

N° 134

# SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2014-2015

---

---

Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 novembre 2014

## RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des affaires européennes (1) sur la proposition de résolution européenne de M. Michel BILLOUT et plusieurs de ses collègues, présentée en application de l'article 73 quinquies du Règlement, sur le **règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les États-Unis,***

Par M. Michel BILLOUT,

Sénateur

## et TEXTE DE LA COMMISSION

---

*(1) Cette commission est composée de : M. Jean Bizet, président ; MM. Michel Billout, MM. Michel Delebarre, Jean-Paul Emorine, André Gattolin, Mme Fabienne Keller, MM Yves Pozzo di Borgo, André Reichardt, Jean-Claude Requier, Simon Sutour, Richard Yung, vice-présidents ; Mme Colette Mélot, MM Louis Nègre, Mme Patricia Schillinger, secrétaires, MM. Pascal Allizard, Éric Bocquet, Philippe Bonnecarrere, Gérard César, René Danesi, Nicole Duranton, Joëlle Garriaud-Maylam, Pascale Gruny, Claude Haut, Jean-Jacques Hyst, Claude Kern, Jean-René Lecerf, Jean-Yves Leconte, François Marc, Didier Marie, Michel Mercier, Robert Navarro, Georges Patient, Michel Raison, Daniel Raoul, Alain Richard, Jean-Marc Todeschini.*

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 75 (2014-2015)



---

## SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
<b>EXPOSÉ GÉNÉRAL</b> .....	5
1. <i>Un impératif politique : revendiquer une plus grande transparence dans les négociations CETA et TTIP, du fait de leurs enjeux, au risque de nourrir sinon le populisme anti-européen</i> .....	6
2. <i>Une ambition stratégique : s'opposer par principe à la systématisation de l'arbitrage privé des différends investisseur/État, au nom de la démocratie et de l'État de droit</i> .....	9
3. <i>Un objectif prioritaire et tactique : améliorer l'accord avec le Canada, sans ignorer ses acquis, mais avec la conscience qu'il constitue un marchepied pour le TTIP</i> .....	19
4. <i>La position de votre commission sur la proposition de résolution européenne n° 75</i> .....	22
<b>EXAMEN EN COMMISSION</b> .....	27
<b>PROPOSITION DE RÉOLUTION EUROPÉENNE</b> .....	37
<b>TABLEAU COMPARATIF</b> .....	41
<b>LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES</b> .....	45



---

## EXPOSÉ GÉNÉRAL

Mesdames, Messieurs,

Conformément à l'article 73 *quinquies* du règlement du Sénat, votre commission des affaires européennes est chargée d'examiner la proposition de résolution européenne n° 75 (2014-2015) sur le règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les États-Unis, présentée par M. Michel Billout et plusieurs de ses collègues le 30 octobre 2014.

Ce texte a un objet double : d'une part, il dénonce l'opacité dans laquelle se déroulent les négociations menées par l'Union européenne avec le Canada pour un « Accord économique et commercial global » (CETA), comme celles ouvertes en juin 2013 avec les États-Unis en vue de l'établissement d'un « Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement » (TTIP) ; d'autre part, il s'oppose radicalement à tout projet d'accord qui prévoirait un mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un État (souvent désigné sous l'acronyme anglais ISDS pour *Investor-State Dispute Settlement*), craignant que les multinationales n'en profitent pour réclamer des dédommagements aux États et ne remettent finalement en cause la capacité de ces derniers à adopter des normes sociales, environnementales ou sanitaires qui sont l'expression de choix démocratiques. Conscients d'aborder les négociations transatlantiques sous un angle partiel, les auteurs du texte jugent que ce volet est emblématique de la menace que ces négociations peuvent représenter pour nos choix de société et notre ordre institutionnel.

Dans le contexte actuel de montée des populismes en Europe, votre rapporteur considère en effet comme un impératif politique de rendre plus transparentes les négociations, menées par la Commission européenne, d'accords bilatéraux de commerce ou de protection des investissements, particulièrement celles menées avec le Canada et les États-Unis vu leurs enjeux.

Il présente ensuite son ambition stratégique : s'opposer par principe à la systématisation du règlement des différends investisseur/État dans les accords de protection des investissements, au nom de la démocratie et de l'État de droit.

Enfin, il détaille quel est, à ses yeux, l'objectif prioritaire et tactique : améliorer l'accord avec le Canada, sans ignorer ses acquis, mais avec la conscience qu'il constitue un marchepied pour le TTIP.

**1. Un impératif politique : revendiquer une plus grande transparence dans les négociations CETA et TTIP, du fait de leurs enjeux, au risque de nourrir sinon le populisme anti-européen**

Aux termes de l'article 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la politique commerciale commune relève exclusivement de la compétence de l'Union européenne. Les articles 206 et 207 du TFUE en fixent les objectifs et les principes. La **procédure de négociation et de conclusion des accords commerciaux** est précisée aux articles 207 et 218 du TFUE.

C'est le Conseil qui autorise l'ouverture des négociations, sur recommandation de la Commission. Il arrête les directives de négociation. Les négociations sont conduites par la Commission, en consultation avec un comité spécial, désigné par le Conseil pour l'assister dans cette tâche et composé de représentants des États membres, et dans le cadre des directives du Conseil. La Commission doit faire régulièrement rapport au comité spécial, ainsi qu'au Parlement européen, sur l'état d'avancement des négociations.

Pour la négociation et la conclusion d'accords avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales, le Conseil statue normalement à la majorité qualifiée, mais l'unanimité des États membres demeure requise dans trois domaines :

- dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels, lorsque les accords risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union ;

- dans le domaine du commerce des services sociaux, d'éducation et de santé, lorsque les accords risquent de perturber gravement l'organisation de ces services au niveau national et de porter atteinte à la responsabilité des États membres pour la fourniture de ces services ;

- dans les domaines du commerce de services, des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et des investissements directs étrangers, lorsque l'accord négocié comprend des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de mesures internes (parallélisme entre règles internes et règles externes).

Dès lors, les accords commerciaux portant sur divers domaines sont fréquemment conclus à l'unanimité.

---

À l'issue des négociations internationales, les accords sont signés et conclus sur décision du Conseil de l'Union européenne et après approbation du Parlement européen<sup>1</sup>. Une approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, est également requise lorsque l'accord conclu est mixte, c'est-à-dire lorsque son contenu dépasse le champ des compétences de l'Union européenne et touche aux compétences des États membres.

En effet, conformément au principe d'attribution, l'Union n'est compétente que dans les limites des compétences qui lui sont attribuées par le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; par conséquent, dans tous les autres cas, la compétence appartient aux États membres (articles 4 et 5 du TUE). Les accords mixtes ont pour parties contractantes à la fois l'Union européenne et les États membres. Ils permettent à l'Union et aux États membres de poursuivre ensemble un objectif tout en respectant la répartition des compétences fixée par les traités, sans avoir à diviser l'accord final selon que les dispositions relèvent de la compétence de l'Union ou des États membres.

**Le caractère mixte du CETA ou du TTIP n'est pas clairement établi à ce jour.** Pour clarifier l'interprétation du traité de Lisbonne, la Commission européenne a annoncé le 30 octobre 2014 qu'elle entendait saisir la Cour de justice de l'Union européenne pour déterminer si l'accord commercial et de protection des investissements, conclu mi-octobre 2014 avec Singapour, est ou non un accord mixte. Il s'agit de déterminer si la compétence conférée par le traité de Lisbonne à l'Union européenne en matière d'investissements directs à l'étranger est exclusive ou si elle interfère avec les investissements de portefeuille qui restent du ressort des États membres. La décision de la Cour sera bien sûr éclairante pour ce qui concerne les accords en cours de négociation avec le Canada et les États-Unis.

**Dans cette attente, il est essentiel, du point de vue des opinions publiques européennes, que la Commission européenne ne donne pas l'impression de cultiver le secret sur les négociations** qu'elle conduit pour le compte du Conseil. Même si la confidentialité des positions de négociation facilite sans doute la tâche des négociateurs européens, il convient de rappeler que l'article 218 du TFUE prévoit que « *le Parlement européen est immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure* », ce qui doit lui permettre de jouer pleinement son rôle d'approbation concernant le projet d'accord, ainsi que le prévoit l'article 218§6.

En revanche, les traités ne prévoient rien de tel s'agissant de l'information des parlements nationaux dans le cadre de la négociation d'un accord commercial, quand bien même celui-ci serait un accord mixte. L'état

---

<sup>1</sup> Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de Justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. Son avis négatif a alors force obligatoire.

du droit n'impose donc pas l'information des parlements nationaux avant qu'ils soient éventuellement sollicités pour ratifier l'accord conclu, s'il est mixte.

Cette situation n'est pas tenable politiquement : l'opacité qui entoure une négociation nourrit les inquiétudes et, si elle rend éventuellement plus aisé le processus de négociation en évitant d'abattre les cartes face à l'adversaire, peut aussi rendre plus ardue l'étape de la ratification parlementaire de l'accord négocié.

Il est donc impératif de **promouvoir la transparence, prioritairement à l'égard des parlements**, si besoin en organisant en leur sein des conditions spécifiques de consultation des documents transmis pour en assurer la confidentialité.

Les institutions européennes prennent progressivement conscience de cet impératif. À cet égard, des progrès récents ont été enregistrés, que ne prend d'ailleurs pas en compte l'exposé des motifs du texte de la proposition de résolution européenne n° 75 tel que déposé.

D'une part, la Commission européenne a publié fin septembre 2014 une version consolidée du texte négocié avec le Canada. Mais que penser de cette publication d'un texte de plus de 1 600 pages présenté comme ficelé, sans que le contrôle parlementaire ait pu s'exercer sur le processus de son élaboration ?

D'autre part, sous la pression de l'opinion publique, le Conseil a fini, le 9 octobre dernier, par donner son aval à la publication officielle du mandat de négociation confié en juin 2013 à la Commission européenne pour l'accord transatlantique. Cette déclassification constitue une mesure importante pour assurer la transparence des négociations avec les États-Unis, mais, intervenue au bout de quinze mois, elle ne suffira pas à rassurer les opinions, dont les inquiétudes à l'égard de la mondialisation se cristallisent à l'occasion de la négociation de cet accord. Une journée d'opposition aux accords CETA, TTIP et TISA<sup>1</sup> s'est d'ailleurs déroulée dans toute l'Europe le 11 octobre, donnant lieu à 400 initiatives.

Lors du Conseil réuni à Rome mi-octobre, le secrétaire d'État français chargé du commerce extérieur, M. Matthias Fekl, est intervenu pour insister sur le besoin de transparence et d'information des opinions publiques. Il a souligné que, paradoxalement, le demi-sommeil actuel des négociations transatlantiques, imputable au renouvellement de la Commission européenne et aux élections américaines de mi-mandat, pouvait alimenter les craintes dans l'opinion sur l'existence d'un agenda caché.

À l'échelle nationale, le cabinet de M. Fekl a assuré à votre rapporteur qu'il veillait à améliorer la transparence sur ce sujet, notamment

---

<sup>1</sup> Accord sur le commerce des services, en cours de négociation depuis mars 2013, entre 23 membres de l'Organisation mondiale du Commerce, dont l'Union européenne.



---

par la mise en place d'un comité de suivi stratégique du TTIP comprenant deux collèges : l'un composé de parlementaires, l'autre de représentants de la société civile. Une page Internet dédiée et interactive doit également permettre de faire vivre le débat sur ce sujet. Les autorités françaises envisagent aussi de constituer au sein du Conseil un groupe des « amis de la transparence », afin de maintenir la transparence à toutes les étapes du processus.

En effet, le principe de transparence, admis par les institutions européennes comme par le Gouvernement, doit absolument être appliqué dans la durée, tout au long du processus de négociation, comme il aurait d'ailleurs dû l'être plus en amont, afin que les évaluations *ex ante* des impacts du projet soient débattues et soumises à contre-expertise. À cet égard, votre rapporteur rappelle que le Sénat a exprimé le souhait, dans sa résolution n° 164 du 9 juin 2013, de disposer d'une étude d'impact permettant d'apprécier, par secteur d'activité, les effets pour la France de différents scénarios de négociation du partenariat transatlantique, qui ne lui a pas encore été fournie par le Gouvernement.

Votre rapporteur se félicite en tout cas que la commissaire européenne au commerce, Mme Cecilia Malmström, attentive à donner une dimension démocratique aux négociations, vienne présenter ses priorités générales et ses vues devant la commission INTA du Parlement européen, lors de sa prochaine réunion les 3 et 4 décembre, et qu'elle se déplace dans les grandes capitales européennes, notamment à Paris en décembre. Enfin, il relève avec satisfaction que la Commission européenne a annoncé le 26 novembre **qu'à partir du 1<sup>er</sup> décembre, toute personne pourra consulter en ligne tous les documents de négociation sur le partenariat transatlantique qui circulent entre les institutions bruxelloises et les États membres**, sous réserve de l'accord explicite des États-Unis pour ce qui concerne toute publication de documents « américains » ou « communs ». Dans cette communication consacrée à la transparence<sup>1</sup>, la Commission se dit également prête à partager avec tous les eurodéputés des documents qui sont aujourd'hui d'accès restreint, en vertu de certaines règles pour garantir la confidentialité de l'information fournie. **Votre commission estime que le même effort devrait être fait en direction des parlements nationaux.**

## **2. Une ambition stratégique : s'opposer par principe à la systématisation de l'arbitrage privé des différends investisseur/État, au nom de la démocratie et de l'État de droit**

Le deuxième objectif de la proposition de résolution soumise à votre commission est de contester la mise en place de mécanismes d'arbitrage pour le règlement des différends investisseur/État dans les accords entre l'Union

---

<sup>1</sup> Communication C(2014) 9052 disponible (en anglais) à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/news/2014/docs/c\\_2014\\_9052\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/news/2014/docs/c_2014_9052_en.pdf)

européenne et le Canada et entre l'Union européenne et les États-Unis. Votre rapporteur rappelle que, dès le mois de juin 2013, le Sénat avait recommandé, dans une résolution européenne<sup>1</sup> préalable à l'adoption du mandat de négociation du TTIP, de ne pas y inclure le recours à l'arbitrage privé pour régler ces différends<sup>2</sup>.

Il s'agit d'un **dispositif d'arbitrage privé** auquel un investisseur d'un État partie à un accord de protection des investissements, établi sur le territoire de l'autre partie, peut recourir si l'État dans lequel il a investi viole les règles de protection des investissements fixées dans l'accord.

Parmi les règles les plus fréquentes fixées par ces accords de protection des investissements, on trouve quatre garanties principales :

- le principe de non-discrimination : les règles qui s'appliquent à une entreprise doivent s'appliquer à toutes ;
- la protection contre l'expropriation à des fins autres que des objectifs de politiques publiques et sans compensation appropriée ;
- la protection contre un traitement injuste et inéquitable ;
- la liberté de transfert de capitaux...

L'arbitrage d'investissement destiné à faire respecter de tels accords est inspiré de l'arbitrage commercial auquel recourent très fréquemment les entreprises en cas de contentieux contractuel et qu'elles apprécient pour sa rapidité, sa souplesse, sa confidentialité et son autonomie par rapport à la justice nationale de chacune des parties au différend. L'investisseur s'émancipe ainsi du choix diplomatique de son État d'origine de le défendre ou non dans son litige avec l'État où il s'est établi.

*a) L'ISDS, un dispositif de justice privé qui se banalise mais occasionne des dérives inquiétantes*

Un tel mécanisme accompagne déjà une très grande part des 3 400 accords de protection des investissements actuellement en vigueur : ainsi, les États membres de l'Union européenne sont aujourd'hui parties à 1 400 traités incluant ce mécanisme. Le Parlement français lui-même a ratifié près de 100 accords de protection des investissements (API) comportant une telle clause, afin de donner à nos investisseurs les moyens de faire valoir leurs droits dans des pays où l'État de droit est encore fragile : il s'agit essentiellement de pays du Sud, mais la France a aussi conclu de tels accords

---

<sup>1</sup> Résolution n° 164 du 9 juin 2013 sur l'ouverture de négociations en vue d'un partenariat transatlantique.

<sup>2</sup> Pour sa part, l'Assemblée nationale a adopté le 15 juin 2013 une résolution européenne demandant également à ce que soit exclu du mandat de négociation le recours à un mécanisme spécifique de règlement des différends entre les investisseurs et les États pour préserver le droit souverain des États. Plus récemment, l'Assemblée nationale a adopté une résolution européenne le 23 novembre 2014, pour s'opposer notamment à tout mécanisme d'arbitrage des différends entre États et investisseurs dans l'accord UE/ Canada.

---

avec la Corée, la Chine, et même avec certains États d'Europe de l'Est. Une petite dizaine de ces nouveaux États membres ont également conclu de tels API assortis d'un ISDS avec les États-Unis, et deux d'entre eux l'ont fait avec le Canada.

Même si son enjeu politique n'a émergé que récemment avec la négociation transatlantique<sup>1</sup>, **ce recours à l'arbitrage entre investisseurs et État n'est pas une nouveauté et répond au besoin des investisseurs de se couvrir contre le risque de subir de la part de l'État où ils ont investi, soit un traitement discriminatoire, injuste ou inique, soit une expropriation.** Si l'encadrement des expropriations directes ne fait généralement pas débat, il en va autrement de celui des expropriations indirectes, de nombreuses décisions d'un État pouvant affecter la valeur d'une entreprise. Il est communément admis qu'une modification de la fiscalité ne constitue pas une expropriation, même indirecte, mais de nombreuses autres décisions d'intérêt général risquent d'être remises en cause sur la base de ce principe : ainsi, le retrait d'une licence d'exploitation d'une ressource naturelle avant le terme prévu, qui est assimilable à une expropriation directe si la licence est accordée ensuite à une autre entreprise, et indirecte s'il s'agit simplement d'interdire l'exploitation de cette ressource.

Avec le développement des investissements directs à l'étranger, le recours au règlement des différends s'est banalisé. C'est surtout depuis les années 1990 que s'accroît le nombre de procédures d'arbitrage administrées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), organisme relevant de la Banque mondiale et créé par la **Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington le 18 mars 1965**. Les règles internationales d'arbitrage issues du CIRDI offrent un cadre de procédure général. Les parties peuvent aussi choisir de se référer à d'autres règles et procédures d'arbitrage, comme celles fixées par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Malgré ce cadre, le système d'arbitrage privé investisseur/État présente des **défauts notoires en matière de transparence, d'indépendance ou d'impartialité des arbitres** et n'offre pas de mécanisme d'appel<sup>2</sup>.

Surtout, le flou des règles favorise des interprétations différentes d'un arbitre à l'autre. Si bien que l'arbitrage d'investissement a donné lieu à **quelques dérives retentissantes** : plusieurs entreprises ont pu obtenir des

---

<sup>1</sup> On rappellera toutefois que l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), négocié au sein de l'OCDE entre 1995 et avril 1997, prévoyait notamment l'interdiction des discriminations par la nationalité entre investisseurs et la mise en place d'un règlement des différends État/investisseurs ; il fut abandonné en octobre 1998 en raison des vives protestations qu'il entraîna, motivées par de nombreuses considérations (parmi lesquelles figurait l'ISDS).

<sup>2</sup> Sous les auspices du CIRDI, il est possible d'obtenir l'annulation d'une décision arbitrale devant un comité ad hoc dans des cas précis d'abus manifeste, mais il ne s'agit pas à proprement parler d'une possibilité d'appel avec révision au fond de la décision arbitrale.

dédommagements très importants de la part d'États qui avaient adopté des mesures qu'elles estimaient leur être préjudiciables. Ainsi, Petroleum a pu gagner 1,7 milliard de dollars contre l'Équateur, ce qui représente près de 2 % du PIB de ce pays. L'Australie s'est trouvée mise en cause par Philip Morris pour avoir choisi de rendre neutres les paquets de cigarettes, l'Allemagne est attaquée pour sa décision de renoncer à l'énergie nucléaire... **Les États sont ainsi menacés de sanctions financières massives pour des décisions d'ordre sanitaire, social ou environnemental** (cf. encadré ci-dessous) ; le **risque** – dénoncé comme un effet glaçant ou *chilling effect* – est que **cette pression exercée sur eux les dissuade de légiférer.**

Quelques cas emblématiques des dérives de l'arbitrage privé investisseurs/État remettant en cause des mesures d'intérêt public adoptées par un État

**Dans le domaine social**, l'affaire Veolia contre Égypte, engagée en 2012, et non conclue à ce jour, est significative dans la mesure où, parmi les griefs invoqués par l'entreprise, figure l'impossibilité de répercuter dans ses tarifs l'augmentation des coûts de main d'œuvre résultant notamment de mesures sociales. La filiale de Veolia dénonce en fait la violation du contrat qu'elle a passé avec la ville d'Alexandrie et qui la protégeait contre toute hausse de salaires, ce qui interroge à la fois sur la puissance de négociation d'un tel investisseur et sur la distinction à opérer entre les activités de gestion et les activités de législateur de l'État égyptien.

**Dans le domaine de la santé**, le cigarettier Philip Morris a attaqué l'Australie à propos de sa décision de mettre en place des paquets de cigarettes sans logo, en s'appuyant sur un traité d'investissement entre Hong Kong et l'Australie. Il est à noter que Philip Morris a réorganisé ses investissements après l'annonce par l'Australie de son intention de mettre en place les paquets neutres afin de bénéficier de cet accord : Philip Morris Asie (basé à Hong-Kong) a acheté Philip Morris Australie le 23 février 2011. Le 14 avril 2014, la Cour permanente d'arbitrage a accepté le recours de l'Australie, qui contestait la légitimité de la plainte de Philip Morris au motif que le rachat de Philip Morris Australie n'aurait pas eu d'autre objectif que de permettre d'attaquer la loi en préparation. Philip Morris est également en conflit contre l'Uruguay (affaire Philip Morris v. Uruguay (en)), au motif que la politique de lutte contre le tabagisme menée par ce pays dévalorise la valeur des marques et des investissements de la compagnie. Il s'appuie pour cela sur un traité bilatéral d'investissements entre la Suisse (la maison-mère de Philip Morris est basée à Lausanne) et l'Uruguay.

**Dans le domaine de l'environnement**, le fond d'investissement Renco group (en) réclame un dédommagement au gouvernement péruvien parce que celui-ci a exigé qu'une entreprise du groupe nettoie la pollution massive que ses activités avaient occasionnée dans le pays. La filiale a été déclarée en faillite en 2010 et l'environnement de la région concernée est toujours hautement toxique. La société Renco ne se contente pas de ne pas assumer sa responsabilité de société-mère ; elle réclame 800 millions de dollars de dédommagement au Pérou pour la perte de sa filiale, ainsi que le remboursement des dommages éventuels que Renco pourrait avoir à payer si le Pérou obtenait gain de cause dans une plainte déposée aux États-Unis au nom des enfants péruviens victimes de la pollution occasionnée par l'entreprise.

Dans le même domaine et dans le cadre de l'ALENA, la sentence Metalclad rendue en 2000 a condamné le Mexique à verser près de 17 millions de dollars américains à une société américaine qui avait investi des capitaux pour construire une usine de traitement des déchets, mais s'était heurtée à la création par les autorités locales d'une zone écologique de protection des cactus incluant le site d'implantation de l'usine. Le tribunal arbitral a considéré que la notion d'expropriation couvrait toute mesure ayant l'effet de priver le propriétaire, en totalité ou pour une part significative, de l'usage de sa propriété ou des bénéfices pouvant en être raisonnablement attendus, même si l'État d'accueil de l'investissement n'était pas le bénéficiaire évident de la mesure.

Des plaintes ont aussi été déposées en Allemagne par l'entreprise suédoise Vattenfall contre l'arrêt du nucléaire, et au Québec par l'entreprise pétrolière Lone Pine contre l'interdiction de la fracturation hydraulique (moratoire sur les gaz de schiste).

Enfin, **concernant le choix politique du périmètre dévolu au secteur public**, on peut citer l'affaire PZU, qui s'est conclue par un compromis en 2009 au bout de huit ans : la privatisation du premier assureur polonais, PZU, était partiellement réalisée lorsque l'alternance politique a conduit à la formation d'un gouvernement hostile à la poursuite de cette privation. La société néerlandaise Eureko, qui avait acquis 30 % de PZU, n'a pu ainsi acquérir les 21 % supplémentaires qui étaient initialement prévus. Le compromis final a permis à Eureko de recevoir près de 3 milliards d'euros en contrepartie d'une réduction de sa participation dans PZU à 18 %, le bénéfice net pour Eureko étant évalué à 850 millions d'euros. Ainsi, un choix politique démocratique relatif au périmètre du secteur public et ne remettant pas en cause les transferts de propriété déjà opérés a entraîné une pénalité substantielle.

On évoque aussi une plainte de cinq entreprises contre l'Argentine, obligée de leur verser 500 millions de dollars d'amendes pour avoir dévalué le peso car elles y perdaient.

*b) Les motivations de l'Union européenne, du Canada et des USA pour assortir d'un mécanisme d'arbitrage amélioré la protection réciproque de leurs investissements*

**Pour le Canada et les États-Unis**, qui sont ensemble parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) lequel comprend un mécanisme d'arbitrage privé, l'enjeu est de bénéficier d'une harmonisation des règles de protection des investissements dans toute l'Union européenne et d'assurer par l'ISDS leur mise en œuvre dans tous les États membres, quel que soit leur système judiciaire : ils espèrent ainsi une ombrelle communautaire sur les accords bilatéraux déjà en vigueur.

**Les États-Unis** poursuivent une stratégie géopolitique plus large : en négociant un mécanisme de règlement des différends investisseur/État dans le partenariat transatlantique mais aussi parallèlement dans le partenariat

transpacifique<sup>1</sup>, ils ambitionnent de prévenir la Chine, qui se retrouve ainsi prise en tenailles, d'imposer ses normes. La puissance normative de la Chine va effectivement croissant, corrélativement à l'augmentation de sa part dans le stock mondial d'Investissements directs à l'étranger, passée de 0,3 % en 2003 à 2,3 % en 2013 quand les parts européennes et américaines reculaient respectivement de 48,7 % à 40,3 % et de 27,2 % à 24,1 %.

### La chute du poids des IDE français dans le Monde, 2003-2013

	Part (%) dans le stock mondial d'IDE			Evolution de la part (2003 = 100)	
	2003	2007	2013	2007	2013
<b>UE</b>	<b>48.7</b>	<b>45.2</b>	<b>40.3</b>	<b>92.8</b>	<b>82.8</b>
<b>France</b>	<b>9.4</b>	<b>9.3</b>	<b>6.2</b>	<b>98.9</b>	<b>66.0</b>
<b>Allemagne</b>	<b>8.3</b>	<b>6.9</b>	<b>6.5</b>	<b>83.1</b>	<b>78.3</b>
<b>Gde Bretagne</b>	<b>12.3</b>	<b>9.3</b>	<b>7.2</b>	<b>75.6</b>	<b>58.5</b>
<b>Canada</b>	<b>3.2</b>	<b>2.7</b>	<b>2.8</b>	<b>84.4</b>	<b>87.5</b>
<b>USA</b>	<b>27.2</b>	<b>27.3</b>	<b>24.1</b>	<b>100.4</b>	<b>88.6</b>
<b>Chine</b>	<b>0.3</b>	<b>0.6</b>	<b>2.3</b>	<b>200.0</b>	<b>766.7</b>
<b>HongKong</b>	<b>4.1</b>	<b>5.7</b>	<b>5.1</b>	<b>139.0</b>	<b>124.4</b>
<b>Coree</b>	<b>0.2</b>	<b>0.4</b>	<b>0.8</b>	<b>200.0</b>	<b>400.0</b>
<b>Japon</b>	<b>3.3</b>	<b>2.8</b>	<b>3.8</b>	<b>84.8</b>	<b>115.2</b>

Source: CNUCED, calculs communiqués à votre rapporteur par M. Patrick Messerlin, directeur du Groupe d'Économie mondiale (GEM) à Sciences Po

**Du côté européen**, la négociation des accords de protection des investissements, qui ressort de l'Union européenne depuis le traité de Lisbonne, vise à encourager les investissements croisés avec les États-Unis et le Canada, renforcer l'attractivité de l'Union européenne et créer des chaînes de valeur mondiales autour d'entreprises européennes, afin de contribuer à la croissance et à la création d'emplois en Europe.

L'Union européenne estime que les sociétés qui investissent à l'étranger peuvent être confrontées à des difficultés qui ne peuvent pas toujours être résolues par le biais du système juridique national. Il est vrai que les juges nationaux ne sont pas toujours compétents en matière de droit international public, que les procédures sont souvent longues et que le système judiciaire d'États fédéraux comme les États-Unis ou le Canada est d'accès coûteux et compliqué. Notamment, l'invocabilité directe devant les cours nationales américaines des traités internationaux est conditionnée par l'adoption par le Congrès d'une loi fédérale de transposition (pour les *non-self-executing agreements*) ou l'existence, dans le traité, d'une clause expresse d'application directe et d'un droit d'agir devant les cours nationales.

<sup>1</sup> Les 12 pays actuellement engagés dans les négociations sur le partenariat transpacifique sont l'Australie, Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, les États-Unis et le Vietnam.

Le mécanisme d'arbitrage privé offre donc une solution de règlement des litiges plus facile pour les entreprises européennes, déjà très consommatrices d'arbitrage<sup>1</sup>.

**Consciente des imperfections de l'arbitrage privé, la Commission européenne entend améliorer ce mécanisme**, à l'occasion de la négociation des accords avec Singapour et le Canada, afin de rendre les règles applicables moins ambiguës et la procédure moins contestable et de promouvoir ensuite à l'échelle mondiale ce nouveau modèle d'ISDS.

Effectivement, le volet Protection des investissements de l'accord négocié avec le Canada présente **d'indéniables améliorations** :

- la notion de traitement juste et équitable est mieux encadrée<sup>2</sup> ;
- l'expropriation indirecte, notamment en matière de propriété intellectuelle, est éclaircie, afin de s'assurer que la compensation des sociétés ne se fait pas au seul motif que leurs profits ont été réduits ;
- les modalités de fonctionnement du système de règlement des différends sont revues pour une plus grande transparence (par une référence aux règles de transparence adoptées par la CNUDCI en juillet 2014) et une meilleure prise en considération des conflits d'intérêts des arbitres : un code de conduite est introduit pour les arbitres, les obligeant à déclarer leurs intérêts, une liste d'arbitres approuvée par les deux parties sera constituée<sup>3</sup>... L'interprétation conjointe des clauses du traité par ses signataires s'imposera aux arbitres, le coût des litiges sera encadré, et les frais seront à la charge du plaignant afin de dissuader les recours multiples ou futiles.

*c) La nécessité de refuser l'ISDS dans les accords transatlantiques au nom de l'État de droit*

**Malgré toutes les améliorations déjà apportées par le projet d'accord CETA, le mécanisme de règlement des différends Investisseur/État reste contestable** aux yeux de votre rapporteur.

Il est **inutile**, vu le niveau des investissements croisés (les États-Unis étant déjà les premiers investisseurs étrangers dans l'Union européenne et réciproquement) et vu la qualité des systèmes judiciaires de part et d'autre

---

<sup>1</sup> En 2013, les investisseurs européens représentent une majorité (52 %) des plaignants alors que les IDE européens représentent 40 % du stock mondial d'IDE, selon les chiffres CNUCED fournis par M. Patrick Messerlin à votre rapporteur. Inversement, les RDIE initiés par les investisseurs américains représentent 22 % du total des RDIE, alors que le stock des IDE américains est de 24 % en 2013.

<sup>2</sup> La portée de la clause de traitement juste et équitable est désormais explicitée à travers une liste de traitements considérés comme contraires à cette norme tels que le déni de justice, la discrimination basée sur le sexe, la race ou les croyances religieuses, les comportements abusifs, notamment la coercition, la contrainte et le harcèlement.

<sup>3</sup> Ce que le secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage – Chambre de commerce internationale, M. Carlevaris, a estimé, lors de son audition par votre rapporteur, avoir des effets pervers : plus la liste est fermée, plus les conflits d'intérêts risquent de se multiplier.

de l'Atlantique. On peut d'ailleurs relever que les États-Unis ont déjà conclu des accords de libre-échange sans ISDS avec l'Australie, Singapour et Israël. La France n'était d'ailleurs pas demandeuse pour inclure un ISDS dans l'accord transatlantique.

Il est **discriminatoire** car l'ISDS est un mécanisme ouvert aux entreprises étrangères mais pas aux entreprises locales et ne reste accessible qu'aux entreprises étrangères qui ont les moyens de consacrer 7 millions d'euros au règlement d'un différend, selon les estimations de coût moyen fournies à votre rapporteur par le cabinet de M. Fekl.

Il est particulièrement **dangereux**, étant donné la taille de notre partenaire de négociation, la puissance des firmes multinationales américaines et la culture américaine du contentieux.

Il est surtout **contraire au principe de démocratie et au respect de l'État de droit**, donc contraire à notre ordre institutionnel et au modèle de société que l'Europe doit promouvoir. Votre rapporteur rappelle qu'aux termes des articles 207 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 21 du traité sur l'Union européenne, la politique commerciale commune doit être menée dans le respect des objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne et donc **promouvoir un ordre multilatéral respectueux de la démocratie et de l'État de droit**. Il importe donc de ne pas court-circuiter l'État de droit par arrangements privés devant un arbitre. Comme l'a fait devant lui M. Pierre Defraigne, directeur exécutif de la Fondation Madariaga-Collège d'Europe et ancien chef de cabinet du commissaire européen au commerce Pascal Lamy, votre rapporteur s'interroge : « *la vieille Europe veut-elle accepter un ordre multilatéral où les États sont défiés par les firmes multinationales ?* ».

Le mandat de négociation adopté en juin 2013 par le Conseil pour le TTIP prévoit pourtant l'inclusion d'un tel mécanisme, quoiqu'en assortissant son activation de conditions strictes.



Article 23 du mandat de négociation du traité transatlantique :

(...) L'accord devrait viser à créer un mécanisme efficace et moderne de règlement des différends entre les investisseurs et l'État qui garantisse la transparence, l'indépendance des arbitres et la prévisibilité de l'accord, y compris par la possibilité de lier les parties pour ce qui est de leur interprétation de l'accord. Le règlement des différends entre États devrait être inclus dans ce mécanisme, mais il ne devrait pas porter atteinte au droit des investisseurs de recourir à des mécanismes de règlement des différends entre les investisseurs et l'État. L'accord devrait offrir aux investisseurs une palette de structures d'arbitrage aussi large que celle qui existe dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement entre les États membres. Le mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et l'État devrait contenir des mesures de sauvegarde contre les réclamations manifestement injustifiées ou abusives. Il conviendra d'envisager la création d'un mécanisme d'appel applicable au règlement des différends entre les investisseurs et l'État au titre de l'accord, et d'étudier la relation qu'il convient d'établir entre le RDIE et les voies de recours internes.

La Commission européenne a effectué au printemps 2014 une consultation publique sur le RDIE, afin de savoir si l'approche proposée par l'Union européenne pour le TTIP (et très proche de celle retenue dans l'accord CETA) atteignait le juste équilibre entre la protection des investisseurs et la garantie du droit et de la capacité de régler dans l'intérêt public de l'Union européenne. Cette consultation a reçu 150 000 réponses, dont les trois quarts en provenance du Royaume-Uni, d'Autriche et d'Allemagne. La Commission poursuit encore à ce jour l'analyse de ces contributions.

La nouvelle Commission européenne prend soin d'envoyer des signaux rassurants sur ce sujet sensible. Dans sa profession de foi écrite (et non lors de son audition devant le Parlement européen), la nouvelle commissaire au commerce, Mme Cecilia Malmström, a jugé inacceptable que la juridiction des États membres soit limitée par des régimes spéciaux pour les différends relatifs aux investissements. Lors de son discours d'intronisation devant le Parlement européen le 22 octobre 2014, le président Juncker a lui-même déclaré : « *Ma Commission n'acceptera pas que la compétence des tribunaux des États membres de l'Union européenne soit limitée par des régimes spéciaux applicables aux litiges entre investisseurs et États. L'État de droit et le principe de l'égalité devant la loi doivent s'appliquer aussi dans ce contexte. Le mandat de négociation prévoit un certain nombre de conditions qui doivent être respectées par ce type de régimes, ainsi qu'une évaluation de la relation avec les tribunaux nationaux. Il n'y a donc aucune obligation à cet égard: le mandat laisse la question ouverte et nous sert de guide.*

*Je pensais que mon engagement sur ce point était très clair, mais je me réjouis de pouvoir le clarifier et le réitérer ici, aujourd'hui, à la demande d'un certain nombre d'entre vous: l'accord que ma Commission soumettra en dernière instance à l'approbation de cette chambre ne comportera aucun élément de nature à*

*limiter l'accès des parties aux juridictions nationales ou qui permettrait à des juridictions secrètes d'avoir le dernier mot dans des différends opposant investisseurs et États.*

*J'ai demandé à Frans Timmermans, en sa qualité de premier vice-président chargé de l'État de droit et de la Charte des droits fondamentaux, de me conseiller sur le sujet. Il n'y aura aucune clause sur les différends entre investisseurs et États dans le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement si Frans ne le soutient pas aussi. »*

En mandatant ainsi sur ce sujet son bras droit, Frans Timmermans, précisément au titre de ses compétences relatives à l'État de droit, le président Juncker met le doigt sur la difficulté que représente l'ISDS dans le TTIP, au regard de l'État de droit.

Comme l'a confirmé à votre rapporteur le Dr Nikiema, auteur d'un livre expertisant la notion d'expropriation indirecte<sup>1</sup>, **le risque que l'Union européenne prendrait en acceptant l'ISDS ne serait donc pas compensé par l'avantage qu'apporterait un ISDS dans des États où les investisseurs ont accès à une justice qui fonctionne bien.** Et ce risque semble bien supérieur au risque politique qu'il y aurait à demander aujourd'hui une révision du volet Protection des investissements dans l'accord CETA.

**Les motifs d'opposition sont suffisamment graves** aux yeux de votre commission **pour prendre le risque de reconsidérer sans délai la question de l'ISDS dans l'accord Canada comme dans le partenariat transatlantique**, sous peine de rencontrer des difficultés au moment de la ratification de ces accords.

Pour cela, la France doit **construire des alliances au sein du Conseil**, alors même que la moitié des États membres a écrit fin octobre à la Commission européenne pour soutenir le maintien du dispositif d'arbitrage dans les accords CETA et TTIP<sup>2</sup>. Il est à noter que, parmi les États signataires, se trouvent les États du Nord de l'Europe traditionnellement acquis au libre-échange, certains nouveaux États membres mais aussi plusieurs États membres du Sud de l'Europe. Il ne sera donc pas simple de construire un front inverse, même si l'on peut compter déjà sur l'Autriche et le Luxembourg. La Chancelière allemande n'a pas publiquement pris position sur ce sujet mais son ministre de l'économie, M. Sigmar Gabriel, a été le premier à déclarer sa ferme opposition à la mise en place d'un tel mécanisme d'arbitrage privé.

**Le rôle du Parlement européen sera majeur** : ayant le pouvoir de rejeter l'accord, comme il l'a déjà fait en 2012 pour l'accord commercial

---

<sup>1</sup> L'expropriation indirecte en droit international des investissements, de Suzy H. Nikiema, Ed. Presses Universitaires de France - P.U.F., 2012.

<sup>2</sup> La lettre est co-signée par les ministres du Commerce de Chypre, de Croatie, du Danemark, d'Espagne, d'Estonie, de Finlande, d'Irlande, de Lettonie, de Lituanie, de Malte, du Portugal, de République tchèque, du Royaume-Uni et de Suède.

---

anti-contrefaçon (ACTA) qui n'a de ce fait jamais vu le jour, le Parlement européen pourrait constituer un allié de poids. D'ores et déjà, de nombreux eurodéputés se sont déclarés défavorables à l'ISDS. Ainsi M. Bernd Lange, au nom de l'Alliance progressiste des socialistes et démocrates, a déclaré que cet ISDS « *permettrait aux grandes entreprises de faire prévaloir leurs intérêts contre la législation européenne* ». La contestation croissante issue de la société civile gagne le Parlement européen – notamment au sein du groupe des S&D, des Verts/ALE et de la GUE/NGL.

**L'enjeu particulier que revêt un accord entre les deux rives de l'Atlantique justifierait que la France devienne le fer de lance de l'opposition à l'ISDS, sans que cela compromette pour autant sa politique d'accords d'investissement bilatéraux déjà conclus avec des pays moins établis que les États-Unis.**

### **3. Un objectif prioritaire et tactique : améliorer l'accord avec le Canada, sans ignorer ses acquis, mais avec la conscience qu'il constitue un marchepied pour le TTIP**

Si votre rapporteur estime que cette position de principe doit guider l'action européenne, il considère que sa déclinaison concrète ne peut être la même pour l'accord avec le Canada et celui envisagé avec les États-Unis, du fait de l'état d'avancement différent de ces deux négociations.

#### *a) Ne pas s'interdire d'améliorer l'accord avec le Canada*

La Commission européenne considère avoir achevé en août 2014 son travail de négociation avec le Canada, dans le respect du mandat de négociation que lui avait confié le Conseil<sup>1</sup>. Néanmoins, restent à effectuer en 2015 le toilettage juridique du texte et sa traduction par les juristes-consultes, avant qu'il ne soit soumis au Conseil et au Parlement européen, voire aux États membres si son caractère d'accord mixte est établi. Sans doute objectera-t-on que les parlements nationaux ne se sont pas mobilisés assez tôt sur l'accord avec le Canada, mais il n'est pas trop tard, d'autant qu'il leur a fallu attendre la finalisation du projet d'accord pour disposer d'éléments substantiels. En tout état de cause, **mieux vaut purger la question de l'arbitrage privé État/investisseur aujourd'hui** plutôt que de passer en force en déclarant le sujet clos, au risque que les parlements refusent *in fine* de ratifier le traité.

**Votre commission n'ignore pas les acquis de la négociation**, qui sont importants pour l'Union européenne, en matière de brevets pharmaceutiques, de protection des indications géographiques, d'accès des

---

<sup>1</sup> L'ajout d'un chapitre sur les investissements dans la négociation de l'accord avec le Canada s'est fait par une recommandation de la Commission européenne au Conseil (SEC(2010) 1577), que votre commission des affaires européennes a examinée dans le cadre d'une procédure écrite le 13 juillet 2011, décidant de ne pas intervenir plus avant sur ce texte.

entreprises européennes aux marchés publics fédéraux et subfédéraux... Elle propose donc d'**utiliser les mois qui viennent pour faire évoluer le texte à la marge dans son volet Investissement** (chapitres 10 et 33) pour assurer à la fois le droit des États à réglementer (seulement reconnu en préambule du CETA) et la protection des investisseurs.

En effet, **les règles envisagées dans l'accord CETA laissent encore place aux abus** : le texte indique que « dans de rares cas », des mesures d'intérêt public peuvent constituer une expropriation indirecte ; il tient compte des « attentes légitimes » des investisseurs ; il menace toute politique industrielle en empêchant notamment de réserver aux Européens une part au capital des sociétés américaines ou canadiennes qui auraient investi sur notre sol<sup>1</sup> ; enfin, pour ce qui concerne la procédure d'arbitrage privé, il oblige les arbitres à déclarer leurs intérêts mais il n'interdit pas explicitement qu'ils aient un lien avec une partie au différend ; et le mécanisme d'appel est seulement envisagé pour plus tard – devant un autre tribunal *ad hoc* – mais pas créé...

**Votre commission propose donc de plaider pour remédier à ces défauts de l'ISDS.** À défaut, l'Union européenne pourrait explorer la solution d'un règlement des différends d'État à État, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, qui n'est pas parfait mais présente des garanties en termes de transparence et d'appel devant un tribunal permanent et qui évite surtout de soumettre les États à une justice privée mal encadrée. Certains objecteront que ce filtre étatique risque d'écarter les cas soumis par les PME, mais le coût moyen d'un arbitrage privé les écarte aussi de l'ISDS.

De nombreuses multinationales américaines ayant une filiale au Canada et risquant d'utiliser l'accord CETA<sup>2</sup>, il est essentiel, si on maintient un mécanisme de règlement des différends dans l'accord Canada, de l'améliorer autant que possible. On peut d'ailleurs raisonner pareillement pour l'accord UE/Singapour, tout juste paraphé<sup>3</sup>.

**À défaut, le plus sage serait sans doute de renoncer au volet Investissements du CETA.** Les conséquences d'une telle renonciation sont

---

<sup>1</sup> Ces dispositions, prévues dans la section 2 du chapitre investissement (Établissement d'investissement), font l'objet d'exceptions spécifiques (Article X.14) et, de toute manière, elles ne peuvent être invoquées devant l'ISDS, qui ne couvre que les sections 3 (non-discrimination) et 4 (protection de l'investissement).

<sup>2</sup> Une filiale canadienne d'une entreprise américaine ne pourra être éligible à la protection de l'Accord CETA qu'à la condition qu'elle détienne ou contrôle directement la société établie sur le territoire de l'Union européenne et qu'elle exerce des activités substantielles sur le territoire canadien. En cas de litige, seules la société établie localement victime du préjudice ou la filiale canadienne seraient fondées à soumettre une plainte en vertu de l'Accord. Dans les deux cas, l'éventuelle réparation du préjudice ne pourra bénéficier qu'à la société établie localement.

<sup>3</sup> Le paragraphe du négociateur indique qu'il s'engage à faire tout son possible pour obtenir la ratification, mais il s'agit d'une promesse d'effort, non de bonne fin. M. Carl s'est souvenu devant votre rapporteur qu'un accord négocié en 1992-93 avec la Russie (sur les lanceurs spatiaux), paraphé par la Commission européenne, a été rejeté par le Conseil en raison d'un désaccord sur sa base juridique.

---

difficiles à anticiper, mais elles pourraient être moins importantes que certains le craignent : rien ne dit que le Canada ferait payer un prix fort à l'Union européenne pour cette renonciation, dès lors qu'il est satisfait du volet commercial de l'accord. Le prix à payer serait sans doute politique, en termes d'amitié avec le Canada et surtout de crédibilité envers ce partenaire ; mais sans doute pas plus. En effet, s'appuyant sur l'expérience dont lui ont fait profiter MM. Pierre Defraigne et Mogens Peter Carl, ancien directeur général de la DG Commerce de la Commission européenne, votre rapporteur estime que **l'équilibre de la négociation n'en serait pas affecté**. Le Canada n'a pas plus intérêt que l'Union européenne à rouvrir la négociation d'un accord qu'il présente à ses concitoyens comme très favorable à leurs intérêts, en raison des concessions commerciales obtenues, par exemple en termes de contingents d'exportation bovine. Il se pourrait même que l'abandon du volet Investissements de l'accord retire aussi une épine du pied du Canada, confronté aux mêmes inquiétudes dans son opinion publique.

Il est possible néanmoins que l'Union européenne se trouve fragilisée par une telle renonciation pour la négociation de futurs accords de protection des investissements, notamment avec la Chine. Mais votre rapporteur estime que le sujet constitue pour l'Union européenne un défi identitaire d'une telle importance qu'il mérite que soit pris ce risque politique.

*b) Renoncer dans le TTIP à tout arbitrage privé entre investisseur et État*

La situation est différente **avec les États-Unis** : la négociation sur le sujet de l'arbitrage privé des différends entre investisseurs et État n'a pas réellement débuté entre l'Union européenne et les États-Unis. Certes le mandat de négociation prévoit la mise en place d'un tel mécanisme, mais sous de nombreuses conditions ; et la situation est actuellement gelée, dans l'attente des conclusions de la consultation publique menée par la Commission européenne. **Il est donc encore temps de clarifier la position européenne à l'égard du règlement des différends investisseur/État.**

Le jeu est d'autant plus ouvert que le congrès américain n'a pas encore voté la *Trade Promotion Authority* qui permettrait au président Obama de conclure un accord, ensuite soumis à ratification du Congrès.

*c) Développer un regard critique sur la négociation d'accords de protection des investissements*

Enfin, votre commission, désormais sensibilisée au sujet, souhaite mieux contrôler la politique commerciale de l'Union européenne et de la France. Au lieu de recourir systématiquement à un ISDS, il conviendrait d'examiner pour chaque projet d'accord les meilleures conditions pour le règlement des différends. Le Parlement devait aussi améliorer son contrôle de la politique commerciale et d'investissement de l'Union européenne et de la France. Il serait notamment utile d'examiner dans ce cadre l'opportunité

pour l'Union européenne de travailler à un accord global avec la Chine qui lui permettrait d'éviter d'entrer dans une logique de blocs commerciaux.

#### **4. La position de votre commission sur la proposition de résolution européenne n° 75**

C'est sur le fondement des considérations précédentes que votre rapporteur a soumis à votre commission une proposition de résolution amendée.

Outre quelques améliorations rédactionnelles, votre rapporteur a suggéré de réorganiser le texte afin d'y aborder d'abord les questions de transparence qui lui paraissent prioritaires. Il est politiquement essentiel d'avoir un débat ouvert sur ces sujets, sans quoi les peurs vont aller croissant et profiter aux mouvements populistes qui représentent déjà une très grande menace pour la construction européenne. La transparence doit consister à la fois en un accès aux documents de négociation et en une information précise sur les effets concrets des différents scénarios de négociation.

Sur ce sujet de la transparence, votre rapporteur a proposé d'ajouter dans les visas de la proposition de résolution le projet d'accord CETA et le mandat de négociation du TTIP puisqu'ils ont été publiés. Dans le deuxième considérant du texte, il a proposé d'introduire l'adverbe « pleinement »: s'il est déplorable que la transparence ne soit pas plus poussée, il serait difficile de soutenir que le principe de transparence n'est pas du tout mis en œuvre, alors même que sont intervenues récemment la publication du mandat de négociation avec les États-Unis et du traité négocié avec le Canada et que la Commission a pris de nouveaux engagements.

Votre rapporteur plaide également pour que le Gouvernement garantisse aux parlementaires nationaux un accès aux documents de négociation qui soit identique à celui que la Commission européenne vient de s'engager à offrir aux parlementaires européens.

Concernant les accords en négociation, votre rapporteur souhaite donc différencier les cas canadien et américain.

Pour ce qui est du Canada, il appelle à une révision des chapitres 10 (investissements) et 33 (règlement des différends) du projet d'accord négocié avec le Canada. Malgré les améliorations apportées, le volet Protection des investissements de l'accord UE/Canada n'est pas acceptable en l'état.

Il convient d'abord de garantir juridiquement et de manière claire que le droit des États à régler ne peut être limité, même au nom des

---

« attentes légitimes » des investisseurs<sup>1</sup>, et qu'en aucun cas, une mesure protégeant un objectif légitime d'intérêt public ne peut donner lieu à compensation au nom de son impact économique sur l'investisseur. Pour cela, aucune mesure « horizontale » d'un État ne doit pouvoir être qualifiée d'expropriation indirecte par un investisseur. À défaut, il serait préférable de renoncer au volet consacré à la protection des investissements dans l'accord global négocié avec le Canada.

Revoir l'accord CETA doit aussi permettre de modifier la procédure arbitrale afin d'assurer la pleine transparence des débats et la publicité des actes. Sur ce point, Maître Seraglini a indiqué à votre rapporteur lors de son audition qu'il était plus aisé de progresser en matière de différends relatifs à l'investissement qu'en matière d'arbitrage commercial, lequel doit rester confidentiel du fait qu'il met beaucoup plus fréquemment en cause le secret des affaires. La révision des dispositions de l'accord UE/Canada doit aussi viser à mieux garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres. À ce titre, votre rapporteur souhaite notamment que l'accord prévoie que, pour chaque cas soumis à l'arbitrage, il soit vérifié qu'aucun intérêt ni aucune relation, présents ou passés, ne lient un arbitre à l'une des parties au différend. Il avait envisagé de l'inscrire explicitement dans la proposition de résolution européenne, mais il est convenu que cette disposition pouvait être complétée par bien d'autres susceptibles, elles aussi, de conforter l'impartialité des arbitres, si bien que la commission des affaires européennes a préféré une formule plus générale qui plaide, sans plus de détails, pour une amélioration des procédures qui garantisse l'impartialité des arbitres. Enfin, il importe, à la fois pour assurer le droit au recours et pour améliorer la cohérence des diverses décisions arbitrales, que soit mise en place de manière effective –et non envisagée pour l'avenir– un mécanisme d'appel de la décision arbitrale devant un tribunal indépendant, qui ne soit pas un autre tribunal *ad hoc*.

À défaut d'obtenir ces garanties, il conviendrait que la France amène l'Union européenne à envisager le recours à un mécanisme de règlement interétatique des différends en matière d'investissements, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

S'il n'était pas possible d'améliorer ce volet de l'accord CETA d'une manière ou d'une autre, il ne resterait qu'à renoncer à tout mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements avec le Canada.

Comme le chapitre relatif à la protection des investissements de l'accord négocié entre l'Union européenne et Singapour – tout juste

---

<sup>1</sup> Dans les accords négociés par l'Union européenne, le concept des "attentes légitimes" est déjà limité aux situations de promesse tangible faite par l'État : il implique que l'État d'accueil de l'investissement agisse de manière cohérente, sans ambiguïté et totalement transparente dans ses relations avec les investisseurs afin qu'ils puissent planifier leurs investissements et se conformer aux réglementations locales qui gouverneront leurs investissements. Mais ce concept-même constitue une brèche que les avocats des investisseurs ne manquent pas d'exploiter.

paraphé - comprend des dispositions largement analogues à celles prévues dans l'accord négocié avec le Canada, votre commission propose d'appeler le Gouvernement à tenir la même position au Conseil concernant ces deux accords.

Concernant l'accord avec les États-Unis, la proposition de résolution de votre commission souhaite appuyer sur la nécessité que cet accord garantisse explicitement la possibilité pour l'Union européenne et les États membres de préserver leurs acquis, notamment en matière sociale, environnementale, et sanitaire et de développer leurs politiques propres, y compris en matière industrielle et pour la protection des indications géographiques et autres signes de qualité des produits agricoles et alimentaires. Elle entend d'ailleurs supprimer la référence à la charte de l'environnement qui figurait dans le premier considérant, dans la mesure où cette référence à la seule problématique environnementale paraît affaiblir les autres dimensions tout aussi légitimes de l'action publique à préserver (sociale, sanitaire etc...).

Après avoir envisagé dans un premier temps de plaider fermement pour retirer du TTIP tout mécanisme d'arbitrage privé entre investisseurs et États, votre rapporteur s'est rangé, au cours du débat en commission, à la proposition de son président consistant à plaider plus sagement pour une stratégie par étapes calquée sur celle choisie pour le Canada : la commission des affaires européennes appelle donc à envisager dans le TTIP le recours à un mécanisme de règlement interétatique des différends en matière d'investissements, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ou, à défaut, à retirer de ce projet d'accord tout mécanisme d'arbitrage privé pour régler les différends entre investisseurs et États.

Votre commission propose enfin de clore la résolution sur deux alinéas comprenant des considérations politiques plus larges que les seules négociations en cours.

Le premier tend à tenir compte de la menace fondamentale que peut représenter pour le principe même de la démocratie le recours à l'arbitrage privé entre un État européen et une puissante firme multinationale. Sans aller jusqu'à interdire le recours à tout système d'arbitrage de ce type dans les accords de protection des investissements, dès lors que cela peut se justifier dans certaines circonstances et que cela remettrait en cause les 97 accords bilatéraux déjà conclus par la France et prévoyant un tel système, il est proposé de refuser d'insérer systématiquement un mécanisme de règlement des différends investisseur/État dans tout accord de protection des investissements : ceci doit conduire à mieux peser les conséquences de l'introduction d'un tel mécanisme dans chaque cas spécifique de négociation bilatérale.



Le second appelle le Gouvernement à présenter au Parlement un rapport annuel exposant la stratégie globale de la France et de l'Union européenne en matière d'accords commerciaux et d'accords de protection des investissements. Il s'agit de prendre du recul pour évaluer si les négociations commerciales, le recours aux instruments de défense commerciale ou la soumission de différends à l'Organe de règlement des différends de l'OMC respectent bien les objectifs stratégiques de la France et de l'Union européenne en matière de politique commerciale. Ceci viendrait combler un manque certain qui empêche aujourd'hui le Parlement d'exercer un contrôle démocratique effectif de l'action gouvernementale et européenne en ce domaine.



---

## EXAMEN EN COMMISSION

*La commission s'est réunie le jeudi 27 novembre 2014 pour l'examen du présent rapport. À l'issue de la présentation faite par le rapporteur M. Michel Billout, le débat suivant s'est engagé :*

**M. Jean Bizet, président.** – Merci au rapporteur de s'être penché sur cette question et de nous ouvrir une réflexion qui va nous occuper quelques temps. Apparemment, les accords négociés avec le Canada et les États-Unis devraient plutôt être qualifiés d'accords mixtes, mais, en tout état de cause, leur implication sociétale appelle un nécessaire contrôle des parlements nationaux, même s'il n'y a pas d'obligation écrite en la matière.

Après avoir entendu l'exposé de ce rapport, il apparaît qu'un accord prévoyant le recours à l'arbitrage privé est largement irrationnel dans des États de droit. La seule certitude est que le travail des cabinets d'avocats américains va se développer. J'adhère à la proposition qui nous est faite de nous inspirer de l'Organe de règlement des différends de l'OMC qui fonctionne plutôt bien et offre la garantie d'un appel. En matière de transparence de l'arbitrage, je conviens également que le secret des affaires ne doit pas servir de paravent. Enfin, la demande qui est faite d'un rapport gouvernemental sur la politique en matière d'accords commerciaux et d'investissements me semble nécessaire. Il ne s'agit pas d'un rapport de plus. Je me souviens avoir plaidé auprès de Gérard Larcher, alors président de la commission des affaires économiques, pour un débat au Parlement sur les négociations commerciales multilatérales menées à l'OMC car nous autres sénateurs sommes interpellés sur le terrain à ce sujet.

**M. Daniel Raoul.** – Je remercie le rapporteur pour ce texte qui me paraît particulièrement important, dans la mesure où l'ISDS constitue pour moi un point dur dans la négociation transatlantique, surtout quand on connaît la culture anglo-saxonne en matière de contentieux. Je m'interroge toutefois sur notre marge de manœuvre concernant l'accord CETA. Je me suis rendu au Canada en septembre, et j'ai été impressionné par le pouvoir et l'autonomie des provinces, entre lesquelles le libre-échange n'est même pas complètement assuré. Je me demande d'ailleurs comment s'organise la négociation côté canadien et si l'accord est qualifié de mixte là-bas. Je souhaiterais également avoir quelques éléments de calendrier sur la négociation du partenariat transatlantique.

**M. Jean-Yves Leconte.** – Je suis totalement en phase avec le texte qui nous est proposé. Permettre le recours à l'arbitrage privé donne des garanties aux investisseurs envers des États qui sont pourtant des États de droit : dans la façon même où nous abordons la négociation transatlantique,

nous sommes déjà en train de négocier l'État de droit, ce qui est pour moi inacceptable. Je suis particulièrement inquiet quant à la possibilité pour l'Union européenne de tenir les choix politiques qui sont les siens. Par exemple, la reprise économique que l'on constate aux États-Unis repose largement sur l'exploitation du gaz de schiste, exploitation dans laquelle l'Union européenne a choisi de ne pas s'engager aujourd'hui. Si nous étions exposés à un arbitrage privé sur un tel sujet, je crains un tsunami.

En même temps, il me semble qu'existe un lien pour les entreprises européennes entre la possibilité de recours à un mécanisme de règlement des différends investisseurs/États et l'universalité des lois américaines.

**M. Yves Pozzo di Borgo.** – Je maîtrise moins le dossier que d'autres de mes collègues, mais je voudrais faire observer que, en matière d'arbitrage, Paris est une place importante. La finance représente la deuxième économie parisienne et Paris a déjà souffert du transfert d'Euronext vers le Royaume-Uni. Il ne faudrait pas que l'arbitrage nous échappe aussi. J'approuve complètement la rédaction de l'alinéa 17 de la résolution : il ne faut pas annihiler la compétence arbitrale mais bien l'entourer de garanties. Nous devons rester vigilants particulièrement du fait que la puissance de certaines entreprises américaines l'emporte sur certains États d'Europe. Enfin, je crois aussi qu'il serait profitable de pouvoir disposer d'un rapport annuel qui se fasse l'écho, notamment, des cas d'arbitrage.

**M. André Gattolin.** – La multiplication des accords commerciaux et des accords de protection des investissements doit nous interroger sur le modèle européen. Je suis personnellement partisan d'un fédéralisme européen, car le fédéralisme protège en fait les compétences des États en assurant une répartition claire de leurs compétences entre les différents niveaux. Or, actuellement, la Commission européenne se voit confier un mandat unique de négociations alors même que le mode de désignation des commissaires soulève des interrogations en termes de légitimité. Notre collègue Daniel Raoul a raison de souligner le pouvoir des provinces canadiennes mais j'insiste aussi sur le pouvoir des États et des grandes agglomérations au Canada. Depuis l'ouverture des négociations avec l'Union européenne il y a quelques années, le Canada a effectué une consultation préalable de tous ses différents niveaux d'administration. Un aller-retour avec les provinces a même été opéré juste avant la publication de l'accord consolidé. Un tel travail en amont n'a pas été effectué chez nous.

L'Union européenne n'évolue pas vers le fédéralisme mais vers le centralisme. Cela doit nous amener à réfléchir ! L'Union européenne intègre-t-elle la capacité d'intervention que doivent garder les États ? Ainsi, comment justifier que l'Union européenne refuse, sauf éventuellement en matière d'exception culturelle, la mise en place de crédits d'impôt sectoriels, c'est-à-dire verticaux et non pas horizontaux, alors même que la réindustrialisation américaine repose largement sur de tels crédits d'impôt ? L'Union européenne s'auto-condamne.

---

Nous devons aussi mesurer les conséquences d'un accord transatlantique sur les ressources propres : l'Union européenne n'en a déjà presque plus au sens étroit, à savoir droits de douane et taxes sur le sucre. La négociation du TTIP et du CETA va encore les réduire et accroître en conséquence le pouvoir des gros États contributeurs nets au budget européen. Certes, il y a la velléité de créer une taxe sur les transactions financières, mais son montant sera faible et elle ne couvrirait que les États parties à la coopération renforcée. Réfléchissons à ce qui est en train d'advenir dans l'Union européenne : on renationalise les budgets en même temps qu'on centralise les décisions industrielles et commerciales. C'est de la folie !

**M. Philippe Bonnecarrère.** – Je remercie le rapporteur pour son analyse technique qui permet d'objectiver le sujet. Je ne partage pas quelques points fondamentaux de son raisonnement, même si je me range aux mêmes conclusions. Je souligne à mon tour que Paris est historiquement la première place mondiale de l'arbitrage et que mener un assaut contre l'arbitrage serait contreproductif pour la place de Paris. Par ailleurs, cela ne me choque pas qu'un État puisse être exposé à l'arbitrage contre une entreprise. Je rappelle à ce sujet que le Conseil d'État avait il y a quelques années consacré son rapport annuel à l'arbitrage en encourageant les autorités publiques à y recourir. J'entends le problème de principe que cela peut constituer au regard de la souveraineté mais il importe que l'État soit loyal avec les acteurs économiques et puisse de ce fait être attaqué sur ses décisions. L'image de l'État français est déjà assez négative pour que nous refusions de soumettre ses décisions à arbitrage.

Se posent à mes yeux deux questions fondamentales. D'une part, je m'inquiète de l'équilibre économique entre les deux partenaires du TTIP : est-ce que les entreprises européennes oseront attaquer la première puissance économique mondiale ? Souvenons-nous qu'Airbus avait remporté l'appel d'offres lancé par les États-Unis et que Boeing ayant attaqué cette décision a fini par l'emporter. Airbus a fait le choix politique de ne pas contester cette décision émanant de la première puissance mondiale.

D'autre part, je suspecte une forme de déséquilibre juridique entre l'Union européenne et les États-Unis. Les sanctions infligées par les États-Unis à la BNP m'ont marqué : même si la BNP a sans doute commis des fautes, elle a été clouée au pilori et l'amende faramineuse payée par tous les Français. L'Union européenne pourrait-elle sanctionner financièrement une banque américaine dans les mêmes proportions ? Monsieur le Président, la commission a-t-elle déjà travaillé sur cette question de l'égalité des armes et des sanctions entre les deux rives de l'Atlantique ? Je me souviens d'une sanction importante de Microsoft au titre d'infractions aux règles de la concurrence en Europe mais je me demande si d'autres types d'infractions, comme par exemple la fraude fiscale, pourraient être sanctionnés et à quelle hauteur. Au bout du raisonnement, je pense donc moi aussi que l'Union

européenne ne pourrait valablement accepter l'ISDS dans l'accord transatlantique que si un équilibre économique et juridique était établi entre les partenaires de la négociation.

**M. Didier Marie.** – Le recours à l'arbitrage privé dans le TTIP et le CETA soulève effectivement des questions de légitimité et de souveraineté. Le débat sur la transparence est très important. Il faut en finir avec l'impression d'une négociation en cercle fermé. Le Gouvernement français a pris fin octobre des décisions importantes en la matière. Je sais que des députés participent au comité de suivi stratégique mis en place par le ministre en charge du commerce extérieur ; j'ignore si ce comité compte également des sénateurs parmi ses membres. À l'échelon européen, la Commission a également fait des annonces décisives hier, promettant une meilleure information des parlementaires européens. Je relève tout de même que la publication de documents américains ne sera possible que sous réserve de l'accord des États-Unis, ce qui représente tout de même une difficulté. Sur l'arbitrage, il me semble que le rapporteur n'a pas remis en cause la notion même, mais le processus spécifique qui place États et entreprises sur un même pied et risque de dissuader toute législation. Pourrait-on par exemple envisager que les entreprises américaines attaquent l'interdiction de la fracturation hydraulique ? Je crois que nous devons laisser absolument la justice dans la sphère publique. Par ailleurs, est-il prévu d'informer la Représentation nationale des négociations de l'accord et de lui soumettre *in fine* cet accord ?

**Mme Colette Mélot.** – Je remercie le rapporteur de nous amener à réfléchir sur ce sujet important pour tous les domaines, y compris l'Internet, la culture... Je m'interroge toutefois sur l'impact que peut avoir une telle résolution sur un traité déjà conclu comme celui avec le Canada.

**M. André Reichardt.** – J'ai présidé jusqu'à récemment un organisme de prospection des investissements internationaux dans ma région, et j'ai pu constater la grande difficulté que rencontre notre pays à attirer des investisseurs. Tous les critères d'une implantation sont passés au crible par les investisseurs et la protection des investissements joue un rôle fondamental. Je remercie le rapporteur d'avoir posé le problème mais nous ne devons pas l'aborder à la hussarde car il est extrêmement important pour nos régions, notre pays et l'Union européenne qui ont besoin d'investissements internationaux. Les entreprises qui investissent à l'étranger prennent des risques ; il n'est donc pas choquant qu'elles soient dédommagées si elles sont confrontées à des décisions étatiques qui contrecarrent leurs objectifs initiaux. Ce mécanisme ne me choque pas s'il est prévu dès le départ, ce qui n'empêche pas effectivement de mieux encadrer le recours à l'arbitrage.

**M. Michel Billout.** – En réponse à toutes ces interventions intéressantes, j'insiste sur le fait qu'à mes yeux, introduire un tel mécanisme de justice privée entre des pays du Nord dotés d'institutions judiciaires

---

solides représenterait un mauvais signal à l'égard du citoyen. J'ai bien conscience que la proposition de résolution européenne ne traite pas du fond de l'accord.

L'arbitrage d'investissements est né en 1965 mais il a longtemps été éclipsé par l'arbitrage commercial, dont Paris est effectivement une place majeure. Le secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage, que j'ai rencontré, m'a confirmé que Paris était plus spécialisée en arbitrage commercial qu'en arbitrage d'investissements. Tous les arbitres internationaux ne sont pas nécessairement armés pour traiter des différends entreprises/États. En tout cas, à l'intention de M. Pozzo di Borgo, je confirme que l'objectif du texte que je vous soumetts n'est absolument pas d'annihiler la place d'arbitrage que constitue Paris.

Je ne suis pas nécessairement opposé à des accords de protection des investissements qui incluent des ISDS avec les États du Sud mais il me semble que la solution d'un mécanisme interétatique de résolution des conflits inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'OMC est moins problématique et risque moins de dissuader les entreprises de légiférer. Nous devons prêter particulièrement attention à l'accord transatlantique dans la mesure où nous avons compris que, s'il était conclu, il deviendrait le maître étalon pour d'autres traités. C'est pourquoi il faut se préoccuper de près des questions de procédure, sans remettre en cause l'arbitrage. Peut-être les États-Unis devraient-ils également faire très attention à l'ISDS.

Je reviens sur la nécessité de la transparence et, comme MM. Gattolin et Bonnacarrère, j'insiste sur l'importance que nous soyons informés. Et je partage complètement la position exprimée par M. Leconte.

Concernant notre marge de manœuvre à l'égard du projet de traité CETA, nous avons examiné les choses de près et il nous semble qu'il n'est pas impossible de faire évoluer le texte. La direction générale du commerce de la Commission européenne soutient que la négociation est close, ce qui ne peut manquer de nous interroger au regard de la légitimité démocratique des négociateurs. Le paraphe lui-même de l'accord engage le négociateur à faire son possible pour que soit ratifié l'accord mais ne constitue pas une obligation de bonne fin : c'est ce que nous a formellement indiqué M. Carl, ancien directeur général de la DG commerce. Quel rôle jouent les parlements Européen et nationaux dans ce cadre ? Je pense que ce sont des arguments dont certains pourraient s'emparer pour mettre l'Europe par terre. Nous devons donc tenter de revoir le traité à la marge, surtout que l'investissement ne m'apparaît pas comme la clef de voûte de l'accord CETA et pourrait d'ailleurs même faire l'objet d'un accord séparé. C'est pourquoi nous devons proposer des améliorations substantielles, même s'il est peu probable qu'un mécanisme d'appel soit mis en place. Notre résolution vise à ce que la France tire la sonnette d'alarme, même si la moitié des États au Conseil viennent d'adresser une lettre à la Commission pour maintenir l'ISDS dans l'accord transatlantique. Peut-être sont-ils motivés par le souci

d'attirer des investissements, mais je ne suis pas sûr que ce soit un critère déterminant. M. Pierre Defraigne, chef de cabinet de l'ancien commissaire européen en charge du commerce Pascal Lamy, nous a même encouragés à nous opposer fermement à tout ISDS.

Concernant le pouvoir des provinces canadiennes et la nature mixte ou non de l'accord de ce côté-là de l'Atlantique, j'avoue ne pas pouvoir vous renseigner dans l'immédiat.

Aux interrogations qui ont été exprimées au sujet du calendrier de négociations du TTIP, je pourrais répondre en indiquant que, selon moi, la négociation va encore durer quelques années, même si la majorité républicaine au Congrès semble vouloir l'accélérer.

En écho aux propos de M. Gattolin, je conviens que tout ceci doit nous amener à nous interroger sur le comportement de l'Union européenne par rapport aux États membres. Nous ne pouvons attendre d'avoir la copie finale de ces accords commerciaux pour avoir le droit de nous en préoccuper. Les consultations de la Commission sont également un exercice très particulier qui soulève des questions : disposer de 90 minutes pour prendre connaissance du questionnaire et y répondre, est-ce suffisant ? La consultation sur l'ISDS a reçu 150 000 réponses malgré ces conditions de mise en œuvre peu satisfaisantes.

Je reconnais avoir quelques désaccords avec M. Bonnacarrère, ce qui est tout à fait normal, mais j'insiste sur le fait que je mets moins en cause l'arbitrage entre sociétés qu'entre sociétés et États. Sur les deux questions soulevées par notre collègue, il m'apparaît que seule la transparence permettrait d'être fixé. Je dois avouer que j'ai également été choqué par les sanctions infligées à la BNP, même si je ne suis pas un fervent défenseur des banques.

**M. Jean Bizet, président.** – Nous allons procéder maintenant à l'examen de la résolution européenne.

**M. André Gattolin.** – Je propose dans l'alinéa 13 de distinguer entre la transparence du processus de négociation et la transparence sur l'impact de l'accord.

**M. Michel Billout.** – Effectivement, cette distinction est importante et justifie l'alinéa 11.

**M. André Gattolin.** – La formulation de cet alinéa 11 ne me semble pas assez ferme puisque le Gouvernement français n'a jamais fourni l'étude réclamée sur l'impact sectoriel du TTIP pour la France.

**M. Michel Billout.** – Nous pourrions alors compléter l'alinéa 11 pour insister sur le fait que cette étude réclamée en 2013 n'a toujours pas été adressée au parlement.



Permettez-moi par ailleurs de vous soumettre deux petits aménagements au texte qui vous a été distribué, que les événements de ces dernières 48 heures m'amènent à proposer.

La Commission européenne a adopté avant-hier une communication définissant de nouvelles règles sur l'accès aux documents du TTIP, comme l'a évoqué M. Leconte : tous les textes de négociation que l'Union européenne partage déjà avec les États membres et le Parlement seront rendus publics, sous réserve de l'accord explicite des États-Unis pour ce qui concerne toute publication de documents « américains » ou « communs ». La Commission est également prête à partager avec tous les eurodéputés des documents qui sont aujourd'hui d'accès restreint, en vertu de certaines règles pour garantir la confidentialité de l'information fournie. Je pense qu'il serait utile que le Gouvernement nous assure à nous, parlementaires nationaux, le même degré de publicité, et vous suggère donc d'ajouter à cette fin un nouvel alinéa après l'alinéa 13.

**M. André Reichardt.** – Il me semble que nous irions trop loin en proposant de renoncer complètement au volet consacré à la protection des investissements dans l'accord CETA.

**M. Michel Billout.** – Je rappelle quand même que l'option de la renonciation n'est qu'une option par défaut, si nous n'arrivons pas à obtenir les améliorations importantes que nous avons identifiées et que nous demandons.

**M. Jean Bizet, président.** – Effectivement, il s'agit d'une option de dernier recours.

**M. Yves Pozzo di Borgo.** – Sur les conditions d'impartialité des arbitres, la mention d'un critère spécifique n'est pas satisfaisante. Il y a bien d'autres considérations à prendre en compte pour assurer l'impartialité des arbitres.

**M. Jean Bizet, président.** – En effet. Nous pouvons sans dommage nous en tenir à une formulation plus générale.

**M. Yves Pozzo di Borgo.** – Je me demandais s'il ne serait pas plus léger de remplacer « tout mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements avec le Canada » par « ce mécanisme ».

**M. Michel Billout.** – Je crains que cela nuise à la clarté de l'alinéa et que cela crée une confusion avec l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

Je souhaite aussi ajouter un nouvel alinéa. J'ai appris dernièrement que les dispositions de l'accord UE-Singapour, dont le chapitre relatif à la protection des investissements a été paraphé mi-octobre mais dont on parle moins, sont très proches de celles contenues dans l'accord Canada. On me signale juste certaines différences, notamment dans les secteurs totalement ou partiellement exemptés, comme l'immobilier notamment, sujet très

sensible pour la Cité-État de Singapour. Ces dispositions pourraient utilement être exploitées par des filiales de multinationales américaines à Singapour, et il y en a de nombreuses. Je propose donc d'y faire référence en ajoutant un alinéa qui invite notre Gouvernement à adopter la même attitude sur cet accord UE-Singapour.

Enfin, sur la suggestion du président Bizet, je voudrais soumettre deux autres modifications au texte qui vous a été distribué.

La première vise à insister sur la nécessité d'obtenir des États-Unis la reconnaissance de la politique européenne de valorisation des produits agricoles et alimentaires de qualité, et plus spécifiquement la reconnaissance de nos indications géographiques protégées.

**M. Jean Bizet, président.** - J'insiste en effet sur ce sujet très important pour la valorisation des filières. Il concerne aussi bien le camembert de Normandie que le pruneau d'Agen...

**M. Michel Billout.** - La seconde modification tend à rétablir une forme de symétrie dans nos propositions concernant le dossier Canada et l'accord avec les États-Unis : il s'agit donc de proposer dans l'accord transatlantique le recours à un mécanisme de règlement interétatique des différends en matière d'investissements, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, ou, à défaut, de demander l'abandon de tout mécanisme de règlement des différends.

**M. Yves Pozzo di Borgo.** - Je connais mal cet organe de l'OMC. Pouvez-vous nous en dire un mot ?

**M. Michel Billout.** - L'ORD fonctionne en fait sur le même principe d'arbitrage mais le plaignant comme le défendeur sont des États. L'État devient en quelque sorte avocat de l'entreprise plaignante.

**M. Jean Bizet, président.** - En outre, l'ORD offre la possibilité de faire appel devant un tribunal permanent.

Je vous rappelle que cette proposition de résolution européenne va être envoyée à la commission compétente au fond. Pour revenir sur notre débat, je dois reconnaître que l'Union européenne s'auto-condamne effectivement. J'entends d'ailleurs évoquer cette question lors de la rencontre que le président du Sénat et moi-même aurons avec le président Juncker, sous deux aspects : d'une part, nous nous interrogeons sur le fait que la concurrence soit une compétence exclusive qui est entièrement laissée aux mains de la Commission européenne ; d'autre part, la réciprocité doit absolument présider à notre politique commerciale et les accords bilatéraux, si nous devons y recourir, ne doivent pas être négociés en opposition avec l'esprit du multilatéralisme. L'extraterritorialité des lois américaines constitue un vrai sujet, sur lequel pourra se pencher le groupe de travail que nous allons constituer avec la commission des affaires économiques sur le

---

traité transatlantique. Pourquoi ne pas envisager un parallélisme en instaurant une extraterritorialité des règles européennes ?

Je conviens en tout cas qu'il est difficile de se heurter à la première économie mondiale, ce qui plaide à mon sens pour la solution interétatique de type ORD. Enfin, s'agissant de la possibilité pour l'Europe d'intervenir à l'égard des banques américaines, nous aurons l'occasion d'aborder cette question avec la Banque centrale européenne quand nous nous y rendrons.

*À l'issue de ce débat, la commission adopte à l'unanimité le rapport de M. Michel Billout et la proposition de résolution européenne ainsi modifiée :*



---

## PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE

- ① Le Sénat,
- ② Vu l'article 88-4 de la Constitution,
- ③ Vu le rapport préliminaire de la Commission européenne du 18 juillet 2014 sur la consultation publique au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS) dans le cadre de l'accord de partenariat transatlantique (TTIP),
- ④ Vu la version consolidée du projet d'accord économique et commercial global négocié entre l'Union européenne et le Canada publiée par la Commission européenne le 26 septembre 2014,
- ⑤ Vu le mandat de négociation de l'accord de partenariat transatlantique du 17 juin 2013 publié le 9 octobre 2014,
- ⑥ Considérant que la Constitution, dans son préambule et à son article 3, consacre les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ; qu'elle précise, à son article premier, que la France est une République « démocratique et sociale » ;
- ⑦ Considérant que les négociations menées en vue d'un accord économique et commercial global avec le Canada (CETA) et d'un partenariat transatlantique avec les États-Unis (TTIP) sont menées sans que soient pleinement mis en œuvre les principes d'ouverture et de transparence posés à l'article 15 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, par voie de conséquence, sans qu'ait pu être assuré un contrôle démocratique suffisant tant à l'échelon européen qu'à l'échelon national ;
- ⑧ Considérant qu'il est prévu d'inclure dans les accords tant avec le Canada qu'avec les États-Unis des règles de protection des investissements assorties d'un mécanisme de règlement des différends entre États et investisseurs par l'arbitrage (ISDS) ;

- ⑨ Considérant que l'introduction de telles dispositions risquerait de porter atteinte à la capacité de l'Union européenne et des États membres à légiférer, particulièrement dans les domaines sociaux, sanitaires et environnementaux, en les exposant à devoir verser des dédommagements substantiels aux investisseurs qui s'estimeraient lésés par de nouvelles mesures ;
- ⑩ Considérant qu'aux termes des articles 207 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 21 du traité sur l'Union européenne, la politique commerciale commune doit être menée dans le respect des objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne et donc promouvoir un ordre multilatéral respectueux de la démocratie et de l'État de droit ;
- ⑪ Rappelle que sa résolution n° 164 du 9 juin 2013 invitait le Gouvernement à fournir au Parlement français une étude d'impact qui ne lui a toujours pas été adressée et qui lui permettrait d'apprécier, par secteur d'activité, les effets pour la France de différents scénarios de négociation du partenariat transatlantique ;
- ⑫ Invite le Gouvernement :
- ⑬ - à agir auprès des institutions européennes pour mettre fin au manque de transparence caractérisant les négociations des accords envisagés entre l'Union européenne et le Canada, d'une part, et entre l'Union européenne et les États-Unis, d'autre part, lesquelles, compte tenu de leurs enjeux, doivent impérativement donner lieu à l'information nécessaire au contrôle démocratique ;
- ⑭ - à permettre aux parlements nationaux d'avoir un accès aux documents de négociation qui soit identique à celui offert au Parlement européen ;
- ⑮ - à associer étroitement les deux chambres du Parlement aux travaux du Conseil sur ces négociations ;
- ⑯ Appelle à une révision des chapitres 10 (investissements) et 33 (règlement des différends) du projet d'accord négocié avec le Canada, pour :

- 
- ⑰ - garantir juridiquement que le droit des États à réglementer ne puisse être limité, même au nom des « attentes légitimes » des investisseurs, et qu'en aucun cas, une mesure protégeant un objectif légitime d'intérêt public ne puisse donner lieu à compensation au nom de son impact économique sur l'investisseur, sans quoi il serait préférable de renoncer au volet consacré à la protection des investissements dans l'accord global négocié avec le Canada ;
- ⑱ - modifier la procédure arbitrale afin d'assurer la pleine transparence des débats et la publicité des actes, l'indépendance et l'impartialité des arbitres, ainsi que la mise en place effective d'un mécanisme d'appel de la décision arbitrale devant un tribunal indépendant ;
- ⑲ - à défaut, envisager le recours à un mécanisme de règlement interétatique des différends en matière d'investissements, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, voire renoncer à tout mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements avec le Canada ;
- ⑳ Constate que le chapitre relatif à la protection des investissements de l'accord négocié entre l'Union européenne et Singapour comprend des dispositions largement analogues à celles prévues dans l'accord négocié avec le Canada et invite en conséquence le Gouvernement à tenir la même position au Conseil concernant ces deux accords ;
- ㉑ Juge nécessaire que l'accord en cours de négociation avec les États-Unis reconnaisse explicitement la possibilité pour l'Union européenne et les États membres de préserver leurs acquis, notamment en matière sociale, environnementale, et sanitaire et de développer leurs politiques propres, y compris en matière industrielle et pour la protection des indications géographiques et autres signes de qualité des produits agricoles et alimentaires ;
- ㉒ Plaide, s'agissant du projet d'accord en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis, pour envisager le recours à un mécanisme de règlement interétatique des différends

en matière d'investissements, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ou, à défaut, pour retirer de ce projet d'accord tout mécanisme d'arbitrage privé pour régler les différends entre investisseurs et États ;

- ②③ Invite le Gouvernement à garantir le principe de démocratie dans tout projet d'accord de protection des investissements et à refuser d'y insérer systématiquement un mécanisme de règlement des différends investisseur/État ;
- ②④ Suggère au Gouvernement de présenter au Parlement un rapport annuel présentant la stratégie globale de la France et de l'Union européenne en matière d'accords commerciaux et d'accords de protection des investissements.



## TABLEAU COMPARATIF

Texte de la proposition de résolution	Texte adopté par la commission
(1) Le Sénat,	(1) <i>Sans modification</i>
(2) Vu l'article 88-4 de la Constitution ;	(2) <i>Sans modification</i>
(3) Vu le rapport préliminaire de la Commission européenne du 18 juillet 2014 sur la consultation publique au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS) dans le cadre de l'accord de partenariat transatlantique (TTIP),	(3) <i>Sans modification</i>
	(4) <i>Vu la version consolidée du projet d'accord économique et commercial global négocié entre l'Union européenne et le Canada publiée par la Commission européenne le 26 septembre 2014,</i>
	(5) <i>Vu le mandat de négociation de l'accord de partenariat transatlantique du 17 juin 2013 publié le 9 octobre 2014,</i>
(4) Considérant que la Constitution, dans son préambule et à son article 3, consacre les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ; qu'elle précise, à son article premier, que la France est une République « démocratique et sociale » ; que l'article 10 de la Charte de l'environnement de 2004 dispose que celle-ci « inspire l'action européenne et internationale de la France » ;	(6) <i>Considérant que la Constitution, dans son préambule et à son article 3, consacre les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ; qu'elle précise, à son article premier, que la France est une République « démocratique et sociale » ;</i>
(5) Considérant que les négociations menées en vue d'un accord économique et commercial global avec le Canada (CETA) et d'un partenariat transatlantique avec les États-Unis (TTIP) ont été menées sans que soient mis en œuvre les principes d'ouverture et de transparence posés à l'article 15 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, par voie de conséquence, sans qu'ait pu être assuré un contrôle démocratique suffisant tant à l'échelon européen qu'à l'échelon national ;	(7) <i>Considérant que les négociations menées en vue d'un accord économique et commercial global avec le Canada (CETA) et d'un partenariat transatlantique avec les États-Unis (TTIP) sont menées sans que soient <b>pleinement</b> mis en œuvre les principes d'ouverture et de transparence posés à l'article 15 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, par voie de conséquence, sans qu'ait pu être assuré un contrôle démocratique suffisant tant à l'échelon européen qu'à l'échelon national ;</i>
(6) Considérant que l'étude d'impact sur la France par secteur d'activité demandée au Gouvernement par le Sénat dans sa résolution européenne n° 164 du 9 juin 2013 n'a toujours pas été fournie ;	<i>Alinéa supprimé</i>

<p>(7) Considérant qu'il est prévu d'inclure dans les accords tant avec le Canada qu'avec les États-Unis un mécanisme de règlement des différends entre États et investisseurs par l'arbitrage (ISDS) ;</p>	<p>(8) <i>Considérant qu'il est prévu d'inclure dans les accords tant avec le Canada qu'avec les États-Unis <b>des règles de protection des investissements assorties d'un mécanisme de règlement des différends entre États et investisseurs par l'arbitrage (ISDS) ;</b></i></p>
<p>(8) Considérant que l'introduction de tels mécanismes porterait atteinte à la capacité de l'Union européenne et des États membres à légiférer, particulièrement dans les domaines sociaux et environnementaux, en les exposant à devoir verser des dédommagements substantiels aux investisseurs ;</p>	<p>(9) <i>Considérant que l'introduction de telles dispositions <b>risquerait</b> de porter atteinte à la capacité de l'Union européenne et des États membres à légiférer, particulièrement dans les domaines sociaux, sanitaires et environnementaux, en les exposant à devoir verser des dédommagements substantiels aux investisseurs <b>qui s'estimeraient lésés par de nouvelles mesures ;</b></i></p>
	<p>(10) <i>Considérant qu'aux termes des articles 207 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 21 du traité sur l'Union européenne, la politique commerciale commune doit être menée dans le respect des objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne et donc promouvoir un ordre multilatéral respectueux de la démocratie et de l'État de droit ;</i></p>
	<p>(11) <i>Rappelle que sa résolution n° 164 du 9 juin 2013 invitait le Gouvernement à fournir au Parlement français une étude d'impact qui ne lui a toujours pas été adressée et qui lui permettrait d'apprécier, par secteur d'activité, les effets pour la France de différents scénarios de négociation du partenariat transatlantique ;</i></p>
<p>(9) Invite le Gouvernement :</p>	<p>(12) <i>Sans modification</i></p>
<p>(10) - à demander que les mécanismes d'arbitrage entre investisseurs et États soient retirés des projets d'accord avec le Canada et les États-Unis ;</p>	<p><i>Alinéa supprimé</i></p>
<p>(11) - à s'opposer à tout projet d'accord qui contiendrait un tel mécanisme ;</p>	<p><i>Alinéa supprimé</i></p>
<p>(12) - à demander que les accords reconnaissent explicitement la possibilité pour l'Union européenne et les États membres de développer leurs politiques propres et de préserver leurs acquis, notamment en matière sociale, environnementale, et sanitaire ;</p>	<p><i>Alinéa supprimé</i></p>
<p>(13) - à agir auprès des institutions européennes pour mettre fin au manque de transparence caractérisant les négociations de ces accords qui, compte tenu de leurs enjeux, doivent impérativement donner lieu à l'information</p>	<p>(13) - <i>à agir auprès des institutions européennes pour mettre fin au manque de transparence caractérisant les négociations des accords envisagés entre l'Union européenne et le Canada, d'une part, et entre l'Union européenne et les États-Unis, d'autre part, lesquelles,</i></p>

nécessaire au contrôle démocratique ;	<i>compte tenu de leurs enjeux, doivent impérativement donner lieu à l'information nécessaire au contrôle démocratique ;</i>
	<i>(14) – à permettre aux parlements nationaux d'avoir un accès aux documents de négociation qui soit identique à celui offert au Parlement européen ;</i>
<i>(14) – à associer étroitement les deux assemblées aux travaux du Conseil sur ces négociations ;</i>	<i>(15) – à associer étroitement les <b>deux chambres du Parlement</b> aux travaux du Conseil sur ces négociations ;</i>
<i>(15) – à répondre à la demande d'étude d'impact formulée par le Sénat dans sa résolution n° 164 du 9 juin 2013.</i>	<i>Alinéa supprimé</i>
	<i>(16) Appelle à une révision des chapitres 10 (investissements) et 33 (règlement des différends) du projet d'accord négocié avec le Canada, pour :</i>
	<i>(17) – garantir juridiquement que le droit des États à réglementer ne puisse être limité, même au nom des « attentes légitimes » des investisseurs, et qu'en aucun cas, une mesure protégeant un objectif légitime d'intérêt public ne puisse donner lieu à compensation au nom de son impact économique sur l'investisseur, sans quoi il serait préférable de renoncer au volet consacré à la protection des investissements dans l'accord global négocié avec le Canada ;</i>
	<i>(18) – modifier la procédure arbitrale afin d'assurer la pleine transparence des débats et la publicité des actes, l'indépendance et l'impartialité des arbitres, ainsi que la mise en place effective d'un mécanisme d'appel de la décision arbitrale devant un tribunal indépendant ;</i>
	<i>(19) – à défaut, envisager le recours à un mécanisme de règlement interétatique des différends en matière d'investissements, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, voire renoncer à tout mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements avec le Canada ;</i>
	<i>(20) Constate que le chapitre relatif à la protection des investissements de l'accord négocié entre l'Union européenne et Singapour comprend des dispositions largement analogues à celles prévues dans l'accord négocié avec le Canada et invite en conséquence le Gouvernement à tenir la même position au Conseil concernant ces deux accords ;</i>

	<p><i>(21) Juge nécessaire que l'accord en cours de négociation avec les États-Unis reconnaisse explicitement la possibilité pour l'Union européenne et les États membres de préserver leurs acquis, notamment en matière sociale, environnementale, et sanitaire et de développer leurs politiques propres, y compris en matière industrielle et pour la protection des indications géographiques et autres signes de qualité des produits agricoles et alimentaires ;</i></p>
	<p><i>(22) Plaide, s'agissant du projet d'accord en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis, pour envisager le recours à un mécanisme de règlement interétatique des différends en matière d'investissements, inspiré de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ou, à défaut, pour retirer de ce projet d'accord tout mécanisme d'arbitrage privé pour régler les différends entre investisseurs et États ;</i></p>
	<p><i>(23) Invite le Gouvernement à garantir le principe de démocratie dans tout projet d'accord de protection des investissements et à refuser d'y insérer systématiquement un mécanisme de règlement des différends investisseur/État ;</i></p>
	<p><i>(24) Suggère au Gouvernement de présenter au Parlement un rapport annuel présentant la stratégie globale de la France et de l'Union européenne en matière d'accords commerciaux et d'accords de protection des investissements.</i></p>

---

## LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

- **M. Mogens Peter CARL**, conseiller au cabinet d'avocats Gide.
- **M. Andrea CARLEVARIS**, secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage - Chambre de commerce internationale.
- **M. Pierre DEFRAIGNE**, directeur exécutif de la Fondation Madariaga-Collège d'Europe.
- **M. Jonathan GINDT**, chef du secteur RELEX, **Mme Bahiya AMZIL** (négociations UE-Amérique du Nord), et **Mme Marie-Céline FAVIER** (services et investissements) - Secrétariat général des affaires européennes (SGAE).
- **M. Patrick MESSERLIN**, directeur du Groupe d'Économie mondiale (GEM) à Sciences Po.
- **Mme H. Suzy NIKIEMA**, conseillère en droit international (IISD/IIDD).
- **M. Cyrille PIERRE**, directeur de Cabinet, et **M. Simon THIROT**, conseiller parlementaire - Secrétariat d'État chargé du commerce extérieur - Ministère des Affaires étrangères et du développement international.
- **M. Leopoldo RUBINACCI**, chef d'Unité, et **M. Colin BROWN**, chef d'Unité adjoint, DG TRADE - Commission européenne.
- **M. Christophe SERAGLINI**, professeur des universités et avocat spécialisé en contentieux et arbitrage international.
- **Mme Aurélie TROUVÉ**, membre du Conseil scientifique de l'organisation ATTAC, et **Mme Amélie CANONNE**, présidente de l'association AITEC.