

COM (2017) 493 final

ASSEMBLÉE NATIONALE

QUINZIÈME LÉGISLATURE

SÉNAT

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2016-2017

Reçu à la Présidence de l'Assemblée nationale
le 27 septembre 2017

Enregistré à la Présidence du Sénat
le 27 septembre 2017

TEXTE SOUMIS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 88-4 DE LA CONSTITUTION

PAR LE GOUVERNEMENT,

À L'ASSEMBLÉE NATIONALE ET AU SÉNAT.

Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements



Bruxelles, le 13 septembre 2017
(OR. en)

12131/17

FDI 13
WTO 186

NOTE DE TRANSMISSION

Origine:	Pour le Secrétaire général de la Commission européenne, Monsieur Jordi AYET PUIGARNAU, Directeur
Date de réception:	13 septembre 2017
Destinataire:	Monsieur Jeppe TRANHOLM-MIKKELSEN, Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne
N° doc. Cion:	COM(2017) 493 final
Objet:	Recommandation de DÉCISION DU CONSEIL autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements

Les délégations trouveront ci-joint le document COM(2017) 493 final.

p.j.: COM(2017) 493 final



Bruxelles, le 13.9.2017
COM(2017) 493 final

Recommandation de

DÉCISION DU CONSEIL

**autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal
multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements**

{SWD(2017) 302 final}

{SWD(2017) 303 final}

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. CONTEXTE DE LA PROPOSITION

- **Justification et objectifs de la proposition**

Depuis quelques années, la question de l'inclusion du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans les accords de commerce et d'investissement suscite une attention et des interrogations croissantes de la part du public. Plusieurs problèmes découlant du RDIE, lequel se fonde sur les principes de l'arbitrage, ont été mis en évidence. Au nombre de ces problèmes figurent notamment l'absence ou l'insuffisance de légitimité, de cohérence et de transparence du RDIE ainsi que l'impossibilité de faire appel.

Pour remédier à ces lacunes, l'Union a choisi depuis 2015 d'institutionnaliser le système de règlement des différends en matière d'investissements dans les accords de commerce et d'investissement de l'Union au moyen de l'inclusion du système juridictionnel des investissements (SJI). Toutefois, en raison de sa nature bilatérale, le SJI ne peut apporter des réponses à l'ensemble des problèmes évoqués ci-dessus. En outre, l'inclusion du SJI dans les accords conclus par l'Union engendre des coûts liés à la complexité administrative et à l'incidence budgétaire.

L'initiative concernant un tribunal multilatéral des investissements vise à mettre en place un système destiné au règlement des différends internationaux en matière d'investissements¹ qui soit permanent, indépendant et légitime; prévisible grâce à une jurisprudence cohérente; permette d'interjeter appel des décisions; engendre peu de coûts; repose sur des procédures transparentes et efficaces, et permette à des tierces parties d'intervenir (y compris, par exemple, les organisations environnementales ou du travail intéressées). L'indépendance du tribunal devrait être garantie par des prescriptions strictes en matière de déontologie et d'impartialité, des nominations non renouvelables, l'emploi à temps plein des arbitres et des mécanismes de nomination indépendants.

La présente initiative ne portera que sur des questions de procédure. Les questions concernant par exemple le droit applicable ou les règles d'interprétation, y compris le respect de la cohérence avec d'autres obligations internationales (par exemple, celles liées à l'Organisation internationale du travail et aux conventions des Nations unies) seront traitées dans le cadre des accords d'investissement sous-jacents devant être appliqués par le tribunal multilatéral des investissements.

La présente initiative vise à aligner la stratégie de l'Union concernant le règlement des différends en matière d'investissements sur celle qu'elle mène dans d'autres domaines liés à la gouvernance internationale et au règlement des différends internationaux en privilégiant les solutions multilatérales. Elle ne s'inscrit pas dans le cadre du programme pour une réglementation affûtée et performante de la Commission (REFIT).

¹ Les différends découlant de traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres (les TBI intra-UE) et les différends entre un investisseur d'un État membre et un État membre liés au traité sur la Charte de l'énergie ne relèvent pas du champ d'application de la présente initiative. La Commission estime que ce type de traités sont contraires au droit de l'Union.

- **Cohérence par rapport aux dispositions existantes dans le domaine d'action**

En mai 2015, la Commission a publié sa note de synthèse intitulée «L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme. Renforcer le droit de réglementer et assurer la transition entre l'actuel système d'arbitrage ad hoc et la mise en place d'une juridiction sur les investissements»², dans laquelle elle a défini une approche en deux étapes pour la réforme du système de RDIE traditionnel. La première étape consistait en l'inclusion d'un système juridictionnel institutionnalisé aux fins du règlement des différends en matière d'investissements dans les futurs accords de commerce et d'investissement de l'Union (c'est-à-dire le SJI). Dans le cadre de la deuxième étape, l'Union devait œuvrer à la mise en place d'un tribunal multilatéral des investissements. Ce tribunal multilatéral devrait remplacer tous les SJI bilatéraux figurant dans les accords de commerce et d'investissement de l'Union. L'Union, ses États membres et les pays partenaires pourraient alors remplacer les dispositions relatives au RDIE dans leurs accords d'investissement existants par un accès au tribunal multilatéral des investissements.

- **Cohérence par rapport aux autres politiques de l'Union**

La présente recommandation est conforme à la communication de la Commission intitulée «Le commerce pour tous»³ publiée en octobre 2015, dans laquelle la Commission énonce que, parallèlement à ses efforts bilatéraux, elle *«travaillera [...] avec les pays partenaires à l'obtention d'un consensus autour de la création d'une véritable juridiction internationale permanente des investissements»*.

Par ailleurs, à l'occasion de la publication, le 12 novembre 2015, du texte proposé par l'Union concernant la protection des investissements et le règlement des différends en matière d'investissements dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), la Commission a affirmé qu'elle *«entamera, avec le concours d'autres pays, des travaux concernant la mise en place d'une juridiction internationale permanente des investissements»*, ajoutant qu' *«[...] une telle évolution mènerait à la disparition complète de l'«ancien» mécanisme de RDIE et à son remplacement par un système moderne, efficace, transparent et impartial pour la résolution des litiges en matière d'investissements à l'échelle internationale»*⁴.

La recommandation est également cohérente par rapport au document de réflexion de la Commission de mai 2017 sur la maîtrise de la mondialisation⁵, dans lequel la Commission fait explicitement référence à la présente initiative lorsqu'elle déclare que *«les différends [internationaux en matière d'investissements] ne devraient plus être réglés par des arbitres dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Aussi la Commission a-t-elle proposé la mise en place d'un tribunal multilatéral des investissements [...] qui permettrait de créer un mécanisme équitable et transparent»*.

En outre, lors de l'adoption de la décision autorisant la signature du CETA par le Conseil, celui-ci a précisé qu'il *«soutient [...] la Commission européenne dans sa volonté d'œuvrer en vue de l'établissement d'une Cour multilatérale d'investissement, qui remplacera le système*

² Disponible à l'adresse suivante: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf.

³ Disponible à l'adresse suivante: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153879.pdf.

⁴ Voir: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_fr.htm.

⁵ Disponible à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_fr.pdf.

bilatéral établi par l'AECC/CETA, une fois en place, et conformément à la procédure prévue par l'AECC/CETA»⁶.

2. BASE JURIDIQUE, SUBSIDIARITÉ ET PROPORTIONNALITÉ

• Base juridique

L'article 218, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que la Commission présente des recommandations au Conseil, qui adopte une décision autorisant l'ouverture des négociations et désigne le négociateur de l'Union. Conformément à l'article 218, paragraphe 4, du TFUE, le Conseil peut adresser des directives au négociateur.

• Subsidiarité (en cas de compétence non exclusive)

L'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne (TUE) prévoit que le principe de subsidiarité ne s'applique pas aux domaines relevant de la compétence exclusive de l'UE.

L'Union dispose d'une compétence en partie exclusive et en partie partagée en matière de protection des investissements.

L'article 3 du TFUE prévoit que l'Union dispose d'une compétence exclusive dans le domaine de la politique commerciale commune. Conformément à l'article 207 du TFUE, les investissements directs étrangers (IDE) ainsi que la possibilité de négocier et de conclure des accords internationaux comportant des dispositions relatives aux IDE relèvent de la politique commerciale commune de l'Union.

Dans son avis 2/15 relatif à l'accord de libre-échange entre l'Union et Singapour (EUSFTA), la Cour de justice a confirmé que l'Union dispose, sur la base de l'article 207 du TFUE, de la compétence exclusive pour ce qui est des règles de fond en matière de protection figurant habituellement dans les accords d'investissement, dans la mesure où ces règles s'appliquent aux IDE⁷. Dans le même avis, la Cour de justice a précisé que, dans le cas des investissements autres que directs, la compétence relative à ces règles de fond est partagée entre l'Union et les États membres.

Dans son avis 2/15, la Cour a en outre ajouté que la compétence en ce qui concerne le RDIE (à la fois dans le cas des investissements directs étrangers et autres que directs) est partagée entre l'Union et ses États membres, dans la mesure où les États membres sont tenus d'agir en qualité de partie adverse dans le cadre de certains différends.

L'Union est partie, avec les États membres, à des accords comportant des dispositions relatives au RDIE traditionnel (le traité sur la charte de l'énergie - ECT) ou au SJI (l'accord économique et commercial global UE-Canada - CETA) et peut être amenée à agir en qualité de partie adverse dans le cadre du règlement de différends concernant ces accords. Par ailleurs, la Commission négocie actuellement plusieurs autres accords de libre-échange ainsi que des accords d'investissement autonome incluant un SJI. Il est prévu que l'Union agisse en qualité de partie adverse dans au moins quelques-uns des différends relatifs à ces accords.

⁶ Déclaration 36 des déclarations inscrites à l'occasion de l'adoption par le Conseil de la décision autorisant la signature du CETA, à Bruxelles, le 27 octobre 2016.

⁷ Avis 2/15 de la Cour de justice du 16 mai 2017, EU:C:2017:376, conformément à l'article 218, paragraphe 11, du TFUE, sur la compétence de l'Union européenne pour conclure l'accord de libre-échange avec Singapour.

La participation de l'Union à la convention envisagée est donc nécessaire afin d'inclure dans son champ d'application les différends en question concernant les accords mentionnés ci-dessus dans le cadre desquels l'Union agira en qualité de partie adverse.

Les accords en vigueur dans lesquels figurent le RDIE ou le SJI auxquels l'Union est partie (l'ECT et le CETA) prévoient que les États membres agissent en qualité de partie adverse dans certains cas. Les accords envisagés incluant le SJI pourraient de la même manière comporter des dispositions prévoyant que les États membres agissent en qualité de partie adverse dans le cadre de certains différends. En outre, les États membres ont été habilités par l'Union, au titre du règlement n° 1219/2012⁸ à maintenir ou à conclure quelque 1 400 traités bilatéraux d'investissement, qui incluent le RDIE traditionnel. Pour ces raisons, la réforme multilatérale du règlement des différends en matière d'investissements prévue par la présente initiative doit être soutenue par les États membres en plus de l'Union.

- **Proportionnalité**

La présente recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs stratégiques qui sont en jeu.

Conformément au principe de proportionnalité, toutes les options raisonnables ont été envisagées afin d'évaluer l'efficacité probable d'une telle intervention. Elles sont présentées en détail dans le rapport d'analyse d'impact.

- **Choix de l'instrument**

Une recommandation de décision du Conseil, proposée par la Commission, autorisant l'ouverture de négociations est conforme à l'article 218, paragraphe 3, du TFUE, qui dispose que la Commission présente des recommandations au Conseil, qui adopte une décision autorisant l'ouverture des négociations.

3. RÉSULTATS DES ÉVALUATIONS EX POST, DES CONSULTATIONS DES PARTIES INTÉRESSÉES ET DES ANALYSES D'IMPACT

- **Évaluations ex post/bilans de qualité de la législation existante**

Un réexamen du RDIE est réalisé périodiquement dans le contexte de l'ECT auquel l'Union et les États membres, en tant que parties contractantes à ce traité, participent activement. Même si une modernisation de la protection des investissements, y compris en ce qui concerne le règlement des différends, demeure une priorité de l'Union dans le cadre du réexamen de l'ECT, la voie privilégiée pour la réforme du règlement des différends en matière d'investissements est la réforme multilatérale soutenue par la présente initiative.

Étant donné son instauration très récente, aucune évaluation n'a encore été réalisée concernant le SJI.

⁸ Règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers (JO L 351 du 20.12.2012, p. 40).

- **Consultation des parties intéressées**

La Commission a coopéré activement avec les parties intéressées et a mené une vaste consultation tout au long du processus d'analyse d'impact.

Entre le 21 décembre 2016 et le 15 mars 2017, la Commission a organisé une consultation publique en ligne qui a été lancée sur le site web de la DG TRADE et a été publiée sur «EU Survey» (le portail des consultations publiques en ligne de la Commission). Les parties intéressées ont été invitées à répondre à des questions portant notamment sur les problèmes et les options stratégiques possibles, les aspects techniques de ces options et leurs incidences éventuelles. Il ressort de la consultation qu'une réforme multilatérale du règlement des différends en matière d'investissements, telle que décrite dans la présente initiative, remporte dans l'ensemble un large soutien, même si des questions subsistent, en particulier sur ses aspects techniques.

Les réponses à la consultation publique ont été publiées sur le site web consacré à la consultation. Le rapport de synthèse concernant la consultation publique en ligne ainsi que toutes les autres activités menées par la Commission dans le cadre de la consultation des parties intéressées est joint au rapport d'analyse d'impact.

- **Analyse d'impact**

Une analyse d'impact relative à la réforme multilatérale du règlement des différends en matière d'investissements incluant l'éventuelle mise en place d'un tribunal multilatéral des investissements a été réalisée. Le rapport d'analyse d'impact et son résumé ainsi que l'avis positif du comité d'examen de la réglementation sont joints à la présente recommandation.

Étant donné que l'initiative concernant un tribunal multilatéral des investissements ne porte que sur les règles de procédure (à savoir le règlement des différends) et non sur les règles de fond (qui sont incluses dans les accords d'investissement sous-jacents), aucune incidence sur le plan environnemental ou social n'est susceptible d'en résulter.

- **Réglementation affûtée et simplification**

Le tribunal multilatéral des investissements permettra d'alléger la charge administrative liée au règlement des différends en matière d'investissements en centralisant tous les différends sous un ensemble unique de règles de procédure. Il garantira aux investisseurs un accès à un système légitime, indépendant et efficace destiné au règlement des différends internationaux en matière d'investissements, quels que soient leur importance et/ou leur chiffre d'affaires. Les PME peuvent bénéficier d'une aide supplémentaire afin de tenir compte de leur chiffre d'affaires moins élevé. Les procédures devant le tribunal sont censées être plus courtes et, partant, moins coûteuses pour les investisseurs par rapport au système traditionnel non réformé. En outre, l'amélioration de la prévisibilité et de la cohérence quant à l'interprétation des dispositions de fond relatives aux investissements contribuera à la diminution du nombre de différends.

- **Droits fondamentaux**

Conformément à l'article 21, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'action de l'Union reposera sur les principes qui s'appliquent à la présente initiative, à savoir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, et, en particulier, sur l'article 47 de la charte des droits fondamentaux.

L'action de l'Union au niveau multilatéral ne saurait compromettre le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Le tribunal multilatéral des investissements est destiné à créer une voie de recours supplémentaire en vertu du droit international pour garantir le respect des obligations imposées aux États membres par les accords internationaux. Par conséquent, elle ne porte pas préjudice aux droits existants des investisseurs étrangers en vertu du droit interne de l'Union et du droit interne des États membres, ni aux voies de recours permettant de faire appliquer les droits internes en question.

4. INCIDENCE BUDGÉTAIRE

L'incidence financière exacte de la présente initiative est impossible à déterminer à ce stade dans la mesure où les éléments essentiels du tribunal multilatéral des investissements doivent encore être négociés au niveau multilatéral. Elle devrait engendrer moins de coûts que l'option qui consisterait à maintenir le SJI dans les accords déjà négociés ou faisant l'objet de négociations ainsi que le système existant. Un certain nombre de calculs, qui ont été effectués sur la base de plusieurs hypothèses, figurent dans le rapport d'analyse d'impact.

5. AUTRES ÉLÉMENTS

- **Plans de mise en œuvre et modalités de suivi, d'évaluation et d'information**

La Commission procédera à un suivi régulier une fois que le tribunal multilatéral sera opérationnel. Elle effectuera aussi régulièrement des contrôles en ce qui concerne les contributions financières de l'Union aux coûts liés au tribunal. Une évaluation du fonctionnement du tribunal multilatéral des investissements sera réalisée lorsque ce dernier aura fonctionné pendant une période de temps suffisante pour pouvoir recueillir des données pertinentes. Le rapport d'analyse d'impact en annexe contient de plus amples informations sur les activités de suivi et d'évaluation prévues.

- **Aspects procéduraux**

La Commission se félicite du fait que les membres du Conseil de l'Union européenne nouent de plus en plus souvent à un stade précoce le dialogue avec leurs parlements respectifs sur les négociations en matière d'investissements, en conformité avec leurs pratiques institutionnelles. Elle encourage les membres du Conseil de l'Union européenne à faire de même pour la présente recommandation de décision du Conseil, en tenant dûment compte de la décision 2013/488/UE du Conseil concernant les règles de sécurité aux fins de la protection des informations classifiées de l'Union européenne⁹.

La Commission rend publiques la présente recommandation ainsi que son annexe immédiatement après leur adoption.

La Commission recommande que les directives de négociation soient publiées immédiatement après leur adoption.

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32013D0488>

Recommandation de

DÉCISION DU CONSEIL

autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 218, paragraphes 3 et 4,

vu la recommandation de la Commission européenne,

CONSIDÉRANT que des négociations devraient être ouvertes en vue de la conclusion d'une convention entre l'Union européenne et ses États membres et d'autres pays intéressés instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La Commission est autorisée, au nom de l'Union, à ouvrir des négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements.

Article 2

Les négociations sont conduites conformément aux directives de négociation figurant en annexe à la présente décision.

Article 3

La présente décision et son annexe sont publiées immédiatement après leur adoption.

Article 4

La Commission est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le

*Par le Conseil
Le président*