



EXPOSÉ DE POSITION

LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS DANS LES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES EN COURS

*L'EUROPE DANS LE MONDE : PROMOUVOIR LA
SOLIDARITÉ, LA LIBERTÉ, LA JUSTICE ET
L'ÉGALITÉ*

L'UE sur la scène mondiale

Date:

04/03/2015



Groupe de l'Alliance progressiste des
Socialistes & Démocrates
au Parlement Européen

Parlement Européen
Rue Wiertz 60
B-1047 Bruxelles
T +32 2 284 2111
F +32 2 230 6664
www.socialistsanddemocrats.eu



LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS DANS LES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES EN COURS

TABLE DES MATIÈRES

Introduction..... 3

INTRODUCTION

Document de prise de position du S&D sur les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États dans les négociations commerciales en cours

Le groupe S&D s'oppose à l'inclusion du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans les accords commerciaux qui comportent d'autres possibilités de garantir la protection des investissements, que ce soit au niveau national ou international. Le RDIE n'est pas nécessaire dans les accords avec des pays qui ont des systèmes judiciaires pleinement opérationnels et où aucun risque d'ingérence politique dans le système judiciaire ou de déni de justice n'a été constaté.

Le groupe S&D soutient fermement le principe selon lequel les investisseurs étrangers et nationaux doivent bénéficier d'un traitement égal et équitable et que ce principe devrait être étayé par des dispositions de fond sur la protection des investissements dans les accords commerciaux. Les dispositions procédurales sur la protection des investissements, comme le RDIE, devraient néanmoins toujours dépendre du contexte et être adaptées afin de répondre au mieux aux problèmes spécifiques des parties dans un accord. Le fait qu'un accord commercial offre aux investisseurs une instance juridique indépendante des systèmes judiciaires pleinement opérationnels des parties n'est pas compatible avec l'état de droit. Les dispositions relatives à la protection des investisseurs devraient s'appliquer à la protection contre la discrimination, contre l'expropriation sans indemnité, ainsi que pour garantir un traitement juste et équitable selon des paramètres bien définis et délimités. De même, nous maintenons fermement que ces dispositions ne doivent en aucun cas nuire au droit de réglementer dans l'intérêt public, dans la mesure où les parties de l'accord le jugent approprié. Nous soutenons résolument l'instauration, au niveau multilatéral, d'un régime de protection des investissements qui assure un équilibre entre ces deux principes.

Le volume des investissements directs étrangers (IDE) a considérablement augmenté dans le monde au cours des dernières décennies, au point de devenir un facteur essentiel pour la croissance économique et les emplois. Les flux d'investissements bilatéraux entre l'Union européenne et les États-Unis totalisent à eux seuls plus de 3 000 milliards d'EUR, soit un montant bien plus élevé que le stock d'IDE faisant actuellement l'objet des neuf traités bilatéraux d'investissement (TBI) en vigueur entre les États membres et les États-Unis. Parmi les pays dont la législation nationale comporte des niveaux de protection des investissements similaires, il n'existe aucun

élément démontrant que les accords en matière d'investissements, avec ou sans RDIE, aient une influence sur les flux d'investissements.

Récemment, le RDIE a suscité une grande attention de la part du public pour la politique commerciale de l'Union, avec de vives inquiétudes, notamment en ce qui concerne sa possible inclusion dans les accords commerciaux avec le Canada (accord économique et commercial global – AECG) et les États-Unis (partenariat transatlantique de commerce et d'investissement – TTIP). Le RDIE n'est ni nouveau ni une invention de l'Union. Avant que l'Union n'ait acquis, avec le traité de Lisbonne, une compétence exclusive concernant les négociations en matière d'investissement, les États membres avaient déjà conclu plus de 1 200 TBI avec des pays tiers, dont la majorité comportait un RDIE. La majorité de ces traités d'investissement ont toutefois été négociés avec des pays en développement. En tant que groupe S&D, nous nous félicitons de l'intérêt porté par le public à la question de la protection des investissements dans les accords commerciaux de l'Union et du contrôle exercé par le public à cet égard, puisqu'ils montrent la nécessité d'un vaste débat, qui n'a pas eu lieu lors de la conclusion des précédents TBI. Nous y voyons une contribution essentielle au renforcement de la légitimité démocratique de la politique commerciale de l'Union. Dans son rapport de 2011 sur la politique d'investissement, le Parlement européen a insisté sur la nécessité de réformer le RDIE compte tenu de ses imperfections de fond et de procédure manifestes.

Au cours des dernières années, nous avons observé une hausse continue des plaintes dans le cadre du RDIE, dont la plupart ont été déposées par des entreprises européennes et un tiers a fait l'objet d'une décision en faveur de l'investisseur. Certains investisseurs ont tiré avantage de la formulation vague et générique des précédents traités d'investissement, qui donne aux arbitres une grande liberté d'interprétation, pour contester des objectifs légitimes d'intérêt général (par exemple, Vattenfall contre l'Allemagne en ce qui concerne la décision allemande d'abandonner l'énergie nucléaire, Veolia contre l'Égypte sur les modifications du droit du travail, Philip Morris contre l'Australie concernant l'emballage neutre, Lone Pine Resources Inc contre le Canada à propos d'un moratoire sur l'exploitation du gaz de schiste. Il est à noter que ces affaires n'ont pas encore été tranchées, mais que leurs effets dissuasifs de réglementation se sont déjà fait ressentir, en Nouvelle-Zélande par exemple dans le cadre de l'affaire Philip Morris contre l'Australie).

Le groupe S&D a déjà, à de nombreuses reprises, exprimé de vives réserves en ce qui concerne le RDIE. En particulier pour le TTIP, nous avons clairement indiqué qu'il ne nous semblait pas nécessaire de l'inclure et avons appelé à son exclusion au début des négociations sur le chapitre consacré aux investissements.

En général, l'état de droit est suffisamment garanti aux États-Unis et dans l'Union, ce qui remet en cause la nécessité d'un mécanisme d'arbitrage fonctionnant parallèlement aux tribunaux nationaux.

Il est clair que les inquiétudes fondées selon lesquelles le mécanisme de RDIE pourrait être détourné de son but l'emportent sur les éventuels cas de discrimination à l'encontre d'investisseurs européens. Nous considérons qu'un système de règlement des différends d'État à État et le recours aux tribunaux nationaux sont des outils appropriés pour permettre aux investisseurs européens d'obtenir des réparations et d'adresser des griefs. Le Conseil lui-même a clairement indiqué dans son mandat à la Commission que le RDIE est un mécanisme souhaitable mais pas obligatoire et que son inclusion est subordonnée à l'équilibre global de l'accord.

Il est à noter que le RDIE inclus dans les précédents accords ne correspond pas nécessairement à ce qui est actuellement négocié par la Commission. Le texte provisoire de l'AECG, qui n'a pas (encore) été ratifié et fait actuellement l'objet de modifications dans le cadre d'un toilettage juridique, comporte certaines améliorations, qui concernent notamment les points suivants:

1. le renforcement de la transparence en ce qui concerne l'accessibilité des documents et le caractère public des audiences et des décisions d'arbitrage;
2. l'introduction d'un code de conduite pour les arbitres, qui sont soumis à un contrôle du comité des échanges de l'AECG;
3. des définitions juridiques plus précises et plus claires en ce qui concerne l'investissement et l'expropriation indirecte;
4. la nécessité de mener des activités commerciales substantielles sur le territoire d'un pays d'accueil, qui empêche le recours à des entreprises fictives pour bénéficier des dispositions du RDIE dans des traités qui ne sont pas applicables autrement;
5. la mention, dans le préambule de l'accord, du droit de régler dans l'intérêt public;
6. l'exclusion de la perte de bénéfices futurs attendus comme motif d'ouverture d'une affaire;

7. la possibilité pour les parties de l'accord d'adopter des définitions interprétatives contraignantes pour les provisions figurant dans le chapitre sur les investissements, pour remédier aux conséquences inattendues apparaissant après-coup;
8. l'introduction de filtres entre États pour éviter les affaires dans le secteur financier et fiscal.

Pour l'AECG, la situation est différente de celle du TTIP, puisque les négociations ont déjà été conclues. Nous soulignons toutefois que ces réformes sont clairement insuffisantes pour combler les lacunes, ce que confirme le nombre sans précédent de réponses, quelque 150 000 provenant des 28 États membres de l'Union, recueillies à l'occasion de la consultation publique en ligne réalisée entre le 27 mars et le 13 juillet 2014 par la Commission au sujet du RDIE dans le cadre du TTIP, qui utilisait le texte de l'AECG comme document de référence. 97 % de ces réponses montraient une large opposition au RDIE dans sa forme actuelle, ce qui illustre les fortes inquiétudes largement répandues dans le public quant à cette question. La consultation a notamment mis en lumière une inquiétude généralisée a) que le RDIE, dans sa forme actuelle, limite la marge de manœuvre de la politique publique, en créant un risque de "gel réglementaire" et b) que le RDIE soit discriminatoire à l'égard des investisseurs nationaux.

Nous prenons ces préoccupations du public très au sérieux et estimons qu'il ne peut y avoir de statu quo après cette consultation. Nous nous battons pour que ces négociations commerciales tiennent compte des vives inquiétudes des citoyens.

Dans son rapport sur la consultation publique, la Commission a recensé les quatre domaines suivants en particulier pour l'exploration de nouvelles améliorations: la protection du droit de réglementer, l'établissement et le fonctionnement des tribunaux d'arbitrage, la relation entre les systèmes judiciaires nationaux et le RDIE et le réexamen des décisions prises dans le cadre du RDIE au moyen d'un mécanisme d'appel. La Commission a ainsi au moins reconnu que le régime actuel de RDIE présentait de sérieuses lacunes, mais n'a, à ce jour, présenté aucune solution, alors que ces sujets de préoccupation avaient, dans une large mesure, déjà été mis en évidence par le Parlement et le groupe S&D dans le rapport de 2011 sur les investissements.

Nous considérons le débat en cours comme l'occasion de définir une politique d'investissement qui encourage les investissements productifs et créateurs d'emplois durables et décents, respecte l'environnement, favorise des conditions de travail de qualité et apporte une contribution positive à la croissance économique et au développement durable à l'échelle mondiale, notamment en raison de l'importance des effets extraterritoriaux que produirait une conclusion positive des négociations sur le TTIP. À une époque où les investissements étrangers sont plus élevés que lorsque les premiers traités bilatéraux d'investissement ont été conclus, il devient de plus en plus important de prendre en considération les effets internes des règles de protection des investissements, et, compte tenu des lacunes de l'actuel régime de RDIE, il importe de procéder à un examen approfondi des possibilités de réforme.

Nous sommes, par conséquent, opposés à l'inclusion précipitée de tout mécanisme de RDIE irrationnel d'un point de vue méthodologique dans le TTIP, afin d'éviter d'éventuelles conséquences non souhaitées. Il convient également de noter qu'il existe d'autres moyens pour garantir la protection des investissements à la fois dans le secteur public et dans le secteur privé, tels que les crédits à l'exportation et l'assurance contre les risques politiques.

En ce qui concerne l'AECG, nous nous félicitons de ce que certains gouvernements de l'Union, dirigés par des partis frères du groupe S&D, s'efforcent toujours d'améliorer les dispositions relatives à la protection des investissements au-delà de ce qui a déjà été réalisé en matière de réforme du RDIE. Nous soutenons ce processus et réservons notre jugement définitif sur l'AECG jusqu'au moment où l'ensemble du paquet sera soumis au Parlement européen pour approbation.

Pour les accords commerciaux qui nécessiteraient des mécanismes de règlement des différends, nous insistons en particulier sur les domaines suivants pour d'éventuelles améliorations possibles :

1. une clause consacrant l'interdiction de procédures parallèles;
2. un filtre politique général qui autorise les parties de l'accord à empêcher une plainte d'être traitée dans le cadre de la procédure d'arbitrage des différends entre investisseurs et États;
3. une trajectoire claire et garantie en vue de la création d'un mécanisme d'appel;
4. la participation garantie et pleine du public dans le contexte de l'arbitrage;
5. une cour d'arbitrage permanente avec des juges indépendants exempts de tout conflit d'intérêts et soumis à des règles déontologiques obligatoires;

6. une clause claire et dépourvue de toute ambiguïté qui affirme de manière transversale le droit de régler dans l'intérêt public;
7. une garantie que rien n'empêche un service autrefois externalisé d'être ramené dans le secteur public;
8. une déclaration explicite indiquant que des actes non discriminatoires destinés à assurer la protection d'objectifs politiques légitimes, notamment dans le domaine social, de l'environnement, de la sécurité, de la stabilité du système financier, de la santé publique et de la sécurité, ne constituent pas une expropriation indirecte;
9. une "clause de droits égaux", indiquant clairement que les investisseurs étrangers ne doivent pas jouir de droits plus importants que les investisseurs nationaux;
10. l'exclusion de la législation sociale et du travail des domaines pouvant faire l'objet d'un arbitrage dans le cadre du RDIE;
11. l'obligation d'épuiser les recours judiciaires devant les juridictions nationales avant de recourir à l'arbitrage dans le cadre du RDIE;
12. l'introduction d'une clause de révision permettant aux parties de revoir leurs accords afin de s'assurer qu'ils reflètent l'évolution des bonnes pratiques internationales en ce qui concerne la protection des investissements, ce qui témoignerait aussi du caractère "d'accord vivant" du TTIP;
13. l'extension du filtre entre États aux domaines politiques sensibles, tels que la protection des consommateurs, la santé publique et l'environnement.

En outre, nous rejetons les arguments selon lesquels le RDIE doit être accepté dès à présent dans le cadre du TTIP en tant que précédent pour les futures négociations avec d'autres pays tiers. Nous évaluons chaque négociation commerciale bilatérale séparément.

Il est dans notre intérêt de disposer d'un bon TTIP, qui devienne une norme de référence en la matière. Nous refusons que cette opportunité soit mise en péril par l'inclusion de dispositions relatives au RDIE inacceptables aux yeux du groupe S&D, d'une majorité au Parlement européen et de l'opinion publique.