



L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE UE-VIÊT NAM: UNE HIÉRARCHISATION DES OBJECTIFS DE L'ACTION EXTÉRIEURE AU DÉTRIMENT DE SA COHÉRENCE?

NICOLAS PIGEON*

ABSTRACT: The recently published text of the free trade agreement (FTA) between by the European Union and Viêt Nam is a good opportunity to evaluate the consistency of EU's external action. Indeed, as this agreement is presented as the first of a new generation of FTA ever concluded with a developing country, the overall objectives of the external action mentioned in art. 21 of the Treaty on the European Union should have played a significant role in its drafting. In this regard, as a typical instrument of the common commercial policy, it should be consistent with the "Trade for all" communication presented last fall by the European Commission. Moreover, it incorporates the new approach on investment policy, especially the Investment court system. Therefore, this Insight seeks to analyse the balance reached by this EU-Viêt Nam FTA between a number of competing objectives of EU's external action: protection and promotion of human rights, sustainable development and indirectly, protection of investment.

KEYWORDS: common commercial policy – free trade agreement – Viêt Nam – human rights – sustainable development – investment protection – external action consistency.

I. INTRODUCTION

L'accord de libre-échange dont les négociations ont été clôturées le 2 décembre 2015 par l'Union européenne (UE ou Union) et le Viêt Nam,¹ à l'issue d'un processus entamé en octobre 2012, est présenté comme un modèle du genre. Il est vrai qu'à au moins deux titres, il présente des nouveautés susceptibles d'en faire une référence pour les négociations à venir. Que ce soit en matière de droits de l'homme et de développement durable ou en matière d'investissements, cet accord reflète effectivement la nouvelle approche de la politique commerciale commune, présentée à l'automne dernier par la

* Doctorant en droit de l'Union européenne, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, nicolas.pigeon@malix-univ-paris1.fr.

¹ L'accord, disponible dans sa version provisoire sur le site internet de la Direction générale du commerce de la Commission européenne, est actuellement en cours d'analyse juridique et de traduction. Dans la suite de cet *Insight*, il y sera fait référence par "l'accord de libre-échange", "l'accord" ou "ALE".

Commission européenne.² Aussi, parce qu'il est le premier accord de libre-échange, nouvelle formule,³ négocié avec un pays considéré comme étant en voie de développement,⁴ il constitue une importante mise à l'épreuve de la cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne.

Les relations diplomatiques directes entre l'Union et le Viêt Nam remontent au début des années 90 et ont pendant plus de 20 ans été structurées par les accords sectoriel et de coopération conclus par l'ex-Communauté européenne avec cet État et avec l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE).⁵ Depuis la réorientation, à partir de 2006, de la stratégie conventionnelle européenne vers le bilatéralisme,⁶ la relation UE-ANASE a été placée au centre de la stratégie diplomatique de l'Union européenne.⁷ Tant le développement économique rapide de la région que la nécessité de créer des courants d'échanges et d'investissements entre l'Union et l'Asie afin, notamment, de contrebalancer la stratégie américaine dans la région pacifique⁸ et la prolifération des accords de libre-échange au sein de l'Asie peuvent l'expliquer en partie. Or, l'arrêt des négociations au niveau régional entre l'UE et l'ANASE en 2009 a conduit au développement de négociations bilatérales avec les États membres de l'organisation asiatique. Les anciennes structures conventionnelles les liant à l'ex-Communauté européenne sont depuis lors en cours de remplacement par des accords beaucoup plus globaux dans leur champ d'application et contraignants dans leurs dispositions.⁹

² Communication COM (2015) 497 final du 14 octobre 2015 de la Commission européenne, *Le commerce pour tous – Vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable*. V.A. HERVE, *La Commission affiche les nouvelles orientations de sa politique commerciale dans la communication "Le commerce pour tous - Vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable"*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2016, p. 137 et seq.

³ Nous entendons par là un accord incorporant les nouvelles orientations de l'Union pour la politique commerciale commune et, en particulier, un chapitre sur la protection des investissements.

⁴ Il s'agit d'une notion autonome de droit de l'Union. V. Cour de justice, arrêt du 6 novembre 2008, affaire C-155/07, *Parlement c. Conseil*, par. 52.

⁵ Les États composant l'ANASE sont : Brunei Darussalam, la Birmanie, le Cambodge, l'Indonésie, le Laos, la Malaisie, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Vietnam.

⁶ Communication COM (2006) 567 final du 4 octobre 2006 de la Commission européenne, *Une Europe compétitive dans une économie mondialisée – Une contribution à la stratégie européenne pour la croissance et l'emploi*. V.A. HERVE, *Politique commerciale de l'Union : confirmation et amplification de la stratégie du "bilatéralisme libre-échangiste"*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 602 et seq.

⁷ V., en dernier lieu, Communication conjointe JOIN (2015) 22 final du 8 mai 2015 de la Commission européenne et de la Haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, *L'UE et l'ASEAN : un partenariat à visée stratégique*.

⁸ Récemment illustrée par la signature, le 4 février 2016, de l'accord de partenariat transpacifique.

⁹ Sur le partenariat entre les pays asiatiques et l'Union, v. A. SAUTENET, *Partenariat stratégique entre Europe et pays émergents d'Asie*, Bruxelles: Bruylant, 2014.

Ainsi, les négociations bilatérales avec le Viêt Nam ont dans un premier temps abouti à la signature, le 27 juin 2012,¹⁰ d'un accord global de partenariat et de coopération devant servir de cadre général à la relation entre les parties.¹¹ Cet accord, de nature mixte, vise principalement à organiser un dialogue politique régulier entre les parties et à étendre les domaines dans lesquels une coopération entre elles peut avoir lieu. L'accord de libre-échange, provisoirement conçu comme étant "purement européen",¹² a quant à lui pour objectif de mettre en place une zone de libre-échange entre l'Union et le Viêt Nam.¹³ Si cette structure conventionnelle à double étage¹⁴ n'est pas une nouveauté,¹⁵ son intérêt au regard de l'exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union et de la portée des objectifs fixés par l'art. 21 TUE est évident. Peut-on en effet considérer que cet accord de libre-échange permet de concilier les objectifs de la politique commerciale commune avec les objectifs généraux de l'action extérieure de l'Union européenne, notamment dans le contexte particulier de la relation avec un pays en voie de développement?

Afin d'évaluer ce que l'accord de libre-échange UE-Viêt Nam apporte comme éléments de réponse à cette problématique, nous aborderons dans un premier temps les modalités de l'intégration de la protection des droits de l'homme et de la promotion du développement durable en son sein (I) et, dans un deuxième temps, la tentative de rééquilibrage de la protection des investissements internationaux qu'il opère (II).

¹⁰ Décision 2012/279/UE du 14 mai 2012 du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union, d'un accord-cadre global de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part.

¹¹ V. Annexe de la proposition de la Commission de décision du Conseil relative à la conclusion de l'Accord-cadre global de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part, COM (2013) 924 final. Cet accord est actuellement en cours de conclusion. Dans la suite de cet *Insight*, il y sera fait référence par "l'accord-cadre".

¹² Nous entendons par là le fait qu'il ne s'agisse pas d'un accord mixte. Toutefois, compte tenu des similarités entre cet accord et l'accord de libre-échange signé avec Singapour, il n'est pas certain qu'il demeure, en définitive, un accord "purement européen". En effet, une procédure d'avis, sur le fondement de l'art. 218, par. 11, TFUE, au sujet de l'accord de libre-échange UE-Singapour est actuellement pendante devant la Cour de justice. Or, les questions posées à la Cour de justice portent sur la répartition des compétences entre l'Union et les États membres pour conclure de tels accords de libre-échange.

¹³ ALE, ch. premier, art. 1, par. 1.

¹⁴ En plus de ces deux accords, il faut souligner que la relation UE-Viêt Nam est également l'objet de mécanismes de coopération, notamment financière, par le biais de différents programmes de l'Union européenne et des États membres. Nous n'aborderons pas dans ce qui suit cette dimension de la relation bilatérale. Pour un aperçu de cette coopération, v. European Commission Working Staff Document SWD (2016) 21 final of 26 January 2016, *Human Rights and Sustainable Development in the EU-Vietnam Relations with specific regard to the EU-Vietnam Free Trade Agreement*, pp. 11-14.

¹⁵ V. J. LEBULLENGER, *L'articulation entre les accords de partenariat et de coopération et les accords de libre-échange*, p. 39 et seq., in A. BERRAMDANE, M. TROCHU (dir.), *Le partenariat UE-ASEAN*, Bruxelles: Bruylant, 2013.

II. L'INTÉGRATION RELATIVE DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA PROMOTION DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

Deux dispositifs principaux permettent d'intégrer à la relation économique instituée par l'accord de libre-échange les enjeux des droits de l'homme et du développement durable. Il s'agit, d'une part, de la liaison juridique opérée entre cet accord et l'accord-cadre de partenariat et de coopération (1) et, d'autre part, de l'ouverture des mécanismes de suivi de sa mise en œuvre (2).

II.1. LA LIAISON JURIDIQUE AVEC L'ACCORD CADRE DE PARTENARIAT ET DE COOPÉRATION

Plusieurs dispositions de l'accord de libre-échange permettent d'opérer une liaison institutionnelle et juridique avec l'accord-cadre global de partenariat et de coopération, notamment quant aux principes et valeurs sur lesquels il est fondé et aux objectifs qu'il poursuit. D'une part, il est explicitement fait référence au second dans le préambule du premier, aux termes duquel la relation entre les parties repose sur les principes et valeurs exprimées dans l'accord-cadre.¹⁶ Ces principes et valeurs, explicités par l'article premier de l'accord-cadre et qui projettent le contenu de l'art. 21 TUE dans cet instrument de l'action extérieure de l'Union, englobent principalement l'État de droit, la démocratie, les droits de l'homme et le développement durable. Comme l'indique la Commission,¹⁷ l'effet de cette disposition initiale de l'accord-cadre est de traduire juridiquement l'engagement des parties à protéger et promouvoir les principes et valeurs énoncés. De plus, cela sert de base légale au droit pour les parties d'évoquer le sujet lors des discussions ponctuant la mise en œuvre de l'accord et interdit, inversement, à l'une des parties d'alléguer du caractère purement interne d'une éventuelle difficulté en la matière.

D'autre part, les art. X.17, par. 2 et X.21, par. 2, du ch. 17, de l'accord de libre-échange, relatif aux dispositions institutionnelles, générales et finales, établissent clairement que l'accord de libre-échange fait partie de la structure conventionnelle chapeauté par l'accord-cadre.¹⁸ En d'autres termes, la mise en œuvre de l'accord de libre-échange devrait s'effectuer de manière cohérente avec celle de l'accord-cadre, l'éventuelle violation de celui-ci pouvant ainsi avoir des répercussions sur la mise en œuvre de celui-là. Plus particulièrement, l'art. X.17, par. 2, prévoit que lorsqu'une partie considère que l'autre partie a commis une "violation substantielle" de l'accord-cadre, elle peut, en agissant conformément à l'art. 57 de l'accord-cadre, prendre les "mesures

¹⁶ ALE, préambule.

¹⁷ Staff Working Document (2016) 21 final, cit., p. 4.

¹⁸ ALE, ch. 17, art. X.21, par. 2.

appropriées" vis-à-vis de l'accord de libre-échange.¹⁹ Au titre de ces dernières, il n'est pas exclu, selon la Commission,²⁰ que l'accord de libre-échange puisse être suspendu, en tout ou partie, en raison de la violation de l'accord-cadre par l'une des parties.²¹ Toutefois, l'analyse de l'art. 57 de l'accord-cadre conduit à relativiser la portée de l'art. X.17, par. 2, de l'accord de libre-échange. En effet, seules les "violations substantielles" de l'accord de libre-échange autorisent les parties à adopter des mesures appropriées.²² Or, celles-là sont définies par la déclaration commune relative à l'art. 57 comme "a) une répudiation de l'accord non sanctionnée par la Convention de Vienne ou, b) une violation grave d'un élément essentiel de l'accord, telle que décrite à l'article premier, paragraphes 1 et 2, et à l'article 8".²³

Deux remarques peuvent alors être faites : premièrement, ne sont concernés par la clause de respect des obligations²⁴ que les engagements qualifiés d'éléments essentiels de l'accord-cadre.²⁵ Pour étendus et englobants que ces domaines puissent paraître, il n'est pas certain que le caractère très vague de tels engagements soit propice à la constatation de leur violation et, *a fortiori* le cas échéant, à une sanction effective. En effet, le contenu de ces notions, à l'évidence de première importance, n'est à aucun moment explicité, sinon par renvoi à d'autres instruments juridiques internationaux, ce qui laisse planer le doute sur le degré de normativité de ces engagements. Appelée à se prononcer sur une demande de la société civile visant à ce que la "clause droit de l'homme" soit

¹⁹ ALE, ch. 17, art. X.17, par. 2: "If either Party considers that the other Party has committed a material breach of the Partnership and Cooperation Agreement it may take appropriate measures with respect to this Agreement in accordance with Article 57 of the Partnership and Cooperation Agreement".

²⁰ Staff Working Document (2016) 21 final, cit., pp. 5-8.

²¹ Néanmoins, la définition de la notion de "mesures appropriées", issue de la déclaration commune relative à l'art. 57 annexée à l'Accord-cadre, impose de relativiser l'éventualité d'une telle suspension. En effet, les "mesures appropriées" doivent être proportionnées au défaut de mise en œuvre de l'Accord-cadre et perturber le moins possible le fonctionnement de l'accord. Outre le fait que la proportionnalité risque de soulever des débats délicats (comment apprécier ce qu'une violation en matière de droits de l'homme autorise comme mesure restrictive en matière commerciale?), le fait que le fonctionnement de l'accord soit sanctuarisé limite manifestement l'effectivité des mesures adoptées en réponse aux violations de l'Accord-cadre.

²² Les termes utilisés par l'art. X.17, par. 2, de l'ALE sont "material breach". Or, la traduction française des mêmes termes au sein de l'Accord-cadre est "violation substantielle".

²³ Du fait de la liaison entre les deux accords et l'exigence d'une mise en œuvre cohérente entre eux, nous supposons que la notion de violation substantielle doit s'interpréter de la même manière dans les deux accords.

²⁴ Les art. 57 de l'Accord-cadre et X.17 de l'accord de libre-échange sont intitulés "Respect des obligations".

²⁵ Il s'agit notamment de la "clause de droit de l'homme", comprenant des engagements en matière d'État de droit, de démocratie et de droits de l'homme (Accord-cadre, article premier, par. 1), de la clause sur "réalisation intégrale des objectifs de développement adoptés au niveau international" (Accord-cadre, article premier, par. 2) et de celle sur la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs (Accord-cadre, art. 8).

reformulée et détaillée, la Commission a toutefois refusé de procéder à une telle modification dans le contexte particulier de la relation UE-Viêt Nam.²⁶ Arguant de la multitude d'accords internationaux contenant une clause similaire et du fait qu'elle ne faisait que mettre en œuvre la position exprimée depuis plusieurs années par le Conseil et le Parlement européen, la Commission s'en est ainsi remis à la nécessité d'un débat politique plus large et à une future et hypothétique décision politique pour que cette clause soit éventuellement reformulée.²⁷

Deuxièmement, pour que la violation soit substantielle, il faut qu'elle soit grave.²⁸ Or, là encore, aucune précision n'est apportée, ni par l'accord-cadre, ni par l'accord de libre-échange, sur ce que signifie ce degré de gravité. Quoi qu'il en soit, il reste que certaines violations des engagements concernés par la clause de respect des obligations pourraient ne pas être suffisamment graves pour justifier l'adoption de mesures appropriées. Il est donc des violations des engagements en matière de droits de l'homme, de démocratie, d'État de droit et de développement durable qui ne justifient pas l'adoption de mesures restrictives en matière de commerce et d'investissement. Difficile de ne pas voir là une hiérarchisation des valeurs et des intérêts.

II.2. L'OUVERTURE DES MÉCANISMES DE SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACCORD

Au-delà de la liaison juridique opérée avec l'accord cadre de partenariat et de coopération, l'accord de libre-échange se distingue par la mise en place de nombreuses instances de dialogue dans lesquelles les enjeux des droits de l'homme et du développement durable doivent pouvoir être abordés.²⁹ A tel point qu'il n'est pas évident, au premier abord, de faire le départ entre les objectifs, responsabilités et pouvoirs de chacune de ces instances. Inutile donc dans le cadre de cette brève analyse d'en dresser la liste complète. Quelques remarques générales peuvent néanmoins être faites sur la structure globale de dialogue mise en place. Tout d'abord, ce dialogue est organisé à plusieurs niveaux : entre les gouvernements des parties,³⁰ entre ces derniers et la société civile au sein de forums conjoints et, au niveau interne, dans le cadre de groupes consultatifs *ad hoc*. Cette multiplicité de lieux de dialogue est toutefois peu organisée et structurée par l'accord, si bien qu'une forte impression de confusion s'en dégage. C'est d'ailleurs pourquoi la société civile avait évoqué l'idée de mettre en place un comité

²⁶ Staff Working Document (2016) 21 final, cit., p. 16.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Accord-cadre, Déclaration commune relative à l'art. 57.

²⁹ Auxquelles il faut ajouter l'ensemble des mécanismes déjà mis en place par l'Accord-cadre. Pour un aperçu de ces instances de dialogue, v. Staff Working Document (2016) 21 final, cit, pp. 5-6 et 10-11.

³⁰ Aussi bien au niveau bilatéral que, le cas échéant, au niveau multilatéral.

chargé spécifiquement de la question des droits de l'homme,³¹ doté notamment d'un budget propre et de la capacité de prendre en charge des réclamations en la matière.³² La Commission a refusé de s'engager dans cette voie, prétextant une nouvelle fois de la nécessité d'un débat politique global sur le sujet et du caractère inadéquat d'une relation bilatérale pour innover en la matière.³³ En outre, elle renvoyait au chapitre sur le commerce et le développement durable, alléguant de l'existence en son sein de voies par lesquelles de telles préoccupations pouvaient trouver à s'exprimer.³⁴

L'examen de ce dernier chapitre laisse pourtant un sentiment mitigé. En effet, si les parties déclarent inscrire leur relation dans le cadre d'une multitude de conventions internationales relatives au droit du travail et à la protection de l'environnement et s'y engagent à promouvoir leur mise en œuvre,³⁵ il est expressément prévu que le dialogue ne porte sur de telles questions que dans la mesure où elles seraient liées au commerce.³⁶ En outre, l'approche générale de ce chapitre étant uniquement coopérative,³⁷ les engagements de mise en œuvre de ces conventions internationales semblent difficilement sujets à sanction sur le plan du droit international. Le mécanisme spécial de règlement des différends applicable à ce chapitre³⁸ n'est certainement pas une garantie à cet égard. Compte tenu de sa nature fondamentalement inter-“étatique” et de l'implication (quasi) nulle de la société civile dans son fonctionnement,³⁹ les engagements évoqués ci-dessus nous semblent en effet, sinon purement déclaratoires, du moins relever de la *soft law*.

Enfin, le chapitre sur la transparence prévoit que toute personne intéressée par la mise en œuvre de l'accord devrait pouvoir participer à son suivi et être en mesure de se prononcer sur les éventuelles difficultés qui résulteraient de l'adoption, par les parties, de mesures d'application générale qui pourraient avoir un impact sur l'accord de libre-échange.⁴⁰ Là encore, si l'intention est *a priori* louable, l'effectivité du dispositif en matière de droits de l'homme et de développement durable doit être relativisée dans la mesure où le chapitre sur la transparence ne semble s'intéresser qu'aux opérateurs

³¹ Notamment par la voix de l'International Federation for Human Rights. V. European Commission, *Trade, Sustainable Development and Human Rights in EU-Vietnam Relations, Roundtable with EU stakeholders – Summary Paper*, 12 may 2015, trade.ec.europa.eu, p. 8.

³² Staff Working Document (2016) 21 final, cit, p. 17.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ ALE, ch. 15, art. 3-8.

³⁶ ALE, ch. 15, art. 1, par. 3.

³⁷ ALE, ch. 15, art. 1, par. 4.

³⁸ Ce mécanisme est spécialement conçu pour le chapitre sur le commerce et le développement durable. Il diffère donc du mécanisme général de règlement des différends applicable à l'accord et de celui relatif à la protection des investissements. V. *infra*, II.2. et note 58.

³⁹ ALE, ch. 15, art. 15 et 17.

⁴⁰ ALE, ch. 18, art. 1 et 3-6.

économiques.⁴¹ Autrement dit, les obligations en matière de transparence, comme par exemple celles relatives à la publication, à l'administration, à la mise en place de points de contact et aux voies de recours, ont avant tout pour finalité d'engager les parties à rendre prévisible leur environnement réglementaire afin de ne pas entraver inutilement les flux d'échanges et d'investissements. Aussi, ce qui est présenté comme une innovation pour "toute personne intéressée"⁴² est en fait prioritairement, pour ne pas dire exclusivement, destiné à faciliter le commerce et l'investissement.

III. UNE TENTATIVE DE RÉÉQUILIBRAGE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Conformément à la nouvelle conception de la politique commerciale commune prônée par la Commission européenne,⁴³ la libéralisation et la protection des investissements prévues par l'accord de libre-échange UE-Viêt Nam ont été l'objet d'un certain nombre de modifications, au regard notamment de la pratique antérieure des États membres. Tant au niveau substantiel (1) qu'au niveau juridictionnel (2), le cadre juridique relatif aux investissements internationaux y apparaît comme une tentative de rééquilibrage des intérêts publics et privés.

III.1. UNE CLARIFICATION LIMITÉE DE LA PROTECTION SUBSTANTIELLE DES INVESTISSEMENTS

À plusieurs égards, cet accord de libre-échange illustre la volonté des institutions de l'Union, Commission et Parlement en tête, de se démarquer de la pratique antérieure des États membres et d'accompagner le mouvement visant à préserver la capacité normative des États d'accueil des investissements internationaux.⁴⁴ Trois éléments peuvent être brièvement évoqués à ce propos : le resserrement des conditions de l'admissibilité des requêtes d'abord, la reconnaissance du droit de réglementer ensuite, et la clarification des standards de protection enfin.

Le resserrement des conditions de l'admissibilité des requêtes a notamment pour objectif d'empêcher l'utilisation du système de protection des investissements à des fins frauduleuses ou manipulatrices. A cette fin, l'accord de libre-échange prévoit tout d'abord que seuls les investisseurs liés de manière effective et continue à l'économie

⁴¹ ALE, ch. 18, art. 2. V. aussi ch. 15, art. 12.

⁴² ALE, ch. 18, art. 1 : "Toute personne physique ou morale susceptible d'être affectée par une mesure d'application générale".

⁴³ Voir note 2.

⁴⁴ V.A. HERVE, *L'Union européenne comme acteur émergent du droit des investissements étrangers : pour le meilleur ou pour le pire?*, in *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 179 et seq.; C. TITI, *Le "droit de réglementer" et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement*, in *Journal du droit international*, 2015, p. 39 et seq.

des parties sont couverts par l'accord,⁴⁵ interdisant par là les montages juridiques permettant de bénéficier artificiellement de la protection conventionnelle. Ensuite, plusieurs dispositions visent à interdire les procédures parallèles et frauduleuses ainsi qu'à permettre au tribunal de rejeter rapidement les requêtes manifestement illégales.⁴⁶ Enfin, le principe selon lequel la partie qui succombe est redevable de l'intégralité des frais exposés par les deux parties durant la procédure⁴⁷ apparaît comme un élément supplémentaire de cette stratégie destinée à n'ouvrir les portes du système de protection des investissements qu'aux requêtes légitimes.

Concernant, ensuite, de la reconnaissance du droit de réglementer, non plus en tant que vague déclaration de principe dans le préambule, mais en tant qu'élément à part entière de l'accord auquel plusieurs dispositions sont consacrées,⁴⁸ il s'agit certainement d'une des innovations les plus fermement mise en avant par la Commission. Même s'il est impossible dans le cadre de cette brève analyse d'évaluer précisément la valeur et la portée d'une telle reconnaissance,⁴⁹ deux remarques générales peuvent être faites. Les dispositions de l'accord consacrant ce droit de réglementer semblent effectivement préserver le droit pour chaque partie d'adopter les mesures qu'elle juge nécessaire à l'accomplissement d'objectifs politiques légitimes. Si ces derniers font l'objet d'une série d'exemples, la liste n'est toutefois pas exhaustive.⁵⁰ De plus, cette même disposition interdit l'interprétation des standards de protection dans le sens de la garantie d'une immuabilité réglementaire et autorise par exemple la cessation de l'octroi d'aides d'États.⁵¹ En revanche, ce droit de réglementer n'est pas une exception que les parties peuvent invoquer pour se soustraire à leurs obligations et, ce faisant, immuniser certaines de leurs réglementations nationales. Il s'agit plus modestement d'un élément que les arbitres devront prendre en compte dans l'interprétation des autres dispositions de l'accord,⁵² en vue notamment de tempérer l'application des clauses relatives aux standards de protection. Autrement dit, les parties auront la charge de prouver que la violation alléguée d'une des dispositions de l'accord résulte de la mise en œuvre proportionnée de ce droit dans la poursuite d'objectifs politiques légitimes. Ainsi, les arbitres devront faire face à un travail de conciliation dont on ne peut que constater qu'il met sur un même plan la protection des investissements et l'adoption de mesures politiques dans l'intérêt général.

⁴⁵ ALE, ch. 8, ch. 1, art. (...) – Objectives, coverage and définitions, par. 4, litt. c).

⁴⁶ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3: sus-section 1, art. 1, par. 2; sus-section 3, art. 8; sus-section 5, art. 17-19.

⁴⁷ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 5, art. 27, par. 4.

⁴⁸ ALE, ch. 8, ch. 2, section 2, art. 13 *bis*; ch. 15, art. 2.

⁴⁹ Pour une analyse approfondie, v. C. TIT, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos, 2014.

⁵⁰ ALE, ch. 8, ch. 2, section 2, art. 13 *bis*, par. 1.

⁵¹ *Ibid*, par. 2-3.

⁵² European Commission Factsheet of February 2016, *Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)*, trade.ec.europa.eu, p. 2.

Enfin, l'accord de libre-échange innove en ce qu'il tente d'explicitier de manière détaillée la signification des principaux standards de protection. Ainsi, le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte sont l'objet d'une série de précisions destinées à encadrer la liberté interprétative des arbitres.⁵³ Compte tenu des largesses dont la signification de ces standards a été l'objet dans la pratique de l'arbitrage d'investissement, il est sans doute bienvenu que les parties imposent des bornes au pouvoir d'interprétation des tribunaux arbitraux; bornes qui pourront être resserrées,⁵⁴ ou étendues,⁵⁵ par l'intermédiaire du "Comité commerce" une fois l'accord entré en vigueur. Néanmoins, il n'est pas certain que ces précisions soient toujours elles-mêmes très précises et que la marge de manœuvre des arbitres, conseils et avocats impliqués dans les procédures arbitrales soit véritablement réduite. À titre d'illustration, parmi les "précisions" apportées au traitement juste et équitable, il est prévu qu'une violation de ce dernier peut être caractérisée en cas d'"arbitraire manifeste".⁵⁶ De même, lorsque des "actions particulières" de la part des parties sont à l'origine d'"espérances légitimes" que les investisseurs auraient pris en compte dans leur décision d'investir, les tribunaux doivent le prendre en compte dans l'application du traitement juste et équitable.⁵⁷ Il y a là, nous semble-t-il, des notions suffisamment indéterminées pour laisser aux acteurs du contentieux une influence certaine sur le contenu de la protection conventionnelle offerte par l'accord. Chose que, précisément, les négociateurs souhaitaient éviter.⁵⁸

III.2 LA JURIDICTIONNALISATION DU SYSTÈME ARBITRAL DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

Face au flot de critiques dont est l'objet l'arbitrage d'investissement depuis quelques années, la Commission européenne a été conduite à proposer une réforme de l'ensemble du système.⁵⁹ L'accord de libre-échange UE-Viêt Nam⁶⁰ est une illustration

⁵³ ALE, ch. 8, ch. 2, section 2, art. 14 et Annexe sur l'expropriation.

⁵⁴ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 5, art. 16.

⁵⁵ ALE, ch. 8, ch. 2, section 2, art. 14, par. 3.

⁵⁶ *Ibid*, art. 14, par. 2, litt. c).

⁵⁷ *Ibidem*, art. 14, par. 6.

⁵⁸ European Commission Factsheet, *Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)*, cit., p. 2.

⁵⁹ Proposition initialement émise dans le cadre des négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement avec les États-Unis. Le texte de la proposition est disponible sur le site internet de la Direction générale du commerce, trade.ec.europa.eu.

⁶⁰ On notera que trois mécanismes de règlement des différends sont prévus par l'accord: le mécanisme général (ALE, ch. 13), celui applicable au chapitre sur l'investissement et celui applicable au chapitre sur le commerce et le développement durable (ALE, ch. 15, art. 16-17). Seul le second, qui couvre les dispositions sur la protection des investissements et celles relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée dans la phase post-établissement qui se situent dans la section portant sur la libéralisation des investissements, sera l'objet des commentaires qui suivent.

très nette de cette proposition puisqu'y figure le système permanent et plus transparent de règlement des différends entre investisseurs et États dont la Commission vante les mérites. Trois éléments nous semblent devoir retenir l'attention pour mettre en lumière les innovations du système proposé par l'Union européenne: il s'agit, tout d'abord, de sa structure permanente à deux étages, ensuite, du renforcement de la transparence de son fonctionnement et, enfin, du mécanisme de désignation du défendeur s'agissant de l'Union européenne.

Le premier élément qu'il convient de souligner est la structure du règlement des différends à deux étages mise en place par l'accord. En effet, les requêtes à l'encontre d'une mesure⁶¹ d'une partie à l'accord sont d'abord⁶² examinées par le Tribunal permanent, en principe dans le cadre de "divisions" formées de trois arbitres désignés aléatoirement parmi les neuf personnes composant initialement le Tribunal permanent.⁶³ Lorsque, dans les quatre-vingt dix jours suivant l'adoption de la sentence provisoire du Tribunal permanent, une partie au litige décide de la contester,⁶⁴ cette requête est transmise au Tribunal permanent d'appel. Composé initialement de six personnes, ce dernier examine également les demandes dans le cadre de "divisions" formées par trois de ses membres.⁶⁵ A l'issue d'une procédure enserrée dans une succession de délais relativement brefs, la sentence définitive doit être appliquée par les parties comme s'il s'agissait d'un arrêt définitif d'une juridiction interne.⁶⁶

Concernant, ensuite, le renforcement tant attendu de la transparence du règlement des différends entre investisseurs et États, il faut reconnaître que l'accord de libre-échange prévoit une série d'avancées qui devraient contribuer à ce que l'opacité tant décriée de ce système soit substantiellement corrigée. En prévoyant l'application⁶⁷ des dispositions du nouveau règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États,⁶⁸ entré en vigueur le 1^{er} avril 2014, la publication, et donc la consultation,

⁶¹ Par "mesure", il faut entendre les actions et omissions de l'une des parties, v. ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 1, art. 1, par. 1.

⁶² A l'issue toutefois d'une période obligatoire de médiation et de consultations, v. ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 3, art. 9.

⁶³ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 4, art. 12. La procédure de nomination des arbitres a été profondément remaniée puisque ces derniers seront publiquement désignés par le "Comité commerce". De plus les arbitres sont soumis au respect des conditions éthiques et de bonne conduite énumérées par l'accord de libre-échange.

⁶⁴ Sur le fondement des seuls moyens d'appel prévus par l'accord, v. ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 5, art. 28.

⁶⁵ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 4, art. 13.

⁶⁶ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 5, art. 31.

⁶⁷ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 5, art. 20.

⁶⁸ CNUDCI, *Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, 2014, uncitral.org.

d'un nombre important de documents relatifs à chaque affaire devrait, en principe, désormais être possible.⁶⁹

Le troisième élément important réside dans l'art. 6 de la section consacrée au règlement des différends en matière d'investissements.⁷⁰ Il s'agit du mécanisme de désignation du défendeur du côté de l'Union européenne. Rappelons à ce sujet que, dans le cadre de l'arbitrage d'investissements, la détermination de la partie défenderesse du côté européen est l'objet d'une partie des dispositions du règlement (UE) 912/2014.⁷¹ Sans entrer trop dans les détails du mécanisme mis en place,⁷² il résulte de ce règlement que le défendeur est en principe celui qui a accordé le traitement mis en cause par l'investisseur.⁷³ Ainsi, sauf à ce que la Commission prenne une décision en sens inverse,⁷⁴ les États membres sont normalement en droit d'assurer leur propre défense lorsqu'ils sont l'auteur du fait prétendument illicite. Pour que ce système fonctionne réellement, il convenait néanmoins de lui donner un ancrage dans l'ordre juridique international. L'art. 6 précité remplit cet office et prévoit qu'il appartient à l'Union européenne de déterminer quel est le bon défendeur dans un délai de soixante jours suivant la réception de la demande d'arbitrage.⁷⁵ Cette décision lie le tribunal – permanent et d'appel –, le requérant et la partie européenne.⁷⁶ Une remarque s'impose à ce stade. Dans la mesure où l'accord de libre-échange n'est pas de nature mixte en l'état actuel,⁷⁷ seule l'Union est liée par les obligations internationales qu'il contient. On pourrait donc considérer que les États membres ne sont pas en mesure d'être internationalement responsables de sa violation, faute pour eux de s'être engagés conventionnellement.⁷⁸

⁶⁹ L'art. 7 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, relatif aux exceptions à la transparence, prévoit en effet une série d'exceptions dont la formulation laisse une marge d'appréciation importante aux parties et aux arbitres concernant la publication des documents.

⁷⁰ ALE, ch. 8, ch. 2, sect. 3, sus-section 3, art. 6.

⁷¹ Règlement (UE) 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie.

⁷² Pour une étude approfondie, v. A. DIMOPOULOS, *The Involvement of the EU in Investor-state Dispute Settlement: A Question of Responsibilities*, in *Common market law review*, 2014, p. 1671 *et seq.*

⁷³ Art. 4, par. 1 et art. 9, par. 1, Règlement 912/2014.

⁷⁴ Art. 9, par. 1, litt. a) et par. 2-3, Règlement 912/2014. On notera que les États membres sont en droit de refuser d'agir en tant que partie défenderesse. Il leur suffit pour cela de le notifier par écrit à la Commission. V. Art. 9, par. 1, litt. b), Règlement 912/2014.

⁷⁵ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 3, art. 6, par. 2.

⁷⁶ *Ibid*, par. 4-5.

⁷⁷ On rappelle qu'une procédure d'avis devant la Cour de justice au sujet de l'accord de libre-échange UE-Singapour est actuellement pendante. Les questions posées à la Cour de justice visent précisément à savoir si l'Union est exclusivement compétente pour conclure cet accord de libre-échange. Compte tenu des nombreuses similarités entre les accords de libre-échange UE-Singapour et UE-Viêt Nam, l'avis de la Cour pourrait imposer la mixité de l'ALE UE-Viêt Nam.

⁷⁸ V.A. DIMOPOULOS, *The Involvement of the EU*, cit., pp. 1683-1687.

Au surplus, n'ayant pas consenti à l'arbitrage, le tribunal saisi devrait se déclarer incompétent *ratione personae* dans l'hypothèse où l'un d'eux serait désigné partie défenderesse. Il nous semble pourtant que cette difficulté est écartée pour deux raisons principales. D'une part, le mécanisme d'arbitrage est institué par l'accord de libre-échange lui-même et la compétence des tribunaux est donc établie et circonscrite par l'ensemble de ses dispositions. D'autre part, l'art. 6 par. 4, permet vraisemblablement aux États membres d'agir en tant que partie défenderesse malgré le caractère purement européen de l'accord. En effet, il prévoit que la décision de désignation du défendeur s'impose aux tribunaux et que la partie défenderesse ne peut alléguer du défaut de compétence du tribunal saisi.⁷⁹ Il demeure que la question de l'attribution de la responsabilité internationale n'est pas résolue pour autant. En effet, puisque celle-ci requiert la réunion de deux conditions cumulatives, à savoir la violation d'une obligation internationale et l'attribution de cette violation,⁸⁰ seule l'Union européenne est à l'heure actuelle en position d'être responsable au niveau international d'une violation de l'accord de libre-échange. Une nouvelle difficulté réside alors dans la question de savoir si tous les comportements des États membres lui sont potentiellement attribuables. Il n'est pas possible dans le cadre de cette brève étude de proposer une analyse approfondie de cette épineuse question.⁸¹ Cependant, nous pensons qu'il s'agit là d'un réel enjeu des négociations en cours et à venir en matière d'investissements internationaux et qu'une solution à cette difficulté peut être trouvée dans la mixité des accords.

En conclusion, il n'est pas certain que les "améliorations" apportées par cet accord de libre-échange permettent de véritablement concilier les différents objectifs affichés par l'accord lui-même ainsi que par l'accord-cadre. Une impression de prévalence des objectifs économiques s'en dégage fortement. Cela n'est toutefois guère surprenant pour un accord de libre-échange. Néanmoins, la cohérence de l'action extérieure de l'Union aurait peut-être nécessité de renforcer les mécanismes destinés à lutter, chez les deux parties, contre d'éventuelles violations des éléments essentiels de l'accord-cadre. En effet, dans la mesure où l'effet direct de l'accord est explicitement proscrit, en tout cas pour la partie Union européenne,⁸² le bénéfice de ses dispositions dépend intégralement des mécanismes qu'il met en place. Or, ces derniers sont selon nous très insuffisants pour servir effectivement de protection en cas de violation des droits de l'homme ou des objectifs affichés en terme de développement durable. En revanche, il est certain que l'effet de substitution de l'accord de libre-échange à la multitude d'accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements liant des États

⁷⁹ ALE, ch. 8, ch. 2, section 3, sus-section 3, art. 6, par. 4.

⁸⁰ V. Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, art. 4, in *Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol. (II) 2.

⁸¹ Pour des éléments de réponse, v. A. DIMOPOULOS, *The Involvement of the EU*, cit., pp. 1683-1687.

⁸² ALE, ch. 17, art. X.19.

membres au Viêt Nam⁸³ est un élément de rééquilibrage des différents intérêts en présence. Ces derniers, trop exclusivement centrés sur la protection des investissements européens, vont en effet devoir laisser place à un système contenant certaines avancées. De là à dire que l'équilibre est trouvé et que le "nouveau" système de protection des investissements permet de répondre aux critiques qui l'assailent, il y a un pas qui dépend sans doute pour beaucoup des convictions de chacun.

⁸³ ALE, ch. 8, ch. 1, section 2, art. 20.