COMMISSION
EUROPÉENNE

Bruxelles, le 19.11.2019
COM(2019) 597 final

RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL

sur le fonctionnement du règlement (UE) nº 912/2014 relatif à la responsabilité financière liée au règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre des accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie

RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL

sur le fonctionnement du règlement (UE) nº 912/2014 relatif à la responsabilité financière liée au règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre des accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie

1. Introduction

Le 23 juillet 2014, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le règlement (UE) nº 912/2014 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 (ci-après le «règlement sur la responsabilité financière» ou le «RRF»). La base juridique du RRF est l'article 207 du TFUE concernant la politique commerciale commune, dont les investissements directs étrangers constituent une composante.

La Commission est l'institution de l'Union chargée de l'administration du règlement sur la responsabilité financière. Au sein de la Commission, le service responsable est la direction générale du commerce; le service juridique est chargé de représenter l'Union dans le cadre des procédures de règlement des différends et des étapes ultérieures éventuelles des litiges.

Le règlement sur la responsabilité financière définit des critères pour la détermination du statut de partie défenderesse et la répartition de la responsabilité financière entre l'Union et les États membres pour tout traitement pouvant donner lieu à l'octroi d'une indemnisation pécuniaire à la suite d'une procédure de règlement des différends entre investisseurs et États.

En général, la responsabilité financière incombe à l'entité responsable du traitement qui donne lieu à l'indemnisation. Cela implique que l'Union supporte la responsabilité financière lorsque le traitement en cause est accordé par une institution, un organe, ou un organisme de l'Union, tandis qu'un État membre assume la responsabilité financière lorsqu'il a lui-même accordé le traitement en cause. Toutefois, dans le cas où l'État membre agit d'une manière prescrite par le droit de l'Union, par exemple en transposant une directive de l'Union, l'Union elle-même assume la responsabilité financière dans la mesure où le traitement en cause est requis par le droit de l'Union.

En ce qui concerne le statut de partie défenderesse, la règle générale est que la partie à laquelle incombe la responsabilité financière agit également en qualité de partie défenderesse dans un différend. Toutefois, il existe des circonstances particulières dans lesquelles l'Union agit en qualité de partie défenderesse lorsque l'État membre assume la responsabilité financière. C'est par exemple le cas lorsqu'un État membre préfère que l'Union agisse en qualité de partie défenderesse (par exemple en raison de l'expertise technique requise dans le cadre du différend), lorsque l'affaire concerne également un traitement requis par le droit de l'Union accordé par un État membre, ou lorsqu'un traitement similaire est soumis à la procédure de règlement des différends de l'OMC et qu'il est nécessaire d'assurer une argumentation cohérente.

Le règlement sur la responsabilité financière comporte des dispositions visant à garantir que, lorsque l'Union agit en qualité de partie défenderesse dans des affaires concernant un traitement accordé par un État membre, l'État membre concerné et l'Union travaillent en étroite coopération dans la conduite de la procédure de règlement des différends, conformément à l'obligation de coopération loyale visée à l'article 4, paragraphe 3, du traité

sur l'Union européenne. Cette obligation implique également de tenir compte de la défense et de la protection des intérêts de l'État membre concerné, d'échanger en temps utile des informations et des documents pertinents, de procéder à des consultations fréquentes et de participer à la délégation dans le cadre de la procédure.

Le règlement sur la responsabilité financière prévoit également des procédures permettant aux États membres et à la Commission de conclure des arrangements pour le paiement des frais de procédure et des sentences accordant une indemnisation pécuniaire, afin de garantir que les ressources de l'UE ne soient pas, même temporairement, indûment grevées. En particulier, la Commission et l'État membre concerné sont tenus de conclure des arrangements pour le paiement périodique des frais et pour le paiement de toute indemnisation. Si la responsabilité financière n'est pas acceptée par l'État membre concerné, la Commission peut lui adresser une décision lui enjoignant de verser au budget de l'Union les montants correspondants, majorés des intérêts dus.

Enfin, le RRF définit des procédures et des conditions pour le règlement des différends lorsque des accords transactionnels sont dans l'intérêt de l'Union. Pour les cas qui n'engagent que la responsabilité financière de l'Union, c'est la Commission qui décide du règlement. Lorsqu'une affaire porte également sur un traitement accordé par un État membre, le règlement du différend nécessite l'accord de l'État membre. La Commission n'est en mesure de régler un tel différend que si l'accord transactionnel n'a pas d'incidence financière ou budgétaire pour l'État membre concerné.

Tout au long des différentes étapes d'un différend, le règlement sur la responsabilité financière impose à la Commission des obligations d'information vis-à-vis du Parlement européen et du Conseil, par exemple lorsqu'elle est saisie d'une demande de consultations présentée par un demandeur ou reçoit un avis par lequel un demandeur fait part de son intention d'engager une procédure de règlement d'un différend.

2. Champ d'application actuel du règlement sur la responsabilité financière

Le règlement sur la responsabilité financière s'applique aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États menées dans le cadre d'accords auxquels l'UE est partie. Actuellement, dans l'attente de la ratification et de l'entrée en vigueur d'accords prévoyant un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, par exemple les accords bilatéraux avec le Canada (AECG), Singapour et le Vit Nom, le RRF ne s'applique effectivement qu'aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États engagées contre l'UE au titre du traité sur la Charte de l'énergie (TCE). L'Union est partie contractante au TCE depuis sa ratification en 1998.

3. Procédures engagées contre l'Union au titre du traité sur la Charte de l'énergie

À ce jour, une procédure de règlement des différends en matière d'investissements a été engagée contre l'Union au titre du traité sur la Charte de l'énergie. En outre, l'Union a reçu plusieurs demandes de consultations au titre de l'article 26 du TCE, qui n'ont pas encore atteint le stade du litige formel. Toutes ces procédures font l'objet d'une description plus détaillée ci-dessous.

a. Plaintes introduites par Prosisa et Pistil Corporation concernant le régime espagnol d'aide aux énergies renouvelables (2015)

En 2015, la Commission a reçu deux demandes de consultations au titre de l'article 26 du TCE, respectivement de la part de la société suisse Prosisa AG et de la société néerlandaise Pistil Corporation BV. Le 7 octobre 2015, la Commission en a informé le Parlement européen et le Conseil conformément aux articles 4 et 7 du règlement sur la responsabilité financière.

Les deux entreprises avaient réalisé des investissements dans les secteurs photovoltaïque et éolien ainsi que dans la production d'énergie renouvelable à partir de la biomasse sur le territoire espagnol, et leurs plaintes concernaient la décision de l'Espagne de modifier son régime d'aide aux énergies renouvelables. En parallèle, les entreprises avaient également engagé une procédure à l'encontre de l'Espagne. Elles ont essentiellement affirmé que la Commission a enfreint le principe du traitement loyal et équitable consacré à l'article 10 du TCE en intervenant devant les tribunaux d'arbitrage constitués au titre du TCE et en faisant valoir que le TCE ne s'appliquait pas aux relations entre un État membre de l'UE et un investisseur d'un autre État membre.

Des consultations au titre de l'article 26, paragraphe 1, du TCE ont eu lieu le 1er décembre 2015 entre les investisseurs et la Commission. La Commission a précisé qu'elle estimait qu'il n'existait aucune base juridique valable permettant aux entreprises de poursuivre leurs litiges contre l'Union.

Les entreprises ont abandonné leurs plaintes à l'encontre de l'UE.

b. Plaintes de Nord Stream 2 concernant la modification de la directive sur le gaz (2019)

Le 12 avril 2019, Nord Stream 2 AG, filiale de Gazprom constituée en Suisse, a adressé une lettre à la Commission demandant des éclaircissements sur l'application du régime dérogatoire prévu par la directive (UE) 2019/692 du 17 avril 2019 modifiant la directive 2009/73/CE sur le gaz (ci-après la «directive modifiant la directive sur le gaz»)[1]. Dans cette lettre, Nord Stream 2 a également notifié à la Commission une infraction alléguée au TCE et a demandé à l'UE de tenter de parvenir à un règlement à l'amiable conformément à l'article 26, paragraphe 1, du TCE. Conformément à l'article 4 du règlement sur la responsabilité financière, le Conseil et le Parlement européen ont été informés de ces éléments le 13 mai 2019.

Nord Stream 2 AG a fait valoir qu'elle devrait pouvoir bénéficier d'une dérogation, en vertu de la directive sur le gaz modifiée, aux règles relatives à la dissociation, à l'accès des tiers et à la tarification applicables en vertu de la directive sur le gaz, car une telle dérogation lui permettrait de récupérer l'investissement réalisé, respectant ainsi ses attentes légitimes. Elle a fait valoir que si elle ne pouvait bénéficier d'une dérogation au titre de la directive modificatrice et si aucune autre mesure n'était prise pour la placer dans une position équivalente, cela constituerait une violation des obligations de l'UE au titre du TCE, en particulier des articles 10 et 13 de celui-ci. Nord Stream 2 AG a également fait valoir qu'en tant qu'entreprise ayant son siège social et pratiquant des activités commerciales importantes à Zoug, en Suisse, elle devait être considérée comme un investisseur d'une partie contractante au titre du TCE.

[1] Directive (UE) 2019/692 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 modifiant la directive 2009/73/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JO L 117 du 3.5.2019, p. 1.

Des consultations entre la Commission et Nord Stream 2 ont eu lieu le 25 juin 2019. La Commission européenne a réservé sa position sur la question de savoir si elle considère que Nord Stream 2 a qualité pour agir dans le cadre du TCE dans l'attente de la présentation de preuves concrètes par l'investisseur de ses activités commerciales en Suisse. Elle a également informé l'investisseur qu'elle considère la directive 2019/692 comme non discriminatoire et conforme aux obligations internationales de l'UE au titre du TCE. Sur la question de savoir si Nord Stream 2 serait admissible au bénéfice d'une dérogation, la Commission a rappelé les règles de la directive modifiant la directive sur le gaz, notamment que les autorités compétentes des États membres décideront de l'octroi de dérogations sur la base des règles nationales transposant la directive et des demandes individuelles.

La Commission a eu d'autres échanges écrits avec Nord Stream 2 les 8 juillet, 26 juillet et 6 août 2019. Le 25 juillet 2019, Nord Stream 2 a introduit un recours en annulation de la directive (UE) 2019/692 devant le Tribunal (affaire T-526/19). Le 26 septembre 2019, Nord Stream 2 a déposé un avis d'arbitrage contre l'Union conformément à l'article 26, paragraphe 2, point c), et paragraphe 4, point b), du TCE. Le 1er octobre 2019, la Commission en a informé le Parlement européen et le Conseil conformément à l'article 4 du règlement sur la responsabilité financière.

Dans l'avis d'arbitrage, Nord Stream 2 AG allègue que la directive (UE) 2019/692 (ci-après la «directive modificatrice») et l'action de l'UE en relation avec la directive modificatrice violent les obligations de l'UE au titre du TCE, en particulier l'article 10, paragraphes 1 et 7, et l'article 13 du TCE.

c. Plaintes d'investisseurs britanniques pour le compte d'AS PNB Banka contre les exigences réglementaires établies par la Banque centrale européenne (2019)

Le 2 mai 2019, la Commission a reçu une lettre, conformément à l'article 26, paragraphe 1, du TCE, envoyée par des investisseurs russes (de nationalité britannique) au nom de la banque lettone AS PNB Bank, concernant certaines décisions de la Banque centrale européenne (BCE) qui imposaient des exigences réglementaires à la banque et qui auraient des répercussions sur leur investissement dans une centrale éolienne en Lettonie, Winergy.

En particulier, les investisseurs ont fait valoir qu'un projet de décision de la BCE du 17 mai 2019 imposant des délais à AS PNB Bank pour résoudre son exposition à Winergy et pour atteindre certains seuils d'adéquation des fonds propres a entraîné le retrait de la licence de la banque et la dépossession de leurs investissements dans Winergy. Les investisseurs ont déclaré que, par ses actions, l'Union menaçait la pérennité et la sécurité de leurs investissements dans Winergy, en violation des obligations de l'UE et de la Lettonie au titre de la partie III du TCE.

Le Parlement européen et le Conseil ont été informés de ces allégations le 24 mai 2019.

Le 28 juin 2019, la Commission a adressé une lettre aux investisseurs, dans laquelle elle estimait qu'ils n'avaient pas qualité pour engager une procédure contre l'UE au titre du TCE, les investisseurs étant des ressortissants de l'UE, et suggérait le retrait des plaintes.

4. Transparence dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États engagées à l'encontre de l'Union européenne

La Commission européenne est soucieuse d'assurer le plus haut degré de transparence dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États engagées contre l'Union. Ces dernières années, la Commission a radicalement réformé l'approche de l'Union en matière de règlement des différends relatifs aux investissements par l'intermédiaire d'un certain nombre d'initiatives. Celles-ci comprennent la négociation de règles de transparence, ayant mené à l'adoption du règlement de la CNUDCI sur la transparence en 2013, ainsi que l'intégration de ces règles dans les dispositions relatives aux systèmes juridictionnels des investissements établis dans les accords bilatéraux de l'UE avec le Canada, Singapour, le Vit Nom et le Mexique.

L'Union européenne a également participé à la négociation de la convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (ci-après la «convention de Maurice», New York, 2014), une convention des Nations Unies prévoyant l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence aux plus de 3 000 traités bilatéraux d'investissement existants. La Commission avait demandé l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence au TCE par le biais de la convention de Maurice et a présenté une proposition de décision du Conseil autorisant l'UE à signer la convention de Maurice en janvier 2015. Toutefois, jusqu'à présent, le Conseil n'a pas approuvé l'adoption de la proposition de la Commission. Par conséquent, l'application du règlement sur la transparence aux différends relevant du TCE n'est pas obligatoire à l'heure actuelle.

La Commission a néanmoins pris des initiatives pour assurer le degré de transparence le plus élevé possible concernant les plaintes des investisseurs ayant été portées à son attention jusqu'à présent. Elle a publié les derniers échanges entre les investisseurs et la Commission sur le site Internet de la DG Commerce (https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/investment-disputes/). Si les investisseurs décident de soumettre leurs plaintes à l'arbitrage, la Commission entend continuer à appliquer les normes de transparence, en cherchant à obtenir l'accord des investisseurs pour publier leurs demandes et en organisant des audiences publiques.

***