ou les tribunaux nationaux, il conviendrait alors de résoudre le litige en premier lieu par un règlement intervenant entre États.

<sup>(15)</sup> <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet> (en anglais).

5.8.2. La LSE estimait dans un rapport d'analyse du modèle de TBI américain de 2012 que, «dans certains domaines significatifs, les TBI des États-Unis vont au-delà de ce que prévoit la législation du Royaume-Uni. Pour ces raisons et au vu de l'ampleur des investissements américains au Royaume-Uni, nous croyons qu'il existe un risque important de coûts politiques pour le Royaume-Uni si de futures orientations politiques devaient être abandonnées ou modifiées en raison d'objections de la part d'investisseurs américains au Royaume-Uni».

5.8.3. On ne peut légitimement prétendre que l'absence de mécanisme de RDIE est un frein aux investissements en provenance de l'étranger. Leur volume varie fortement d'un État de l'UE à l'autre. Certains des États membres de l'UE dont le TBI avec les États-Unis prévoit une procédure de RDIE figurent parmi ceux qui reçoivent le moins d'investissements en provenance des États-Unis:

- le volume des IDE entre les États-Unis et l'Union européenne s'élève actuellement à plus de 2 500 milliards d'USD (1 500 milliards d'EUR), toutes directions confondues. La Belgique accueille à elle seule plus de quatre fois d'IDE provenant des États-Unis que la Chine,
- le Brésil, pays d'Amérique latine qui reçoit le plus d'IDE, n'a pas d'accords d'investissement prévoyant de RDIE,
- l'Australie a montré qu'un pays peut valablement exclure la protection des investissements d'un accord commercial avec un pays (États-Unis) et l'intégrer dans un accord avec un autre pays (Corée). Il n'y a aucune raison pour que l'UE ne puisse elle aussi procéder de la sorte.

5.8.4. Il est extrêmement douteux que l'absence d'un mécanisme de RDIE dans le PTCI aurait pour effet d'affaiblir la possibilité pour l'UE d'inclure ou non un tel mécanisme dans de futurs accords bilatéraux d'investissement et accords d'investissement avec des pays non membres de l'OCDE tels que la Chine. La Chine a d'ores et déjà tissé une toile dense comptant plus de 130 TBI (notamment avec 26 États membres). La Chine souhaite tout autant que l'UE parvenir à un accord. Ce que l'on est en revanche en droit de se demander, c'est s'il serait dans l'intérêt de l'UE de permettre aux entreprises d'État chinoises, qui sont pour l'essentiel une extension du gouvernement chinois, d'utiliser le RDIE pour s'opposer aux politiques publiques. Cela permettrait à un pays étranger d'utiliser ce qui est censé être une procédure commerciale pour s'engager dans une problématique qui devrait être résolue par la voie de la négociation et de la diplomatie.

5.8.5. Un rapport détaillé publié en mars 2015 par le Centre d'études de la politique européenne, le Centre pour les relations transatlantiques et l'Université Johns Hopkins parvenait à la conclusion que «[...] l'introduction d'un chapitre relatif à la protection des investissements dans le cadre du PTCI assorti du RDIE n'est guère susceptible de procurer à l'UE des avantages politiques et économiques significatifs. Notre analyse suggère également que l'insertion de telles dispositions entraînerait des coûts économiques et politiques considérables pour l'UE. Quand bien même il importe de ne pas exagérer l'ampleur de ces coûts éventuels, notre analyse d'ensemble révèle qu'il est hautement probable que ceux-ci soient supérieurs à tout éventuel avantage pour l'UE. Par conséquent, nous indiquerions, à moins que le RDIE ne s'accompagne d'importantes concessions de la part des États-Unis qui permettraient de compenser les coûts qu'il entraîne, qu'il serait prudent pour l'Union européenne d'envisager d'autres solutions»<sup>(16)</sup>.

## 5.9. La scène politique actuelle

5.9.1. L'Afrique du Sud, la Bolivie, l'Équateur, le Venezuela et l'Indonésie ont commencé à annuler ou à supprimer progressivement les TBI qu'ils avaient conclus. L'on rapporte que l'Inde serait également en train de revoir ses traités et, à la suite de l'affaire Philip Morris, l'Australie a annoncé qu'elle s'opposerait à l'avenir à l'insertion d'une clause de RDIE dans quel que accord que ce soit.

5.9.2. La Conférence nationale des législateurs, qui représente l'ensemble des organes parlementaires des 50 États fédérés des États-Unis, a annoncé<sup>(17)</sup> qu'elle «n'approuvera pas d'accord commercial qui comporte une clause de règlement des litiges entre investisseurs et États», parce que celle-ci porte atteinte à leur «capacité, en tant que législateurs des États, à arrêter et à appliquer des règles équitables et non discriminatoires pour protéger la santé publique, la sécurité et le bien-être, garantir la santé et la sécurité des travailleurs et protéger l'environnement».

<sup>(16)</sup> «Transatlantic Investment Treaty Protection» («Protection par le traité des investissements transatlantiques»), publié simultanément sur les sites internet du CEPS ([www.ceps.eu](http://www.ceps.eu)) et du CTR (<http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

<sup>(17)</sup> <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf> (en anglais).

5.9.3. La résistance au RDIE s'intensifie également en Europe, l'Allemagne, la Grèce, la France et l'Autriche exprimant leurs doutes concernant les droits des investisseurs dans le cadre du PTCI.

5.9.4. En la matière, le Parlement européen a tiré un coup de semonce lorsque les membres de son influente commission INTA ont appelé à ne plus faire figurer de dispositions sur le RDIE dans le PTCI.

5.9.5. Le Comité des régions souligne avec force que les mécanismes de RDIE applicables aux relations entre l'UE et les États-Unis, qui contournent les juridictions ordinaires, comportent des risques significatifs et qu'à ce titre il les juge superflus<sup>(18)</sup>.

5.9.6. Cet état d'esprit reflète celui des très nombreuses OSC européennes opposées au RDIE dans le cadre du PTCI. L'un des arguments essentiels est la faculté dont dispose un investisseur de former encore un recours devant un tribunal d'investissement même après avoir recouru au système juridictionnel interne et obtenu un jugement définitif. Ce tribunal d'investissement agit alors en ressort ultime; du point de vue de la démocratie, une telle situation est considérée comme une hérésie.

## 6. La consultation publique de la Commission sur la protection des investisseurs et le RDIE dans le cadre du PTCI

6.1. Le CESE se félicite de la décision de la Commission de lancer une consultation publique sur le RDIE dans le cadre du PTCI. Si l'on omet les doublons, cette consultation a recueilli 143 053 réponses, chiffre qui prouve tout l'intérêt qu'y attache le public. Le document de travail des services de la Commission publié en janvier 2015 fournit une analyse approfondie de la teneur et de la substance de cette réaction du public<sup>(19)</sup>.

6.2. Cette consultation s'appuyait sur un texte de référence fondé sur l'AECG. Il est fâcheux que ce dernier projet d'accord, tout comme celui avec Singapour, n'ait pas fait l'objet d'une consultation publique. Cependant, le fait même de n'utiliser comme base d'une consultation publique le texte de l'AECG, dont la négociation est achevée, *qu'à partir du moment où ce texte est définitif* a suscité certaines inquiétudes selon lesquelles cette consultation publique ne serait guère plus qu'un *fait accompli* et ne viserait qu'à entériner la nouvelle génération d'accords d'investissement proposés par l'UE. Cette crainte a été attisée par le fait que le document de consultation s'attachait avant tout aux modalités et ne prévoyait aucune question spécifique portant sur le principe même de l'insertion du RDIE dans le PTCI. Toutefois, cette consultation visait à consulter les parties prenantes sur les manières d'améliorer le RDIE dans le cadre du PTCI.

6.3. Cette consultation n'a guère ajouté d'éléments nouveaux à la pléthore d'informations déjà disponibles issues du vif débat public mené en ligne sur le RDIE. Elle a néanmoins constitué un exercice d'une très grande utilité en permettant de lier entre eux les différents volets de l'argumentation et en donnant l'occasion à la société civile d'apporter une contribution directe.

6.4. Il est regrettable que certains défenseurs du RDIE n'aient fait que peu de cas des 97 % de réponses présentées collectivement au moyen de diverses plates-formes en ligne. De telles réponses collectives constituent un élément légitime dans le cadre d'une consultation publique. Le CESE se félicite de l'assurance de la CE selon laquelle *«toutes les réponses ont été prises en considération sur un pied d'égalité»*.

6.5. Le CESE relève que moins de 1 % des participants ont déclaré être des investisseurs aux États-Unis, mais il estime qu'il n'y a pas là sujet à préoccupation. Sur des questions telles que la démocratie et le droit souverain des États à déterminer la marche de leurs affaires, la contribution et l'avis de la société civile fondés sur une large base constituent des éléments essentiels et indispensables.

6.6. La CE a mis en évidence quatre domaines pour lesquels il conviendrait d'étudier des améliorations supplémentaires:

- la protection du droit à légiférer,
- la mise en place et le fonctionnement des tribunaux d'arbitrage,
- les liens entre les systèmes judiciaires nationaux et la procédure de RDIE,
- la révision des décisions prises dans le cadre de la procédure de RDIE au moyen d'un mécanisme d'appel.

<sup>(18)</sup> Voir l'avis du Comité des régions adopté en février 2015 sur le «Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI)», dossier ECOS-V-063.

<sup>(19)</sup> Voir: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf) (en anglais).

Ils sont évoqués de manière détaillée dans le document de réflexion intitulé «Les investissements dans le cadre du PTCl et au-delà — Le processus de réforme», présenté par M<sup>me</sup> Malmström, membre de la Commission, au Parlement européen et au Conseil en mai 2015.

6.7. Le CESE est surpris d'apprendre que, lors de la réunion consacrée au dialogue avec la société civile qui s'est tenue le 18 mai, il a été confirmé que le modèle de protection des investisseurs actuellement repris dans le cadre des négociations en vue d'un ALE avec le Japon n'est autre que celui qui a été instauré dans l'AECG. Étant donné que dans son document de réflexion intitulé «Les investissements dans le cadre du PTCl et au-delà — Le processus de réforme», présenté au Parlement européen le 6 mai, la commissaire a identifié de nombreux domaines dans lesquels de nouvelles améliorations pourraient être apportées au texte de l'AECG, le Comité s'inquiète que celui-ci demeure le fondement des négociations menées avec un partenaire international aussi important que le Japon.

## 7. Le droit à légiférer

7.1. Le CESE est préoccupé de la contribution du Forum européen des services à la consultation publique, contribution qui appelle à réduire au minimum les exceptions et les restrictions et demande à la CE «d'utiliser le mandat de négociation que lui confère le traité de Lisbonne en vue d'améliorer et de renforcer, et non de diluer» le RDIE. Ces demandes prévoient notamment «des clauses sans réserve de la nation la plus favorisée et de traitement national; une clause sans réserve de traitement juste et équitable; une large clause de protection, l'absence d'exception pour des secteurs particuliers, l'absence de mécanismes de filtrage, une indemnisation intégration pour toute expropriation directe ou indirecte»<sup>(20)</sup>.

7.2. L'on recourt de plus en plus fréquemment au RDIE dans le but de contourner les systèmes juridiques nationaux et d'intenter des actions contre les gouvernements auprès de tribunaux internationaux de droit privé, en réclamant des contribuables une indemnisation du fait de politiques d'intérêt public qui porteraient prétendument atteinte aux bénéfices. Ce phénomène se manifeste tout particulièrement dans les domaines de la santé et de la protection de l'environnement.

7.3. De récentes affaires très médiatisées ont renforcé l'opposition au RDIE:

- Philip Morris contre l'Australie sur l'emballage des cigarettes, où le cigarettier fait valoir qu'il a été spolié de la valeur de ses investissements dans des marques commerciales et d'autres droits de propriété intellectuelle.
- Sur la base des dispositions du traité sur la charte de l'énergie, Vattenfall tente d'obtenir de l'Allemagne plus de 3,7 milliards d'USD à la suite de la décision de cet État de sortir progressivement du nucléaire.
- Lone Pine contre le Canada, pour un montant de 250 millions de CAD après que la province du Québec a imposé un moratoire sur la fracturation hydraulique du fait de préoccupations environnementales.
- Veolia contre l'Égypte, pour la décision de cette dernière d'augmenter le salaire minimal et dont l'entreprise estime qu'elle est de nature à porter atteinte à ses bénéfices.
- La Libye a été condamnée à verser 935 millions d'USD à une société koweïtienne pour avoir annulé un projet dans le secteur du tourisme, au titre du manque à gagner découlant de possibilités réelles et certaines<sup>(21)</sup>. L'investisseur n'avait engagé que 5 millions d'USD dans ce projet dont les travaux de construction n'ont jamais commencé.
- La Roumanie a été poursuivie par Micula pour un investissement que ce dernier avait réalisé avant que cet État n'adhère à l'Union européenne, et pour lequel il avait bénéficié d'une incitation du gouvernement en faveur des entreprises. Lorsque la Roumanie est entrée dans l'UE, elle a mis fin à son programme d'incitation, afin de se conformer aux règles en matière d'aides d'État. Le Tribunal a accordé une indemnisation d'un montant de 116 000 USD, majoré des intérêts (soit un total estimé à 250 000 USD), du fait du non-respect des obligations posées par le traité bilatéral d'investissement. En 2014, la DG Concurrence a enjoint à titre conservatoire à la Roumanie de ne pas verser cette somme dans la mesure où celle-ci serait considérée comme une aide d'État illégale. Nonobstant, les arbitres ont autorisé Micula à poursuivre sa procédure d'indemnisation devant les tribunaux des États-Unis, au moyen d'une clause de renvoi à la convention de New York.

<sup>(20)</sup> Réponse du Forum européen des services (European Services Forum — ESF) à la consultation publique sur le RDIE, 20 juin 2014.

<sup>(21)</sup> Voir <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/> (en anglais).

7.4. Les traités d'investissement interdisent toute restriction au rapatriement des fonds ou des bénéfices. Les gouvernements ne peuvent pas imposer de contrôles sur les capitaux pour mettre un terme aux attaques contre leurs monnaies ni restreindre les flux de capitaux spéculatifs («*fébriles*») lors d'une crise, alors même que le FMI considère que ces contrôles constituent une mesure politique essentielle. Aucun État n'a été frappé plus durement que l'Argentine par une affaire de RDIE, puisque celle-ci a dû verser plus de 500 millions d'USD à la suite de sa décision en 2002 de décrocher le peso du dollar.

7.5. Le chapitre 11 de l'AECG sur le «Commerce transfrontalier des services» prévoit certes des exclusions pour les services publics, mais ces derniers ne bénéficient d'aucune exemption ou exclusion au titre du chapitre 10 («Investissement»). S'il apparaît légitime, en principe, de protéger les investisseurs contre des actes arbitraires des pouvoirs publics nationaux, la définition de la notion d'«expropriation», et tout particulièrement celle d'«expropriation indirecte», suscite des inquiétudes quant à la capacité des États à reprendre à leur compte, pour des motifs légitimes de politique publique, certaines activités exercées actuellement par des entités commerciales. L'«expropriation» au sens du chapitre 10 recouvre toute disposition législative qui a pour effet de réduire la valeur des entreprises privées. Son indemnisation doit refléter les «*pertes réelles*». Une telle disposition serait alors prohibitive sur le plan économique pour les États qui souhaiteraient éventuellement reprendre à leur compte la fourniture de services.

7.6. L'AECG admet que la définition de l'expropriation indirecte est trop large et le paragraphe 3 de son annexe X.11 s'emploie à clarifier la question en citant les buts de politiques publiques qui ne constitueraient pas une expropriation indirecte, tels que la santé, la sécurité ou encore l'environnement. Il est néanmoins à craindre que cette disposition puisse être interprétée dans un sens limitatif, laissant d'autres grands objectifs de politique publique, tels que la politique économique, la politique budgétaire ou la renationalisation des services essentiels, à la merci de recours au titre d'une expropriation indirecte dans le cadre du RDIE. Il est indispensable de clarifier cette question.

7.7. En annonçant son intention d'empêcher les investisseurs de recourir au RDIE de manière abusive, la CE déclare qu'elle «*souhaite inclure des dispositions visant à décourager les recours futiles*»<sup>(22)</sup> dans le cadre du PTCl. Le projet d'AECG prévoit également une procédure rapide pour rejeter les recours infondés et futiles. Il sera toutefois extrêmement difficile de définir strictement le terme «*futile*» au sens strictement juridique et une telle définition peut ouvrir la voie à l'enrichissement d'un terrain déjà fertile pour les juristes spécialistes des investissements.

7.8. Le projet d'AECG prévoit également une définition étroite du «*traitement juste et équitable*». Les adversaires du RDIE considèrent qu'elle est trop large, alors que le milieu des entreprises en déplore le manque de souplesse. Elle laisse encore une marge d'interprétation au Tribunal et elle ne prévoit pas de mécanisme souple de révision.

7.9. La simple menace d'une procédure dans le cadre du RDIE peut susciter une frilosité règlementaire qui dissuade les gouvernements de réglementer dans l'intérêt public de peur des litiges et des sanctions qui en résultent. Par exemple, dans l'attente de la décision dans l'affaire Philip Morris contre l'Australie, le gouvernement néo-zélandais a suspendu sa propre loi sur le conditionnement neutre du tabac.

7.10. Dans une note d'information, le cabinet d'avocats Freshfields Bruckhaus Deringer indique à l'intention de sa clientèle internationale que «*les entreprises sont aujourd'hui plus attentives à l'importance que peuvent revêtir les traités d'investissement, car ces derniers constituent non seulement leur ultime protection en cas de problème, mais aussi un important instrument d'atténuation du risque initial lors du lancement des investissements*».

7.11. Bien que la CE se soit engagée à faire en sorte, dans le cadre des futurs accords de commerce ou d'investissement de l'UE, qu'il soit impossible de contraindre un État à abroger une mesure, cet engagement ne tient pas compte des effets possibles de la menace d'une amende considérable une fois engagée une action en justice dont l'enjeu est une somme de plusieurs milliards de dollars.

7.12. Le projet d'AECG prévoit également que la partie qui succombe supporte les coûts de l'arbitrage. Cela signifie que ceux qui soumettent des recours manifestement dénués de fondement seront tenus de payer tous les dépens. Toutefois, en comparaison des gains possibles, les montants colossaux sur lesquels portent nombre des recours les plus récents ne constitueront probablement pas un obstacle pour des sociétés multinationales gorgées de liquidités et pour des cabinets d'avocats spécialisés. En revanche, un coût moyen de 4 millions d'USD par partie ne peut que dissuader les PME lorsqu'il s'agit de soumettre un recours au titre des dispositions relatives au RDIE.

---

<sup>(22)</sup> Fiche d'information de la CE sur le RDIE, 3 octobre 2013.

## 8. Mise en place et fonctionnement de tribunaux d'arbitrage

8.1. Le système existant est décrit dans la troisième partie ci-avant. Dans le cadre de la consultation, cette question a suscité de vives inquiétudes.

De manière générale, l'on s'accorde sur l'impossibilité de maintenir le RDIE sous sa forme actuelle.

### 8.2. *Les arbitres d'investissement*

8.2.1. Pour chaque différend, chaque partie désigne son arbitre et toutes deux doivent s'accorder sur le troisième; si elles n'y parviennent pas, c'est en général une autorité de désignation qui en décide. Ce n'est pas le cas des juges nationaux, auxquels les affaires sont attribuées en l'absence de toute intervention des parties. Le plus souvent, ces arbitres sont issus du CIRDI ou de la CNUDCI et sont d'éminentes sommités de la profession juridique. L'on trouve parmi eux des juristes expérimentés, des professeurs et d'anciens juges. Contrairement à la pratique en vigueur à l'OMC, il ne semble pas que des avocats des gouvernements en matière de RDIE ou des négociateurs des traités d'investissement aient été choisis comme arbitres d'affaires impliquant d'autres États.

8.2.2. Comme l'a constaté le Corporate Europe Observatory (CEO)<sup>(23)</sup>, nombre d'entre eux ont également agi en tant qu'avocats dans d'autres affaires: 50 % auprès des investisseurs et 10 % auprès des États. Certains vont jusqu'à considérer que cette transmutation des rôles au sein d'un groupe assez restreint (15 avocats ont agi en qualité d'arbitre dans 55 % de l'ensemble des affaires)<sup>(24)</sup> produit une solidarité de corps qui peut aboutir à des «*compromis malsains*»<sup>(25)</sup>. Une augmentation des récusations des arbitres proposés par les parties en litige est un symptôme des inquiétudes pesant sur l'impartialité du groupe de candidats<sup>(26)</sup>.

8.3. Bien que nombreux soient ceux qui reconnaissent que les dispositions de l'AECG relatives au choix et à la conduite des arbitres et au déroulement de la procédure apportent des améliorations de certains aspects, il est manifeste que ces dispositions ne recueillent pas un large soutien au sein de la société civile. De graves inquiétudes planent sur la constitution et le fonctionnement des tribunaux d'arbitrage:

- Les propositions des États pour légiférer dans l'intérêt général pourraient toujours faire l'objet d'une demande d'indemnisation dont sera saisi un aréopage de trois juristes privés.
- Les garanties apportées en matière de conflits d'intérêts sont faibles et ne contribuent guère à apaiser les craintes qu'il soit impossible d'y remédier dans le cadre d'un système de RDIE. L'article X.25 de l'AECG de l'accord prévoit que les arbitres se conforment aux lignes directrices de l'Association internationale du barreau (International Bar Association) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. Cette disposition ne résout cependant pas le problème fondamental qui se pose lorsque des personnes données agissent en qualité d'avocat ou d'arbitre pour la même partie dans différentes affaires, et qui constitue ainsi le principal conflit d'intérêts.
- Le projet d'AECG prévoit que le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique à la divulgation de renseignements au public et que les audiences sont ouvertes à ce dernier. Cet effort de transparence, séduisant à première vue, est fortement modéré par le large pouvoir d'appréciation dont dispose le tribunal pour tenir les audiences à huis clos et pour ne pas divulguer les documents.

<sup>(23)</sup> Le Corporate Europe Observatory (Observatoire des entreprises en Europe — CEO) est un groupe à but non lucratif de recherche et de pression qui mène des activités de recherche et publie des rapports sur les activités de lobbying des entreprises à l'échelon de l'Union européenne (<http://corporateeurope.org/>).

<sup>(24)</sup> SRPE, «RDIE: état des lieux et perspectives de réforme», 21 janvier 2014.

<sup>(25)</sup> Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international n° 2012/3, p. 44 et 45 (disponible en anglais).

<sup>(26)</sup> CNUCED, Reform of ISDS — In Search of a Roadmap — Issues Note No 2 («Réforme du règlement des différends: à la recherche d'une feuille de route»), juin 2013, p. 4.

## 9. Liens entre les systèmes judiciaires nationaux et la procédure RDIE

9.1. Actuellement, les investissements directs étrangers (IDE) jouissent d'un droit presque unique grâce auquel une personne peut traduire un État devant un tribunal d'arbitrage en vertu du droit international. Le droit international des droits de l'homme confère des droits spécifiques, mais afin principalement d'éviter le contournement des systèmes juridiques nationaux, les particuliers sont tenus d'épuiser les voies de recours en droit interne avant de pouvoir soumettre un recours devant une juridiction internationale. L'AECG n'exige pas d'épuiser les voies de recours nationales. Les investisseurs sont uniquement tenus de demander des consultations.

9.2. Les États membres ont fait état de leurs préoccupations en matière de droit des traités et de droit constitutionnel concernant le RDIE tel qu'il se présente dans le cadre de l'AECG et tel qu'il est envisagé pour le PTCI<sup>(27)</sup>. Jusqu'à présent, les améliorations proposées du RDIE dans la cadre des traités bilatéraux d'investissement n'ont pas permis de répondre à ces préoccupations<sup>(28)</sup>. Dans le cadre de sa politique commerciale (articles 205 et 207 du TFUE), l'UE est tenue par les principes énoncés à l'article 3 du TUE, par la CDF de l'Union européenne et par d'autres normes juridiques de l'Union.

Toutefois, dans le cadre d'un accord commercial qui prévoit le règlement de litiges relatifs aux investissements au moyen de procédures internationales d'arbitrage, lesquelles ne sont pas tenues de se conformer aux mêmes principes, il est possible d'aboutir à des décisions qui ne sont pas conformes au droit de l'Union (voir point 7.3: affaire Micula contre Roumanie).

9.3. Il est possible que cette délégation de juridiction à des tribunaux d'arbitrage qui ne sont pas tenus de respecter les principes de l'UE ne soit pas couverte par le traité de Lisbonne et constitue un dépassement sensible de pouvoirs. La CJUE a conditionné la mise en place d'une telle juridiction internationale au respect du principe de l'autonomie du système juridique de l'UE et de l'ordre des compétences fixé par les traités<sup>(29)</sup>.

9.4. Puisque le RDIE du PTCI doit être établi dans le cadre d'un accord mixte, il est nécessaire de recueillir le consentement des parlements de chacun des 28 États membres avant qu'il n'entre en vigueur (à titre provisoire). Il convient de faire valoir le principe de subsidiarité en lien avec l'exclusion des juridictions nationales.

9.5. Il convient de reconnaître ici l'existence d'une tension entre le droit de l'UE et le droit international, s'agissant notamment du monopole de juridiction de la CJUE (article 19 du TUE et article 263 et suivants du TFUE). L'avis de la CJUE sur l'adhésion de l'UE à la convention européenne des droits de l'homme<sup>(30)</sup> et l'approche de la CE qui réclame la suprématie du droit de l'UE dans l'affaire Micula contre Roumanie constituent des éléments de preuve à cet égard. L'article 14.16 du projet d'AECG empêche ce dernier d'avoir un effet direct et requiert l'incorporation de ses dispositions dans le droit de l'Union ou des États membres afin d'être invoquées par les investisseurs. Cette disposition complique encore les relations entre l'ordre juridique de l'Union et les affaires de RDIE jugées par les tribunaux arbitraux.

9.6. S'agissant d'établir le tout premier mécanisme de RDIE dans les traités de libre-échange de l'UE dont l'incidence se fait sentir à l'échelle mondiale sur les États membres et de nombreux citoyens de l'UE, le CESE est d'avis qu'il est absolument indispensable que la CJUE en examine au préalable la conformité avec le droit de l'Union. Cela importe tout particulièrement s'agissant des valeurs fondamentales de l'UE et de la CDF, mais aussi du monopole de la CJUE sur l'interprétation juridique et de la subsidiarité. Par conséquent, il convient d'obtenir un avis juridique et d'en tenir compte avant l'entrée en vigueur de l'accord et aussi dès avant son application provisoire (article 218 du TFUE). À cet égard, il convient de noter que, si l'AECG entre en vigueur, il prévoit une clause de survie qui, dans le cas d'une éventuelle dénonciation, en proroge les dispositions pendant les vingt années qui suivent en ce qui concerne les investissements effectués avant ladite dénonciation.

<sup>(27)</sup> Avis juridiques: Andreas Fischer-Lescano: «Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)» («Les dispositions en droit de l'UE et en droit constitutionnel pour l'Accord économique et commercial global (AECG) entre l'UE et le Canada»), Brème, octobre 2014; Markus Krajewski: «Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective» («Les modalités de protection des investissements et du règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du PTCI du point de vue des syndicats»), Université Friedrich-Alexander, Erlangen-Nürnberg, FES octobre 2014; Siegfried Broß: «Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit» («Accords de libre-échange: quelques observations sur la question de l'arbitrage privé»), Rapport sur la promotion de la cogestion («Mitbestimmungsförderung») n° 4, H. Böckler Stiftung, 2015.

<sup>(28)</sup> «CETA: "verkaufte Demokratie"» («AECG: "démocratie à l'encan"»), Observatoire européen des entreprises.

<sup>(29)</sup> CJUE, avis 1/91 du 14 décembre 1991 — EEE 1; avis 1/00 du 18 avril 2002 — EAEC; avis 1/09 du 8 mars 2011 — Juridiction du brevet.

<sup>(30)</sup> CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2013.

9.7. La CE doit très rapidement étudier la manière de traiter les TBI existants entre États membres de l'UE et ceux liant ces derniers avec des pays tiers, en particulier avec des pays développés tels que les États-Unis ou le Canada, qui prévoient des mécanismes de RDIE non réformés et qui peuvent actuellement être utilisés pour contester le droit des États à réglementer et à mener des politiques publiques légitimes. La plupart de ces accords sont également assortis de clauses de survie, qui compliquent davantage encore le processus servant à y mettre fin.

## 10. Mécanismes d'appel

10.1. Il est manifestement ressorti de la consultation publique qu'il existe un large soutien de la SC à des mécanismes d'appel; ce soutien a été réaffirmé à l'occasion de l'audition publique du CESE.

10.2. L'AECG ne prévoit pas de système d'appel. Toutefois, il ouvre la possibilité de créer un tel système. L'AECG prévoit de futures consultations à venir sur les systèmes et modalités d'appel. Cette perspective d'«une carotte, mais seulement demain» permet de minimiser l'importance que revêt cette question. Il convient de la résoudre d'urgence.

10.3. En principe, le jugement d'un tribunal est définitif et il ne saurait être révisé ou annulé que dans des circonstances très exceptionnelles<sup>(31)</sup>. La disposition à l'examen est fort éloignée de tout système juridique national et ne permet pas de répondre aux préoccupations essentielles exprimées dans le cadre de la consultation.

## 11. Comment réformer le système de RDIE?

11.1. La CNUCED a défini cinq options de réforme du système de RDIE:

- adapter le système actuel au moyen d'accords internationaux d'investissement,
- limiter l'accès des investisseurs au système de règlement des différends,
- promouvoir les méthodes de règlement extrajudiciaire des différends,
- établir un mécanisme de recours,
- créer un tribunal international permanent de l'investissement.

11.2. Le CESE estime que ces options méritent d'être étudiées plus en détail. La CE a travaillé sur les quatre premières options tout en définissant une nouvelle approche de la protection des investissements et du RDIE dans le cadre de l'accord économique et commercial global et des projets d'accords entre l'UE et Singapour. L'exercice de consultation a démontré que subsistent des préoccupations fortement ancrées dans les esprits. Le Comité estime que l'idée de créer un tribunal international de l'investissement constitue la meilleure voie pour progresser, car elle permettrait dans une large mesure d'assurer la légitimité et la transparence du système et accroîtrait la cohérence des interprétations et la précision des décisions. Dans ce contexte, le CESE se félicite de la déclaration de la commissaire chargée du commerce devant la commission INTA le 18 mars dernier, selon laquelle «un tribunal multilatéral constituerait une utilisation plus efficace des ressources et disposerait de davantage de légitimité».

11.3. Le CESE considère toutefois qu'il n'y pas de perspective viable d'avancer si l'on mène en parallèle des négociations sur le RDIE dans le cadre du PTCI et simultanément l'option à moyen terme d'un tribunal international de l'investissement. Si l'on parvient à s'accorder dans le cadre du PTCI, il est fort probable que celui-ci devienne une sorte de «mètre étalon» et mine toute perspective de rallier des soutiens en faveur d'un tribunal international. La situation est encore compliquée par l'absence dans le PTCI de références croisées automatiques avec l'AECG. Il importe de souligner que les négociations sur l'AECG sont achevées et qu'il n'existe aucune garantie que le gouvernement canadien accepte d'y intégrer la moindre modification convenue par ailleurs dans le cadre du PTCI.

---

<sup>(31)</sup> Article 52 de la convention du CIRDI.

11.4. En adoptant la stratégie actuelle, la Commission européenne risque d'être confrontée à la perspective que sa première tentative de négocier une protection des investissements puisse se traduire par trois systèmes différents vis-à-vis du Canada, des États-Unis et de Singapour. D'autre part, la Commission ne pourrait parvenir à mettre en place un système uniforme qu'à l'issue de très difficiles négociations. Le CESE est d'avis qu'il serait alors pratiquement impossible d'obtenir le soutien nécessaire pour recentrer les efforts en vue de créer un tribunal international.

11.5. Le CESE conclut donc qu'au moment précis où de grands acteurs mondiaux tels que le Canada, les États-Unis et le Japon sont tous engagés simultanément dans de nouvelles discussions sur le commerce et l'investissement, il se présente une occasion unique de parvenir à un tribunal international de l'investissement. Le Comité estime en outre que cette situation constitue également la meilleure occasion de gagner les pays en développement, où il est assurément bien davantage nécessaire de protéger les investissements, à l'idée d'un nouveau système à l'échelle mondiale.

Bruxelles, le 27 mai 2015.

*Le président*  
*du Comité économique et social européen*  
Henri MALOSSE

---

## ANNEXE

**à l'avis du Comité économique et social européen**

Le contravis suivant, qui a recueilli plus du quart des suffrages exprimés, a été repoussé au cours des débats.

**Supprimer l'entièreté du texte de l'avis et le remplacer par ce qui suit:****1. Conclusions et recommandations**

1.1. Les investissements directs étrangers (IDE) sont d'importants contributeurs à la croissance économique et à l'emploi. Les entreprises qui investissent dans un autre État prennent ipso facto un risque spécifique, mais il est nécessaire de protéger les entrepreneurs étrangers contre un traitement disproportionné et abusif de la part de l'État qui a accueilli leurs investissements, qu'il prenne la forme d'une expropriation directe, d'une discrimination fondée sur la nationalité ou encore d'un traitement inégal et injuste par rapport aux investisseurs nationaux. Il importe de disposer d'un mécanisme impartial en cas de différend. Les investissements s'inscrivent souvent sur le très long terme et la situation politique des États qui les accueillent est susceptible de changer.

1.1.1. Un accord international d'investissement (AII) entre deux États (ou régions) relève du droit international. Pour qu'il produise des effets, un mécanisme efficace, équilibré et international de règlement des différends est nécessaire.

1.1.2. Toutefois, la plupart des AII prévoient un mécanisme de règlement des différends où une entreprise et un État d'accueil se retrouvent face à face dans le cadre de la procédure de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)<sup>(1)</sup>. Ce dernier revêt un caractère rétroactif. À la différence de ce que prévoit la procédure de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'État condamné dans une affaire n'encourt que le versement d'une indemnisation. Il n'est pas contraint d'abroger les dispositions législatives visées. L'investissement ne relève pas de la compétence de l'OMC, suite à son retrait de l'ordre du jour du cycle de Doha en 2003.

1.2. L'UE est à la fois le principal pourvoyeur et destinataire d'investissements internationaux. L'investissement revêt un intérêt crucial pour les entreprises de l'UE, y compris les petites et moyennes entreprises (PME). Le Comité se félicite par conséquent de la position de la Commission<sup>(2)</sup>, selon laquelle le RDIE constitue:

- un outil de premier ordre pour protéger les investissements et, partant, pour promouvoir et garantir la croissance économique dans l'UE,
- un moyen efficace pour faire respecter les obligations sur lesquelles nos partenaires commerciaux s'accordent avec nos investisseurs lorsqu'ils signent des traités d'investissement.

1.2.1. Une table-ronde organisée par le groupe des employeurs du CESE sur le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) est parvenue à la conclusion suivante<sup>(3)</sup>: "Un accord international tel que le PTCI devrait créer les conditions qui permettront à l'avenir d'attirer des investissements conséquents sur le marché transatlantique. Les investisseurs jouiront notamment d'un vaste accès au marché et d'un traitement non discriminatoire de part et d'autre de l'Atlantique. Il s'agira également d'améliorer la politique actuelle en matière de PI, y compris le RDIE, en le rendant plus accessible aux PME et en trouvant le juste équilibre entre, d'une part, les droits des investisseurs et, d'autre part, le droit des États et des autorités locales de légiférer dans l'intérêt du public".

<sup>(1)</sup> Des dispositions relatives au RDIE figurent dans quelque 93 % des plus de 3 250 AII signés à ce jour, bien que cette procédure n'ait été utilisée que dans le cadre de moins de 100 d'entre eux, soit moins de 3 %.

<sup>(2)</sup> CE — Fiche d'information sur le RDIE — paragraphe 2, 3 octobre 2013.

<sup>(3)</sup> CESE — Table ronde sur les affaires — Déclaration commune sur le PTCI, 16 décembre 2014.

1.3. L'accord commercial entre l'UE et le Canada (AECG), qui doit être encore ratifié, comprend un long chapitre consacré à la protection des investissements qui prévoit des dispositions relatives au RDIE. Ce dernier, ainsi que le chapitre sur l'investissement de l'accord de libre-échange entre l'UE et Singapour <sup>(1)</sup>, est le premier accord sur l'investissement qui ait été jamais négocié par l'UE depuis que le traité de Lisbonne lui a donné en 2009 compétence en matière d'investissement. Il a été ainsi possible de répondre dans une large mesure aux préoccupations subsistantes; néanmoins, le RDIE doit encore évoluer plus avant.

1.4. Mis à part le principe de la "nation la plus favorisée" et la couverture que prévoit normalement la Commission pour traiter d'indemnisation en cas de guerre, de révolution, etc., le Comité demande instamment de restreindre la protection des investisseurs dans le cadre d'un AII, et donc la possibilité de recourir au RDIE, à la couverture de quatre protections essentielles, à savoir:

- interdire les discriminations fondées sur la nationalité de l'investisseur,
- prévoir une norme minimale de traitement, généralement décrit comme "juste et équitable",
- fournir une indemnisation rapide, adéquate et effective en cas d'expropriation (non discriminatoire et dans le respect du droit),
- autoriser le transfert de fonds en lien avec l'investissement concerné.

1.5. Au fil du temps, le recours au RDIE a donné lieu à un certain nombre de pratiques abusives ou perçues comme telles, qu'il convient maintenant de traiter. Le RDIE doit être actualisé. Le Comité accueille favorablement les quatre domaines nécessitant un examen plus approfondi sur le plan de la protection des investissements et du RDIE, tels que recensés par la Commission en janvier 2015 à l'issue de sa consultation publique consacrée à la protection des investissements et au RDIE dans le contexte du PTCI, à la suite de l'inclusion du RDIE dans le mandat de négociation accordé à l'unanimité par les États membres.

1.5.1. Ces domaines couvrent:

- la protection du droit des États à légiférer,
- la mise en place et le fonctionnement des tribunaux d'arbitrage,
- la révision des décisions prises dans le cadre de la procédure de RDIE au moyen d'un mécanisme d'appel;
- les liens entre la procédure de RDIE et les systèmes judiciaires nationaux.

1.5.2. Le Comité juge essentiel de protéger effectivement le **droit des États à légiférer** et de lever toutes les ambiguïtés qui pourraient subsister. Comme indiqué dans l'avis du Comité sur le PTCI <sup>(2)</sup>, "il est essentiel que les éventuelles dispositions du PTCI relatives au RDIE n'entravent pas la capacité des États membres de l'UE à légiférer dans l'intérêt du public". Les précédents AII ont été rédigés en tenant compte avant tout de la nécessité de protéger les investissements. Tant l'AECG que l'accord conclu avec Singapour ont ajusté les définitions clés de manière à éviter les interprétations injustifiées et prévoient spécifiquement le droit à légiférer dans leur préambule. Le CESE considère qu'une disposition de ce type doit à présent être incluse dans le corps du texte de tout accord, sous la forme d'un article spécifique.

1.5.3. Il est essentiel que les **arbitres des juridictions de RDIE** soient totalement impartiaux et ne puissent être exposés à des conflits d'intérêt. Le Comité insiste sur le fait qu'ils doivent être sélectionnés à partir d'une liste établie préalablement par les parties à l'accord concerné et qu'ils doivent disposer de qualifications claires, à savoir, notamment, être qualifiés pour exercer une fonction judiciaire et disposer d'une expertise avérée dans les domaines concernés du droit international.

<sup>(1)</sup> Cet accord doit encore être ratifié et est susceptible de recours juridictionnel devant la CJUE pour déterminer s'il constitue ou non un accord mixte qui requerrait l'approbation du parlement de chaque État membre.

<sup>(2)</sup> Avis du CESE sur "Les relations commerciales transatlantiques et le point de vue du CESE sur l'amélioration de la coopération et un éventuel accord de libre-échange entre l'UE et les États-Unis", adopté le 4 juin 2014 (JO C 424 du 26.11.2014, p. 9).

1.5.4. Un mécanisme d'appel est également essentiel — une procédure judiciaire sans droit d'appel est en effet, à juste titre, extrêmement rare, bien qu'il en existe dans les AII actuels. Le CESE constate que les directives de négociation originales relatives au PTCI évoquaient un mécanisme d'appel. La conception d'un tel mécanisme, et notamment les modes de désignation des membres, leurs qualifications et leur rémunération ainsi que les éventuels délais, revêtira une importance capitale. Elle doit tenir compte des erreurs de droit et des erreurs de fait. Il convient de s'interroger à un stade précoce sur la possibilité de transformer un mécanisme bilatéral en mécanisme multilatéral, à l'image peut-être de l'organe d'appel de l'OMC. Tout mécanisme de ce type entraînera des coûts supplémentaires, qui devraient également être pris en considération.

1.5.5. Les liens entre **la procédure de RDIE et les systèmes judiciaires nationaux** seront plus difficiles à résoudre. Les AII sont des accords internationaux, et les tribunaux nationaux n'ont pas nécessairement compétence pour interpréter les questions de droit international. Si même le meilleur système est susceptible de faillir, les doubles plaintes devraient être interdites. Les parties en présence potentielles devraient soit faire un choix définitif au début de la procédure, soit perdre le droit de se tourner vers les tribunaux nationaux à partir du moment où ils recourent au RDIE.

1.6. Un **tribunal international** multilatéral est la solution à plus long terme. Il doit être constitué en parallèle avec le développement du RDIE dans le PTCI et ailleurs. Il est impératif de conserver une certaine forme de protection internationale des investisseurs durant les négociations relatives à un tel organe international et lors de sa mise sur pied.

1.6.1. Il importe de garantir une masse critique en faveur de l'établissement d'un tribunal international en tant qu'objectif à long terme pour le règlement des différends en matière d'investissements. Pour être largement accepté, un tel mécanisme d'appel international devrait être constitué par consensus, d'où la nécessité de faire face aux problèmes connexes qu'il pourrait rencontrer, comme les ont rencontrés toutes les nouvelles institutions internationales, dont le Tribunal pénal international.

1.6.2. Le CESE met en garde contre l'idée selon laquelle, dès lors que tous les membres du G7 participent actuellement à des négociations relatives à des AII, il y aurait lieu que ces pays entreprennent séparément, par eux-mêmes, la mise sur pied d'un tribunal international. Une masse critique ne pourra être atteinte que si un éventail bien plus large de pays sont dès le début associés à une telle initiative, la porte restant ouverte pour que d'autres pays y adhèrent à mesure qu'elle suscite leur intérêt.

1.6.3. Entre-temps, le CESE recommande que l'UE et les États-Unis s'orientent vers un mécanisme bilatéral de règlement des différends en matière d'investissements dans le cadre du PTCI.

## 2. Toile de fond

2.1. Le Comité relève que, lorsque deux États souhaitent promouvoir leurs relations économiques mutuelles au moyen d'un accord international d'investissement, chacun s'engagera à garantir à l'autre certains degrés de traitement des investisseurs et des investissements en provenance de l'autre État. Ces engagements, souscrits volontairement, doivent ensuite être soumis à l'ensemble de la procédure nationale de ratification. Ils ne privilégient en aucune manière les intérêts des entreprises par rapport au droit des gouvernements de réglementer ainsi. Dans l'intérêt de l'État de droit, il est toutefois nécessaire que les gouvernements soient tenus par les garanties qu'ils fournissent.

2.2. Le Comité reconnaît que, bien que les États en négociation veillent à insérer des dispositions destinées à protéger leurs entreprises contre tout acte de discrimination de leurs partenaires commerciaux, il n'est pas réaliste pour une société qui s'estime lésée d'escompter que tout litige la concernant soit automatiquement porté au plan interétatique, plaçant ainsi cette question sur un plan politique ou diplomatique.

2.2.1. Si les entreprises devaient compter sur l'UE pour qu'elle porte les différends à un niveau interétatique, très rares seraient les cas à bénéficier de ce traitement, et les petites entreprises auraient peu de probabilités de faire entendre leur voix. Vraisemblablement ne recenserait-on pas beaucoup de différends entre deux régimes juridiques démocratiques matures, mais si la procédure de règlement des différends d'État à État devait devenir la norme, le nombre de cas potentiels serait appelé à croître, ce qui aurait des implications majeures pour les ressources des États.

2.2.2. Comme l'a souligné la commissaire Malmström elle-même <sup>(1)</sup> dans le cadre des négociations sur le PTCI, le droit international ne peut être invoqué devant les tribunaux américains, et aucune loi américaine n'interdit les discriminations à l'encontre des investisseurs étrangers. Dans d'autres pays, les tribunaux nationaux pourraient être moins fiables.

<sup>(1)</sup> Parlement européen, 6 mai.

2.2.3. Les investissements ne sont pas identiques aux échanges commerciaux. Dans un litige commercial, il incombe clairement à un État de prendre les choses en main. De tels litiges portent souvent sur une catégorie de produits, comme les bananes, les panneaux solaires ou les textiles: le dumping est une question cruciale au niveau de la procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC.

### 3. L'évolution du RDIE

3.1. Même si le nombre de cas <sup>(1)</sup> de RDIE reste faible dans l'ensemble, l'utilisation qui est faite de ce mécanisme a considérablement augmenté depuis 2002. Cette augmentation est proportionnelle à l'augmentation globale des IDE dans le monde, qui en 2013 dépassaient 25 000 milliards de dollars des États-Unis. Les investisseurs européens ont lancé quelque 50 % de l'ensemble des recours depuis 2002. Un nombre considérable d'entre eux ont été introduits par des petites entreprises ou des entreprises spécialisées <sup>(2)</sup>. Il est important que toute procédure réformée de RDIE soit plus facile d'accès pour les PME.

3.1.1. Sur 356 cas connus qui ont été tranchés, 25 % l'ont été en faveur de l'investisseur et 37 % en faveur de l'État. Les autres ont fait l'objet d'un règlement à l'amiable <sup>(3)</sup>.

3.2. Des questions soulevées, à juste titre ou non, par l'issue de plusieurs cas de RDIE à l'échelle mondiale, dont certains sont encore pendants, ont suscité la préoccupation au sein de pans de plus en plus importants de l'opinion publique dans l'Union européenne, menée par les syndicats, les ONG et d'autres organisations, l'inclusion d'un chapitre sur les investissements et le RDIE dans le PTCI rencontrant une opposition croissante.

3.3. Sans réforme du RDIE et l'inclusion d'un chapitre relatif aux investissements dans le PTCI, le Comité note que des arrangements antérieurs, tels que prévus dans les 1 400 traités bilatéraux d'investissement (TBI) négociés individuellement par des États membres (à l'exception de l'Irlande), et notamment ceux précédemment conclus par neuf États membres avec les États-Unis, garderaient évidemment toute leur validité.

#### Résultat du vote

Voix pour: 94

Voix contre: 191

Abstentions: 25

---

<sup>(1)</sup> 610 cas à la fin 2014.

<sup>(2)</sup> La chambre de commerce de Stockholm indique que sur les 100 recours environ menés à leur terme entre 2006 et 2011, quelque 22 % ont été introduits par des PME; la Confédération allemande de l'industrie signale également qu'environ 30 % des recours introduits par des entreprises allemandes l'ont été par des PME.

<sup>(3)</sup> CE — Fiche d'information sur le RDIE, 3 octobre 2013.