

Audience du Parlement européen sur l'investissement direct étranger

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

novembre 2010

Cet exposé a été préparé en vue de l'audition de la Commission du commerce international du Parlement européen intitulée « Investissements directs étrangers - dispositions transitoires et future politique » européenne en matière d'investissements » qui a eu lieu le mardi 9 novembre 2010 à Bruxelles.

Table des matières

1.0 Introduction.....	2
2.0 Tendances	3
3.0 Porter un regard neuf sur la législation et la politique en matière d'investissement.....	7
4.0 Reprendre le contrôle du contenu : la nécessité d'une plus grande clarté et prévisibilité.....	9
5.0 Problèmes de procédure : besoin de transparence, de cohérence et d'indépendance judiciaire .	11
6.0 Garantir la cohérence avec les autres politiques de l'Union Européenne.....	13

Dans cette brève présentation, je me concentrerai sur la question de la protection des investissements, c'est-à-dire les conditions postérieures à l'établissement dans les accords internationaux en matière d'investissement.

Nous étudierons d'abord quelques unes des tendances dans le domaine de la protection des investissements et du règlement des différends. Nous verrons notamment que l'Europe, comme d'autres régions du monde, fait déjà face à plusieurs arbitrages relatifs aux traités d'investissement. Nous identifierons ensuite certains défis devenus évidents dans le domaine de la protection des investissements, qui évolue rapidement. Nous examinerons les problèmes qui se posent, à la fois en relation aux règles substantives contenues dans les traités d'investissement et aux mécanismes de règlement des différends investisseur-État. En se basant sur l'expérience de pays tels que les États-Unis et le Canada, nous identifierons des manières de résoudre certains problèmes dans le contexte européen.

1.0 Introduction

Comme chacun le sait, l'Union Européenne avait déjà la compétence de négocier diverses questions liées aux investissements, avant même la ratification du Traité de Lisbonne. Plus important encore, l'Union Européenne pouvait négocier et a négocié des éléments relatifs à la libéralisation des investissements. En revanche, jusqu'à présent l'Union Européenne ne négociait pas la protection des investissements après l'établissement. Ce domaine restait aux mains des États membres. Et ils ont fait grand usage de cette compétence, en négociant plus de 1 200 traités bilatéraux de protection des investissements (TBI).

La plupart des TBI européens suivent le même modèle, fixant des obligations étendues pour le pays d'accueil, relatives au traitement des investisseurs du pays d'origine. En général, les traités exigent que le pays d'accueil offre des garanties à l'investisseur étranger, notamment un traitement national et celui de la nation la plus favorisée. Ils exigent également que le pays d'accueil compense l'investisseur étranger en cas d'expropriation, afin de garantir un traitement juste et équitable et le transfert sans frais du capital. Ces obligations sont généralement formulées de manière vague, rendant impossible pour les investisseurs et les pays d'accueil de connaître leurs droits et obligations respectives avec certitude. En effet, le langage imprécis utilisé a conduit les tribunaux statuant sur les affaires d'investissements à avoir des interprétations totalement opposées pour une même obligation.

L'élément le plus distinctif des traités de protection des investissements est le mécanisme de règlement des différends investisseur-État. C'est ce qui rend les TBI différents de tout autre traité, car ils permettent aux investisseurs étrangers de poursuivre le pays d'accueil devant un panel arbitral – nommé pour chaque cas – s'ils pensent que le TBI a été violé. Le processus investisseur-État permet aux investisseurs de contrer tout un éventail de mesures gouvernementales dans la décision arbitrale, qui est définitive et contraignante.

2.0 Tendances

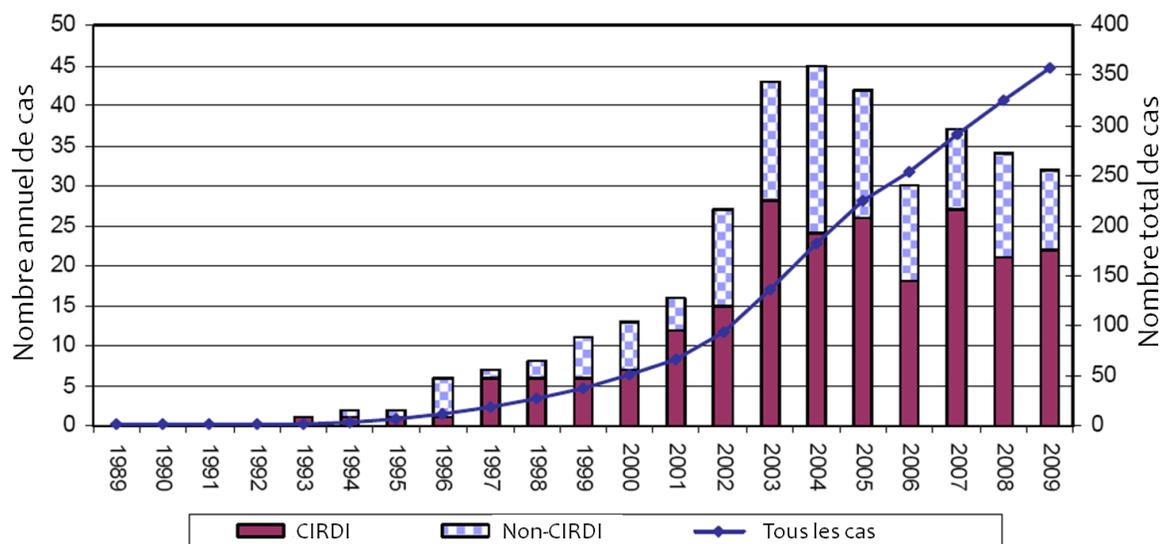
Il y a 15 ans, l'arbitrage investisseur-État relevant d'un traité était plutôt méconnu. La première affaire fût conclue en 1990, mais c'est seulement avec l'Accord de libre-échange nord-américain de 1994 (ALÉNA) – qui contient un chapitre relatif à l'investissement – que les investisseurs (ou leurs avocats) ont commencé peu à peu à utiliser ce moyen unique de règlement des différends. La première affaire examinée dans le cadre de l'ALÉNA était contre le Canada (*Ethyl c/. Canada*). Elle impliquait une législation canadienne interdisant l'importation d'un additif pour essence (pour des raisons de santé), déjà interdit dans environ la moitié des états des États-Unis. À la suite de l'arbitrage – conclut au milieu du processus de différend – le Canada a fait trois choses. Il a payé à Ethyl Corporation des dommages et intérêts pour les coûts et les bénéfices perdus pendant la période d'effet de la réglementation en question, il a abrogé la législation en matière de santé et émit une déclaration officielle indiquant que le produit en question ne représentait pas de danger pour la santé. Ce produit reste pourtant interdit dans de nombreuses autres juridictions.

Depuis l'affaire *Ethyl c/. Canada*, il y a eu plus de 66 demandes d'arbitrages contre les trois pays signataires de l'ALÉNA – le Canada, les États-Unis et le Mexique – remettant en cause tout un éventail de mesures notamment des mesures environnementales telles que l'évaluation de l'impact environnemental, des mesures sanitaires (relatives aux produits chimiques et aux pesticides), des législations fiscales, des mesures relatives à la gestion des forêts, des déchets et des exploitations minières, et de nombreux autres domaines de la politique gouvernementale.

Si le chapitre 11 de l'ALÉNA a marqué le début d'une augmentation rapide des règlements de différends investisseur-État, ce type de litige n'est pas limité à la seule Amérique du nord. En effet, ce type de différends a augmenté dans le monde entier. Nous ne connaissons pas le nombre exact de cas car la plupart restent secrets, mais avec plus de 350 affaires d'arbitrages connues, on peut imaginer que le total dépasse allègrement les 400. Chaque année, ce sont 30 à 40 nouveaux cas investisseur-État. En fait, si nous comparons le nombre connu d'affaires investisseur-État relevant d'un traité initiées lors de la dernière décennie au nombre de cas portés devant la Cour internationale de justice et l'Organisation mondiale du commerce (OMC) au cours de la même période, le nombre total d'affaires investisseur-État est impressionnant (cf. dessins 1 et 2 ci-dessous).

Dessin n° 1 :

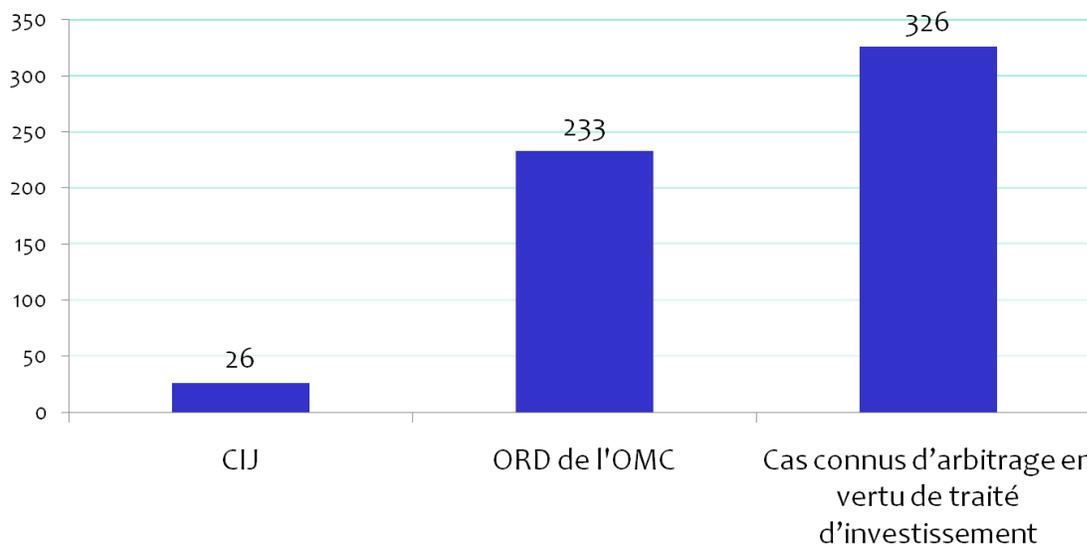
Arbitrages connus relevant d'un traité d'investissement, 1989-2009 (Selon la date de début de l'arbitrage)



Source : CNUCED

Dessin n° 2 :

Cas de règlement des différends internationaux, 2000-2010

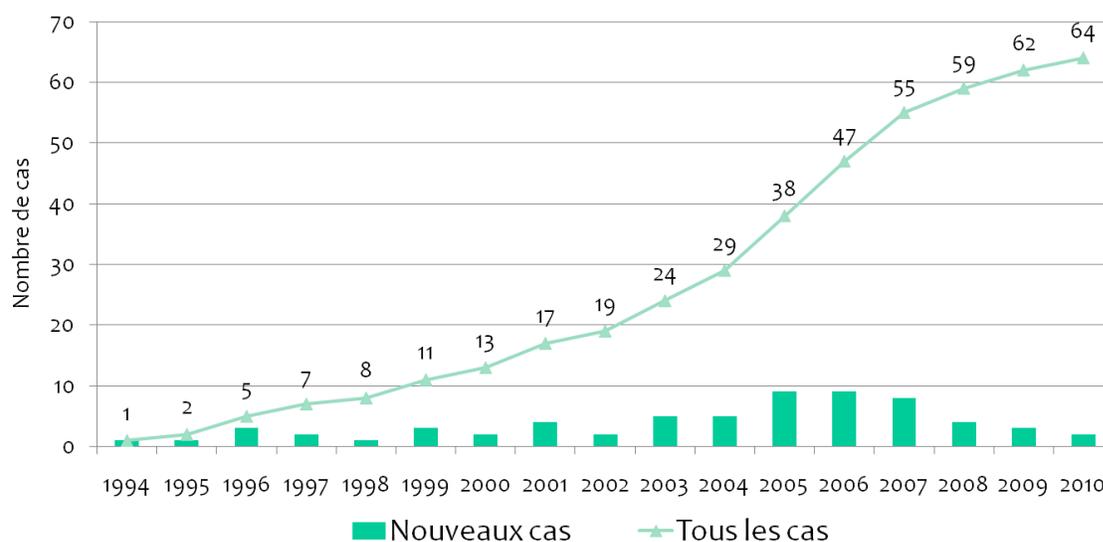


Source : basé sur les données des sites Internet de la CIJ, de la CNUCED et de l'OMC. Ces données incluent les arbitrages connus et signalés. Ils sont probablement beaucoup plus nombreux.

L'Europe n'a pas été épargnée. Les États membres européens sont également la cible des investisseurs étrangers dans le cadre des TBI qu'ils ont signé. Comme le montre le dessin n° 3 ci-dessous, le nombre de cas contre les États membres européens augmente de manière constante, et d'autres affaires dirigées contre l'Europe sont à prévoir. À la fin 2009, plus de 17 % de tous les différends investisseur-État impliquait les États membres de l'Union Européenne (cf. dessin n° 4). Ces chiffres se basent sur une situation où les États membres européens n'ont que quelques traités d'investissement, et où la plupart des traités sont signés avec des pays important du capital depuis l'UE, plutôt que le contraire. Une augmentation rapide des cas dirigés contre l'Europe est donc à prévoir si l'Union Européenne s'accorde avec la Chine, l'Inde, le Canada et les pays du Mercosur pour un règlement des différends investisseur-État dans le cadre de traités, rendant ainsi les 27 pays de l'Union Européenne responsables vis-à-vis des investisseurs de ces pays. Les stratégies d'investissement tournées vers l'extérieur du gouvernement chinois et d'autres sont bien connues. Les investisseurs de ces pays utiliseront sans aucun doute tous les outils dont ils disposent contre les mesures européennes qui leur déplaisent, et notamment l'arbitrage investisseur-État.

Dessin n° 3 :

Arbitrages connus relevant d'un traité d'investissement contre les États membres européens*, 1994-2010

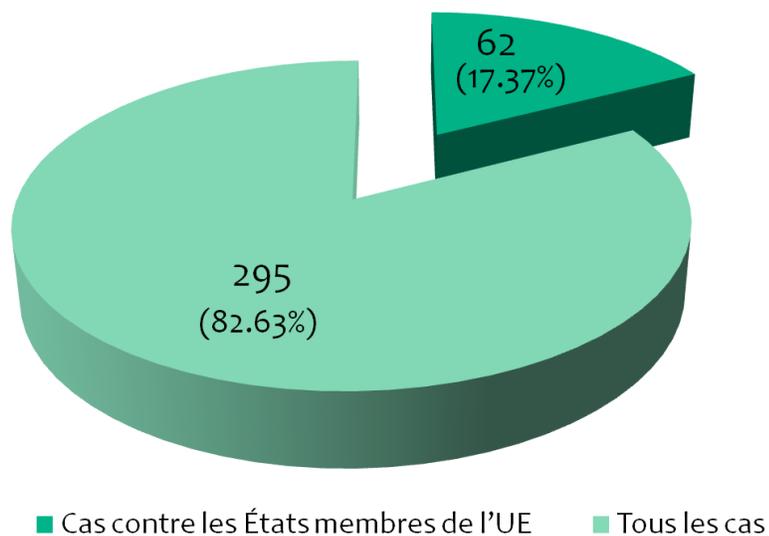


Source : basé sur les données des sites Internet de l'ECT, du CIRDI, de l'ITA et de la CNUCED.

* Inklus les cas contre les pays avant leur adhésion à l'UE.

Dessin n° 4 :

Arbitrages connus relevant d'un traité d'investissement, 1989-2009



Source : basé sur les données du site Internet de la CNUCED.

3.0 Porter un regard neuf sur la législation et la politique en matière d'investissement

Les faits nous révèlent plusieurs éléments d'importance : tout d'abord, les différends investisseur-État croissent rapidement – plus rapidement que d'autres domaines de règlement des différends en matière de droit public international ; deuxièmement, les États membres de l'Union Européenne n'ont pas été épargnés et ont été la cible de 62 affaires investisseur-État *connues* ; et troisièmement, nous comptons maintenant avec une solide expérience de dix années d'arbitrages investisseur-État. Au cours de cette période, divers défis et lacunes inhérents à la substance des réglementations et aux processus de règlement des différends sont apparus. Alors que l'Union Européenne est en train de définir sa propre politique en la matière, c'est le bon moment de traiter ces problèmes.

Si l'on tient compte de la future approche de l'Union Européenne en matière de protection des investissements et de la tendance décrite ci-dessus, il est évident que nous devons nous éloigner de l'état d'esprit post-colonialiste de 1959. À cette époque, les pays européens cherchaient des moyens de protéger leurs investissements de l'expropriation dans les pays en développement, et les flux d'investissements étaient majoritairement unidirectionnels. Notre monde est aujourd'hui plus complexe, et comme le démontre clairement l'article de la London School of Economics (LSE) et la communication de la Commission européenne émise en juillet dernier, l'Europe cherche à gagner de nouveaux marchés tout en captant des investissements de l'étranger. Ces considérations sont importantes au moment où l'Europe négocie des traités d'investissement incluant un mécanisme de règlement des différends investisseur-État. En tant que destinataire d'investissements, l'Europe doit garder à l'esprit qu'elle pourrait se voir , défendre un large éventail de législations, réglementations et autres mesures devant des tribunaux arbitraux. Aussi, la formulation et l'ampleur des futurs traités d'investissement de l'Union Européenne devront être préparées dans cette optique.

Quand les pays signataires de l'ALÉNA se sont rendus compte que chacun d'eux pouvait être la cible des investisseurs des deux autres pays, et que les arbitres n'hésiteraient pas à donner une interprétation des obligations des pays d'accueil différente de celle entendue par les parties, ils ont vite compris qu'ils n'avaient pas donné suffisamment de précisions aux tribunaux quant à l'interprétation du traité. Ils ont donc émis une note d'interprétation visant à expliquer leurs intentions lors de la négociation du chapitre sur l'investissement de l'ALÉNA, afin de s'assurer que les futurs arbitres ne s'éloigneraient pas de leur intention originale. Depuis, et afin d'éviter tout problème similaire dans le futur, le Canada et les États-Unis ont adopté un modèle de traité d'investissement beaucoup plus détaillé que tous les traités signés par les États membres de l'Union Européenne. Dans une certaine mesure, ceci a permis aux parties à l'ALÉNA d'éviter de bien mauvaises surprises de la part des tribunaux statuant sur leurs mesures de politique publique, même si les différends existent toujours, y compris dans le cadre d'accords plus récents et plus détaillés.

Au moment d'élaborer son futur cadre de protection des investissements, l'Europe – à l'instar des pays de l'ALÉNA – devra tenir compte de la perspective des investisseurs européens investissant à l'étranger *mais aussi* de la perspective de l'Union Européenne en tant que région d'accueil de l'investissement étranger. Le cadre actuel n'est satisfaisant pour aucune de ces deux perspectives, car comme le démontre clairement l'étude menée par la LSE, il est impossible de prévoir la manière dont les traités d'investissement seront interprétés, et car la procédure d'arbitrage est non seulement coûteuse, mais manque des garanties offertes par d'autres systèmes de règlement des différends en matière de droit international.

Aussi, la future politique européenne en matière d'investissement devra prévenir les problèmes de substance et de procédure apparus au cours des 10 dernières années.

4.0 Reprendre le contrôle du contenu : la nécessité d'une plus grande clarté et prévisibilité

Examinons tout d'abord les obligations substantives incluses dans les traités de protection des investissements après établissement à l'euro-péenne que nous connaissons.

Le modèle utilisé aujourd'hui par la plupart des États membres européens reprend en grande partie le TBI signé en 1959 entre le Pakistan et l'Allemagne. Le traité "européen" typique d'alors et d'aujourd'hui est court et utilise un langage général et vague. Ceci fonctionnait peut être bien avant que le modèle ne soit couplé à un mécanisme de règlement des différends fort et contraignant tel que nous le connaissons aujourd'hui. Cette imprécision des principales clauses donne aux tribunaux arbitraux une totale liberté quant à l'interprétation des termes du traité. Comme mentionné précédemment, les parties à l'ALÉNA ont appris à leur dépend que les tribunaux s'éloignaient de l'intention originale des pays signataires. Afin de ramener les tribunaux sur la bonne voie, ils ont émis une déclaration interprétative puis adopté un modèle de traité d'investissement au langage nettement plus précis.

Aujourd'hui, les modèles du Canada et des États-Unis ont par exemple clarifié le sens de l'expropriation indirecte, garantissant ainsi que la bonne foi généralement applicable aux mesures régulatrices ne soit pas remise en question. Ils ont également clarifié l'ampleur de l'obligation du « traitement juste et équitable », qui, dans la jurisprudence actuelle, peut recouvrir tout et n'importe quoi. Ces deux clauses – l'expropriation et le « traitement juste et équitable » – sont des exemples d'interprétations complètement opposées, que les tribunaux statuant en matière d'investissement avaient adoptées. Ainsi, si les parties au traité ne donnent pas d'indications en la matière, comme les parties à l'ALÉNA l'ont fait par exemple, il est impossible, tant pour les pays d'accueil que pour les investisseurs, de prédire l'interprétation qui sera faite de ces deux clauses généralement vagues. Et même avec de telles indications, des décisions incohérentes continuent de voir le jour, laissant les deux parties spéculer quant aux droits de l'investisseur et aux obligations respectives du pays d'accueil. Les seules parties assurées de gagner ici sont les avocats et les arbitres, qui reçoivent des honoraires et n'ont donc aucun intérêt à minimiser le différend ou l'incidence du conflit.

La communication émise en juillet par la Commission européenne souligne la nécessité de traiter les clauses relatives à l'expropriation – qui peuvent avoir des conséquences importantes – mais néglige de mentionner la nécessité de clarifier la clause du traitement juste et équitable, toute aussi importante, sinon plus. Il ne s'agit pas en effet d'une clause familière comme pourrait le laisser supposer sa formulation, mais d'une norme légale à la couverture potentiellement étendue. Un bon exemple de la liberté d'interprétation de la clause du traitement juste et équitable par un tribunal est ce passage de la décision rendue en 2003 dans le cadre du TBI Espagne-Mexique (*Tecmed c/. Mexique*) – décision souvent citée et utilisée pour d'autres décisions postérieures :

[C]ette disposition... exige des Parties contractantes qu'elles offrent à l'investissement étranger un traitement n'affectant pas les aspirations basiques prises en compte par l'investisseur étranger pour réaliser son investissement. L'investisseur étranger attend du pays d'accueil qu'il agisse de manière consistante, sans aucune ambiguïté et en totale transparence dans ses relations avec l'investisseur étranger, afin que celui-ci connaisse au préalable toutes les lois et réglementations régissant ses investissements, ainsi que les objectifs des politiques et pratiques administratives ou directives pertinentes, afin de pouvoir planifier son investissement et respecter ces réglementations (paragraphe 154, original en Anglais).

La communication de juillet stipule également que la Commission envisage d'inclure dans ses traités d'investissement des dispositions telles que la « clause parapluie », très controversée, qui élève le droit national et les réclamations contractuelles au niveau international, et les soumet au règlement des différends investisseur-État. Cela permettrait à un investisseur en Europe de contourner les procédures normales nationales de révision administrative ou légale, et de lancer directement une procédure arbitrale à l'encontre d'un pays membre, pour toutes les plaintes relatives à une licence, un permis, un contrat passé avec un État ou toute autre mesure gouvernementale. Ce point nécessite également une clarification et un débat plus poussés.

Nous ne disposons pas de suffisamment de temps pour examiner les autres dispositions en détail, mais il est évident que celles-ci, telles que celles relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, ainsi que celles relatives au transfert de capital, doivent également être évaluées avec attention en gardant à l'esprit la jurisprudence qui évolue.

5.0 Problèmes de procédure : besoin de transparence, de cohérence et d'indépendance judiciaire

Concernant la deuxième série de problèmes, ceux liés à la procédure, la communication de juillet indique non seulement que la Commission continuera d'inclure la protection substantive telle que nous la connaissons grâce au TBI des États membres de l'Union Européenne, mais stipule également que « les futurs accords de l'Union Européenne comportant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État ».

Comme nous l'avons remarqué, le règlement des différends investisseur-État est l'élément distinctif le plus important des accords en matière d'investissements internationaux, offrant le droit à une partie privée de poursuivre directement un gouvernement d'accueil, sans avoir besoin d'épuiser au préalable les recours administratifs et judiciaires nationaux. Le fait que la Commission européenne souhaite recourir à ce mécanisme, même quand son partenaire aux négociations est un État disposant de systèmes administratifs et judiciaires valides, nécessite un examen approfondi. Les parties à l'Accord de libre-échange (ALE) États-Unis-Australie ont par exemple décidé qu'il était suffisant d'inclure seulement un mécanisme État-État dans le chapitre de l'ALE relatif à l'investissement. Le mécanisme investisseur-État a été écarté.

En outre, même si le mécanisme investisseur-État est intégré aux traités en matière d'investissement, les caractéristiques de l'arbitrage investisseur-État requièrent également un examen minutieux.

Ce type d'arbitrage contient actuellement des spécificités problématiques qui n'existent pas dans d'autres processus de règlement des différends internationaux impliquant des États.

Tout d'abord, le système d'arbitrage manque de transparence à différents niveaux de la procédure. Quand l'arbitrage est mené selon les règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), de la Chambre internationale de commerce ou de la Chambre de commerce de Stockholm par exemple, l'arbitrage pourrait ne jamais être rendu public, même quand la plainte porte sur une mesure de politique publique ou une loi adoptée de manière démocratique. L'investisseur peut même s'opposer à la publication de la décision finale, et les citoyens ne sauront jamais que leur gouvernement a été condamné pour la violation d'une obligation internationale au paiement de dommages et intérêts, en dépit du fait que les montants demandés et payés peuvent être extrêmement élevés. Cette année, par exemple, l'Équateur a été condamné à payer 700 millions USD plus les intérêts, et un investisseur suédois a récemment réclamé à l'Allemagne le paiement de 1,5 milliards d'euros. Différents pays non-européens ont incorporé à leurs traités d'investissement des dispositions visant à garantir la transparence des procédures.

Deuxièmement, à la différence d'autres domaines du règlement de différends internationaux impliquant des États, les adjudicateurs, c'est-à-dire les arbitres, ne sont pas titularisés. Ils sont en général choisis par les parties (sur les conseils de leurs avocats) au cas par cas, et le président du tribunal est désigné par ces deux arbitres ou par une autorité de nomination. Les arbitres peuvent avoir une double fonction : ils peuvent être arbitres dans une affaire, et avocat auprès d'une partie dans une autre. Cela permet à un conseiller de nommer un arbitre et d'attendre de lui qu'il le nomine à son tour dans une affaire future. Ce double rôle arbitre-avocat pose également problème dans la mesure où un arbitre peut façonner le droit en matière d'investissement de manière à favoriser un client qu'il conseille. Le règlement investisseur-État manque donc des garanties institutionnelles fondamentales présentes dans d'autres mécanismes.

Une autre caractéristique du règlement des différends investisseur-État est que les décisions arbitrales sont définitives et contraignantes. Elles ne peuvent être révisées que pour des motifs limités, comme le manque de traitement équitable ou la non-application du droit applicable par exemple. Les décisions arbitrales ne sont généralement pas sensées être révisées pour une question d'exactitude légale ou factuelle. En fait, il existe des décisions dans le cadre du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) pour lesquelles le comité d'annulation a reconnu que la décision était légalement incorrecte ou que le comportement d'un arbitre était inacceptable, mais qui, malheureusement, ne pouvait rien faire d'autre que de soutenir cette décision. En d'autres termes, il n'existe pas de procédure d'appel comme dans le mécanisme de l'OMC par exemple.

La communication de juillet de la Commission européenne reconnaissait certains de ces problèmes. La communication souligne notamment que « l'UE devrait veiller à ce que le règlement des différends entre les investisseurs et l'État soit mené en toute transparence » et que l'UE devrait étudier la manière d'accroître la cohérence et la prévisibilité dans l'application des accords internationaux d'investissement. Toutefois, nous ne savons pas ce que la Commission fera pour traiter ces préoccupations. Idéalement, elle adoptera une politique rendant également l'arbitrage dans le cadre de traités d'investissement existants plus transparent, juste et prévisible.

6.0 Garantir la cohérence avec les autres politiques de l'Union Européenne

Avant de conclure, j'aimerais rapidement souligner un extrait de la communication qui dit que « la politique de l'UE en matière de commerce et d'investissement doit s'adapter à la façon dont l'UE et ses États membres réglementent l'activité économique à l'intérieur des frontières de l'Union et au-delà ». La communication continue comme suit :

Les accords d'investissement doivent être compatibles avec les autres politiques de l'Union et de ses États membres, y compris les politiques en matière de protection de l'environnement, de travail décent, de santé et de sécurité sur le lieu de travail, de protection des consommateurs, de diversité culturelle, de développement et de concurrence. La politique d'investissement continuera à donner à l'Union et aux États membres la possibilité d'adopter et d'appliquer les mesures qui s'imposent pour atteindre des objectifs de politique publique.

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

Ces déclarations de la Commission représentent une étape importante vers un traité d'investissement plus moderne, s'éloignant de la perspective plutôt unilatérale de la plupart des TBI actuels des États membres. Afin de concrétiser cette approche, le Parlement européen devra fournir des indications tangibles pour sa mise en œuvre.