

L'ACCORD GLOBAL SUR LES INVESTISSEMENTS ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET LA CHINE, RÉVÉLATEUR DU FUTUR INCERTAIN DU DROIT EUROPÉEN DE L'INVESTISSEMENT

Matthieu BURNAY

Senior Lecturer à la Queen Mary University of London

et

Florian COUVEINHES MATSUMOTO

Maîtres de conférences à l'ENS (Ulm),

CTAD (UMR 7074) et IHEI (Université Panthéon-Assas)

Durant les dix dernières années, les relations de commerce et d'investissement ont été marquées de manière croissante par des ruptures géopolitiques. Du côté de l'Union européenne (UE), la Présidente de la Commission Ursula Von der Leyen a affirmé dès son intronisation en 2019 qu'elle souhaitait diriger une Commission géopolitique¹, et le 14 mars dernier, le Haut Représentant à l'action extérieure de l'UE Josep Borell déclarait pour sa part, tout simplement, que « le réveil géopolitique de l'Union [devait devenir] une permanence stratégique »². En pratique, l'accroissement des clivages géopolitiques des dix dernières années a concordé avec le lien de plus en plus manifeste entre le type de politiques économiques menées par les États, y compris dans leurs rapports, et les catastrophes écologiques en cours. Il a également grossièrement concordé avec le passage de négociations économiques ayant principalement lieu à l'OMC sous la forme de cycles multilatéraux, à des négociations plus heurtées dans le temps et essentiellement bilatérales ou plurilatérales, d'accords méga-régionaux de commerce et d'investissement. Pour l'UE, la négociation et conclusion de tels

¹ Discours d'U. VON DER LEYEN, présidente de la Commission européenne à la session plénière du Parlement européen, 7 novembre 2019, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/president-elect-speech-original_1.pdf.

² K. R. MCNAMARA, « The E.U. is turning geopolitical. Is Venus becoming Mars », 17 Octobre 2022, available at <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/10/17/eu-annihilate-russia-putin-borrell/>.

accords ont signifié le renforcement de sa dimension externe, ainsi que le renforcement et parfois aussi le conditionnement de ses liens avec des États étrangers. Certaines négociations comme celles menées avec les États-Unis ou avec l'Inde n'ont pas abouti, ni même avancé substantiellement³, tandis que d'autres, comme celles ayant débouché sur l'AECG/CETA ou le JEFTA (l'accord avec le Japon) ont été mis en avant par la Commission européenne comme la démonstration de sa capacité à projeter sur un plan mondial sa vision de la réglementation de l'économie et son identité politico-économique.

Dans le même temps, il est clair qu'un certain désenchantement caractérise la politique extérieure de l'UE en matière d'investissement et de commerce. Même si l'UE continue d'exporter ses normes et principes, « *the EU has moved away from external action centered on the wholesale export of its rules toward lighter forms of diplomatic dialogue* »⁴. Cette tendance trouve aussi sa source dans la contestation, à l'intérieur même de l'Union, du régime de protection des investisseurs prévu par les traités, de l'opacité et de la fermeture des négociations à leur origine, et du rejet populaire et parlementaire massif du privilège que constituent les tribunaux « classiques » d'investissement. Dans une mesure importante, ces trois points catalysent aujourd'hui les critiques formulées au nom des « perdants de la mondialisation » et du souci de freiner les effondrements écologiques, en Europe mais tout autant par exemple aux États-Unis ou en Amérique latine. Dans son récent ouvrage *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Gus Van Harten décrit ainsi les traités d'investissements traditionnels comme « *flawed fundamentally because they firmly institute wealth-based inequality under international law* »⁵. Dans un ouvrage encore plus récent, *Investment Law's Alibis – Colonialism, Imperialism, Debt and Development*, David Schneiderman montre que les principaux arguments et récits employés pour justifier le traitement normatif et juridictionnel privilégié des investisseurs étrangers ont globalement été les mêmes arguments et récits racistes et arrogants qui ont justifié le colonialisme, les capitulations, et – ce qui a spécialement marqué et marque toujours le rapport de la Chine à l'Europe – l'imposition de

³ J. WOUTERS, I. GODDEERIS, B. NATENS ET F. CIORTUZ, « *Some Critical Issues in the EU–India Free Trade Agreement Negotiations* », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, p. 848 ; L. CURRAN, K. NADVI, S. KHORANA, « *Building on open economy politics to understand the stalled EU–India trade negotiations* », *International Affairs*, 2021, vol. 97, p. 1883.

⁴ R. YOUNGS, « *The Awakening of Geopolitical Europe?* », Carnegie, 28 July 2022, available at <https://carnegieeurope.eu/2022/07/28/awakening-of-geopolitical-europe-pub-87580>.

⁵ G. VAN HARTEN, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, OUP 2020.

concessions consulaires par la guerre et les traités inégaux⁶, l'intervention armée pour des motifs économiques, l'ouverture forcée des marchés, *etc*⁷.

La saga politique autour de l'adoption de l'AECG/CETA en 2014-2015 constitue une bonne illustration des critiques internes à l'UE. Au-delà des contestations plus générales d'un modèle qui pousse en permanence vers l'expansion des relations commerciales et d'investissement, donc vers l'accroissement de la production et de la consommation, l'AECG a aussi témoigné de l'importante crise de légitimité des traités de protection des investisseurs et spécialement des tribunaux arbitraux chargés de leur mise en œuvre. Elle a mis en lumière l'opacité et le déficit démocratique qui caractérisent les négociations et l'adoption de tels traités⁸. Au-delà du blocage institutionnel, les turbulences autour de l'AECG ont aussi mené à une réflexion plus large, symbolisée par l'adoption de la Déclaration de Namur, qui a mis en avant la nécessité de « respect des procédures démocratiques », de « respect des législations socio-économiques, sanitaires et environnementales », ainsi que « la garantie de l'intérêt public dans le cadre de la résolution des différends »⁹. Nombres de ces questions n'ont, à ce jour, pas été résolues. Même si depuis 2015 la Commission européenne défend dans ses accords une nouvelle forme de mécanisme de règlement des différends moins problématique en matière d'investissement (le « système de cour d'investissement »), la saga de l'AECG n'a pas conduit à une réforme profonde des mécanismes institutionnels de négociation des traités : « *CETA therefore failed to bring about a new constitutional settlement over trade, whereby peoples and*

⁶ Sur ce lien, v. F. COUVEINHES MATSUMOTO, « La nature des “concessions” étrangères : des modes de protection des civilisés en Barbarie, ou la traduction juridique d'une certaine idée des relations transnationales ? (Wellington Koo) », IHEI, *Les grandes pages de la doctrine*, vol. III, *Les espaces en droit international public*, Paris Pedone, 2018, pp. 37-94. V. également l'intéressant CHI-MONG HOU, *Foreign Investment and Economic Development in China – 1840-1937*, Cambridge, Massachusetts, Harvard UP, coll. « Harvard East Indian Series », 1965 qui confirme que les entreprises et États Occidentaux tendaient à considérer que leurs Droits nationaux s'étendaient à la Chine entière (p. 104), qu'en pratique (sauf en matière de mines où les conflits entre la Chine et les investissements étaient d'ailleurs résolus par voie d'arbitrage cf. pp. 110 *in fine* et ss.), l'État chinois ne parvenait presque jamais à imposer ses règles, notamment fiscales, aux entreprises occidentales en Chine, ou alors uniquement avec leur consentement et à leurs conditions (pp. 104-105). Par exemple, les premiers chemins de fer en Chine ont été réalisés par les Occidentaux (avec des intentions politico-militaires davantage que commerciales) à partir de 1865 malgré l'opposition claire et répétée des autorités chinoises (pp. 60 et s.). Les garanties conventionnelles des investissements portaient surtout sur la question de savoir quel serait l'État occidental qui disposerait de droits exclusifs sur tel ou tel domaine, les conventions conclues entre la Chine et les États occidentaux et surtout entre États occidentaux à propos des investissements réalisés organisant en réalité des sphères d'influence (pp. 106 et s.).

⁷ D. SCHNEIDERMAN, *Investment Law's Alibis*, CUP, 2022.

⁸ F. COUVEINHES MATSUMOTO « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AECG/CETA », *RGDIP*, 2017, vol. 121, n°1, pp. 69-85 (+ documents pp. 277-287), p. 83.

⁹ *Déclaration de Namur* du 5 décembre 2015.

their representatives would have a greater say »¹⁰. En témoignent l'absence de débat public sur la conclusion des accords commerciaux et de protection des investissements avec le Japon, Singapour, et le Vietnam, ou la négociation actuelle avec le MERCOSUR ou – sans que cela soit mis sur le devant de la scène – avec les États-Unis. De plus, le travail de la Commission européenne visant à établir une Cour multilatérale des investissements n'a pour l'instant pas reçu le large soutien international escompté¹¹, et notamment pas le soutien de la République populaire de Chine (ci-après « la Chine »).

Comment la Chine envisage-t-elle ces débats et le Droit européen des investissements qui en fait l'objet? Son positionnement vis-à-vis du Droit européen des investissements est façonné, d'un côté par ses intérêts économiques immédiats et ceux de ses grandes entreprises, de l'autre par leurs intérêts économiques *et non-économiques* de court *et de long terme*, tels qu'interprétés par le Parti communiste chinois. De ce point de vue, le contexte global est, d'un côté une Chine qui tente – en particulier depuis une quinzaine d'années – d'assurer l'expansion transnationale de ses grandes entreprises, notamment dans le domaine des hautes technologies, une Chine qui tente également de reprendre le *leadership* de la mondialisation économique par le Droit – de la déréglementation du commerce et de la protection des investisseurs transnationaux – depuis que Donal Trump a décidé que les États-Unis ne le joueraient plus, et d'un autre côté une Chine qui sur le plan géopolitique et géo-idéologique a décidé, en particulier depuis l'arrivée au pouvoir de Xi Jinping en 2013, de prendre ses distances et même de s'opposer globalement à l'Occident.

C'est contre les États-Unis bien davantage que contre l'UE que la Chine entend se positionner dans la lutte d'influence qui se joue dans le Pacifique ou dans les institutions internationales ; et ce sont les États-Unis bien davantage que l'UE qui considèrent la Chine comme le digne successeur de l'URSS, des Talibans et d'Al Qaida, autrement dit comme la nouvelle tête de pont de « l'axe du mal » par rapport auquel ils se définissent. Il n'en reste pas moins que depuis 2019 l'UE considère la Chine comme un partenaire et un concurrent économique mais également comme un « rival stratégique promouvant des modèles alternatifs de gouvernance »¹². Une telle qualification de la Chine par l'UE est le résultat

¹⁰ A. CRESPIY, J. RONE, « Conflicts of sovereignty over EU Trade Policy: A New Constitutional Settlement? », *Comparative European Politics*, 2022, p. 19.

¹¹ V. I. HALLAK, European Parliament Research Service, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI\(2020\)646147_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI(2020)646147_EN.pdf).

¹² En effet, le rapport *EU-China – A Strategic Outlook* du 12 mars 2019 fait de la Chine « a cooperation partner », « a negotiating partner », « an economic competitor » mais aussi « a systemic rival promoting alternative models of governance ». Ces qualifications, nettement plus dures que celles employés dans le *2016 EU Strategy on China*, sont à mettre en relation avec le rapport de la *National Security Agency* états-unienne de 2017, qui qualifie la Chine de « puissance révisionniste ».

d'un État-Parti qui identifie « l'universalisme » comme une menace¹³, adopte des politiques fragilisant l'existence du principe « Un pays, deux systèmes » à Hong Kong¹⁴, développe des outils de surveillance et de répression de masse, en général et en particulier dans la province du Xinjiang¹⁵, et exerce de plus en plus de pression sur son voisin taïwanais. De telles pratiques forcent l'UE à être prudente à l'égard des investissements souhaités par des entités économiques chinoises proches du PCC ou contrôlées par lui, notamment dans les infrastructures et les nouvelles technologies numériques.

Même si elle était aisée du point de vue Droit international (ce qu'elle n'est assurément pas), la fermeture complète de l'UE aux investissements chinois ne constitue pas une option politique possible et raisonnable à court terme. D'abord, l'UE et ses États membres ne peuvent ignorer qu'en adoptant dans les années 1980-1990 (ou même avant, qu'on pense à l'accord multifibre de 1974) des règles favorisant la délocalisation de leurs entreprises dans les États où les salaires sont bas, les droits syndicaux et la législation environnementale limités ou violés impunément, ils ont organisé le départ d'un très grand nombre de leurs usines, dans des secteurs comme l'industrie ou le textile. Ce faisant, et comme l'a montré de manière tragique la crise de la COVID 19, ils ont placé une grande partie de leur économie – et ainsi une grande partie de la santé de leurs populations et de leur sécurité – dans la dépendance de l'économie chinoise et donc de la politique chinoise. Désormais, il est bien clair que si l'UE se fermait brutalement aux investissements chinois, les mesures chinoises de rétorsion seraient extrêmement préjudiciables, à la fois aux consommateurs européens, aux investissements européens en Chine et aux entreprises européennes en général. Ensuite, il serait difficile à l'UE et à ses États membres de se fermer entièrement aux investissements chinois dans la mesure où tant la politique extérieure continue des Communautés puis de l'Union européennes, que le projet des États à l'origine même de ces institutions européennes consiste dans la promotion et l'organisation juridique de la multiplication des flux de produits, de services et de facteurs de production (travailleurs et capitaux). Une forte atténuation de cette orientation et peut-être même une révision radicale de celle-ci pour des raisons stratégiques ou environnementale est sans doute indispensable à moyen terme, ce dont les dirigeants européens se rendent péniblement compte, mais on ne voit pas comment elle pourrait avoir lieu à court terme sans engendrer

¹³ *A Notice from the Central Committee of the Communist Party of China's General Office, Communiqué on the Current State of the Ideological Sphere, Document 9: A ChinaFile Translation*, 22 avril 2013.

¹⁴ V. F. COUVEINHES MATSUMOTO, M. BURNAY, « *One country, two (successive) international status? The evolution of Hong Kong's international positioning from Western imperialism to Chinese authoritarianism* », *German Yearbook of International Law*, 2021, vol. 64, Focus: China and International Law, à paraître.

¹⁵ V. D. BYLER, *In the Camps: Life in China's High-Tech Penal Colony*, Atlantic Views, 2022.

des dommages extrêmement étendus. Surtout, la Commission européenne ne l'envisage pas sérieusement et reste focalisée sur la conclusion d'accords visant à *accroître encore* les interdépendances des entreprises et citoyens chinois et européens.

De manière patente, telle était son état d'esprit lorsqu'en 2012, à l'occasion du 14^e sommet UE-Chine, elle lança avec son partenaire chinois les négociations de l'accord global UE-Chine sur les investissements (AGI, CAI en anglais). Dans un communiqué de presse conjoint les deux parties avaient alors mis en avant le fait que leur Partenariat Stratégique entraînait dans une « nouvelle étape importante de développement »¹⁶ et que la conclusion d'un accord d'investissement « riche dans sa substance »¹⁷ serait un instrument très important pour atteindre cet objectif. L'entame de ces négociations en février 2012 constitue un tournant de différents points de vue. Tout d'abord, celles-ci impliquent une tentative d'ancrer dans le Droit une relation qui, jusqu'à ce jour, était exclusivement régie par des déclarations politiques tenues lors des sommets bilatéraux annuels ou encore dans le cadre des nombreux mécanismes de coopération sectoriels. En l'absence de traité multilatéral sur les investissements, la négociation d'un accord bilatéral semblait être la meilleure solution pour augmenter le niveau de protection et renforcer le flux des investissements bilatéraux. En ce sens, l'adoption d'un accord sur les indications géographiques protégées (IGP) en 2019 a été stimulé par la même logique, à savoir un engagement d'ancrer dans le Droit la protection de cent IGP chinoises et cent IGP européennes, ceci en l'absence d'un cadre institutionnel et législatif au niveau international¹⁸. Ensuite, du point de vue du Droit européen, l'AGI constitue une première tentative de négociation d'un accord d'investissement indépendant d'un traité commercial depuis l'obtention par l'UE de cette compétence à travers le nouvel article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'UE. Ainsi la négociation de l'AGI vise à remplacer les vingt-cinq accords d'investissement bilatéraux qui existent entre les États membres de l'UE et la Chine¹⁹. Ces accords constituent pour la plupart des traités d'investissement d'ancienne génération qui ne s'inscrivent pas dans la logique du « commerce pour tous » telle que présentée par l'UE en 2015²⁰ et confirmée plus tard dans la Communication de la Commission portant sur le

¹⁶ Paragraphe 1.

¹⁷ Paragraphe 11.

¹⁸ *Agreement Between the European Union and the Government of the People's Republic of China on Cooperation on, and Protection of, Geographical Indication*, 9 juillet 2020, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8361-2020-INIT/en/pdf>. V. par ex. G. GAGLIANI, « Indications géographiques et dénominations génériques en droit du commerce international : une *conditio sine qua non* ? », *Revue internationale de droit économique*, 2020, vol. 34, n°2, pp. 155-181.

¹⁹ Tous les États membres, à l'exception de l'Irlande, disposent d'un tel accord.

²⁰ Trade for All: Towards a more responsible trade and investment policy - COM/2015/0497 final.

« Réexamen de la politique commerciale – Une politique commerciale ouverte, durable et ferme »²¹. Ces accords anciens ne contiennent ainsi pas d'engagement de protection de l'environnement ni de protection des travailleurs. De plus ces accords incluent encore des mécanismes de protection des investissements sous la forme d'arbitrages investisseur-État qui ne prennent pas en considération la réorientation européenne en la matière.

Il a fallu trente-cinq cycles de négociations pour qu'un accord entre la Chine et l'UE soit finalement conclu « en principe » en décembre 2020. La conclusion d'un tel accord à cette époque a surpris car l'humeur était alors au pessimisme. Même si Ursula Von der Leyen avait invité la direction générale (DG) Commerce de l'UE à accélérer le processus de négociations en vue d'une conclusion pour la fin de l'année 2020²², le sommet UE-Chine de septembre 2020 avait été décrit comme un non-sommet²³ et la Présidence française de l'UE avait souligné en 2019 que la naïveté de l'UE en matière commerciale envers la Chine était terminée²⁴. Surtout, le climat était celui de la crise sanitaire dans laquelle le sentiment d'indépendance et d'auto-suffisance de la Chine contrastait avec celui d'une Europe forcée à s'interroger sur son autonomie stratégique et sur ses valeurs à une heure où elles étaient fragilisées en interne et contestées en externe par la Chine.

Différents facteurs expliquent la conclusion de l'accord²⁵. Un facteur géopolitique d'abord. Il semble, en effet, que la transition à venir à la Présidence des États-Unis ait constitué un facteur d'accélération dans les négociations bilatérales. Selon la Chine et l'Allemagne en particulier, un accord d'investissement bilatéral était plus simple à justifier sous la Présidence de Donald Trump que sous celle, possiblement à venir, de Joe Biden. L'atmosphère générale à Bruxelles à la fin de l'année 2020 était fortement nourrie de l'espérance qu'un mauvais chapitre dans les relations transatlantiques était en passe de se conclure

²¹ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions, « Réexamen de la politique commerciale – Une politique commerciale ouverte, durable et ferme », 18 Février 2021, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5bf4e9d0-71d2-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF.

²² U. VON DER LEYEN, « *Mission of Letter to Phil Hogan – Commissioner for Trade* », 1er décembre 2019, p. 5, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/default/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-phil-hogan-2019_en.pdf.

²³ A. GARCÍA-HERRERO, « *Non-summit shows EU-China ties at new low* », 15 Septembre 2020, available at Non-summit shows EU-China ties at new low (bruegel.org).

²⁴ J. ISHIKAWA, M. MORIMOTO, T. TAKAHASHI, « *European "naivete" on China is over; Macron says* », 23 mars 2019, <https://asia.nikkei.com/Politics/International-relations/European-naivete-on-China-is-over-Macron-says>.

²⁵ M. BURNAY and K. RAUBE, « *Obstacles, Opportunities, and Red Lines in the European Union: Past and Future of the CAI in times of (Geo)-politicisation* », *Journal of World Investment and Trade*, 2022, vol. 23, p. 675.

et que des liens allaient être réparés et même renforcés²⁶. Ensuite, il apparaît que l'Allemagne a joué un rôle critique dans les dernières semaines qui ont mené à la conclusion « en principe » de l'accord²⁷. Puissance d'investissement européenne principale en Chine, encouragée par l'industrie automobile allemande, la conclusion des négociations constituait une importante victoire pour la Présidence allemande de l'UE. Des commentaires concordants laissent ainsi à penser qu'Angela Merkel s'était mis d'accord avec Emmanuel Macron pour que l'accord puisse atteindre le stade de la ratification lors de la présidence française du Conseil de l'UE durant la première partie de l'année 2022. Enfin, la conclusion de l'accord fut aussi rendue possible par le cadre des institutions européennes en général et de la Commission européenne en particulier²⁸. En effet, malgré l'obligation de cohérence prévue par le Traité sur l'UE, le cadre institutionnel de l'UE permet souvent aux institutions européennes de fonctionner en silos et de se concentrer sur certaines politiques européennes particulières au détriment des autres. Ainsi, dans le cadre des négociations de l'AGI, la Direction Générale Commerce et la commission du commerce international (INTA) du Parlement européen ont pu se permettre de se concentrer sur la conclusion de l'accord sans trop se préoccuper des autres dimensions de l'action extérieure de l'UE vis-à-vis de la Chine.

La conclusion de l'accord, qui fut accompagnée de réactions contrastées au niveau des États membre de l'UE et ouvertement critiquée par certains partenaires stratégiques tels que les États-Unis, laissa peu de place à l'euphorie. En effet, des éléments de fait de plus en plus probants révélèrent la commission de violations des droits de l'homme massives dans la Province du Xinjiang²⁹ de sorte que, sur la base d'un règlement européen adopté en décembre 2020, le Conseil de l'UE adopta des sanctions contre quatre individus chinois et une entité chinoise³⁰, suspectés d'être impliqués dans des comportements susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité. En réaction, la Chine adopta des

²⁶ Sur ce sujet : C. ADEBAHR, D. BAER, R. BALFOUR, *et alii*, « *How the Transatlantic Relationship Has Evolved, One Year Into the Biden Administration* », 20 janvier 2022, <https://carnegieeurope.eu/2022/01/20/how-transatlantic-relationship-has-evolved-one-year-into-biden-administration-pub-86213>.

²⁷ J. JAKÓBOWSKI, « *CAI and the Fate of the China-Germany-CEE Industrial Triangle* », China Observers in Central and Eastern Europe, 2 June 2021, available at <https://chinaobservers.eu/cai-and-the-fate-of-china-germany-cee-industrial-triangle/>.

²⁸ Th. CHRISTIANSEN, « *Intra-Institutional Politics and Inter-Institutional Relations in the EU: Towards Coherent Governance?* », *Journal of European Public Policy*, 2001, vol. 8, pp. 747-69.

²⁹ Pour le rapport le plus récent produit par les Nations unies, v. OHCHR, *Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China*, 31 août 2022.

³⁰ Règlement d'exécution (UE) 2021/478 du Conseil en date du 22 mars 2021 mettant en œuvre le règlement (UE) 2020/1998 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits.

sanctions contre « dix individus et quatre entités de l'UE qui [avaient] », selon elle, « sévèrement porté atteinte à la souveraineté et aux intérêts de la Chine et ont répandu, de manière malintentionnée, des mensonges et de la désinformation » sur la Chine³¹. Ces dernières sanctions visaient notamment des membres du Parlement européen et, à la suite de ces mesures chinoises, le Parlement cessa d'envisager d'autoriser la conclusion – c'est-à-dire la ratification, dans la terminologie de l'UE – de l'AGI. Le 20 mai 2021, il vota la suspension du processus de ratification³². Le refus de délivrer une telle autorisation tant que les sanctions chinoises sont maintenues a ensuite été confirmé lors d'une séance plénière de septembre 2021, sur la nouvelle stratégie de l'UE pour la Chine³³.

L'accord négocié est ainsi dans l'impasse. Malgré son idiosyncrasie et la spécificité des raisons du blocage de sa ratification, cet accord et son enlisement peuvent être compris comme un révélateur du futur incertain du Droit international « classique » de la protection des investisseurs, et plus encore du Droit européen des investissements, dans un monde où ce Droit est de plus en plus contesté et où les affrontements idéologiques s'accroissent. Afin d'illustrer cette idée, nous souhaitons souligner l'absence de mécanisme de protection des investissements dans l'AGI tel qu'il a été conclu en décembre 2020 (I), la difficulté dont l'accord témoigne d'intégrer, dans les relations externes de l'UE, les dimensions « développement durable » et « droit de réglementer » jugées indispensables par les populations européennes et leurs parlementaires (II), et la tension de plus en plus grande entre l'adoption d'accords de libéralisation des investissements tels que l'AGI, et la mise en place d'instruments de fléchage ou de filtrage des investissements (III).

I – L'ABSENCE D'ACCORD SUR UN MÉCANISME DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

En l'absence de consensus sur l'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE) en matière d'investissement, l'AGI contient un mécanisme de règlement des différends de type interétatique et une clause de « rendez-vous » selon laquelle l'UE et la Chine se donnent deux ans pour trouver un accord sur un RDIE³⁴. En pratique, cela signifie qu'en l'absence

³¹ Mission of the PRC to the European Union, « *Foreign Ministry Spokesperson Announces Sanctions on Relevant EU Entities and Personnel* », 22 mars 2021, www.chinamission.be/eng/fyrjh/t1863128.htm (notre trad.).

³² Résolution du Parlement européen du 20 mai 2021 sur les contre-sanctions chinoises à l'encontre d'entités de l'UE, de députés au Parlement européen et de députés nationaux (2021/2644(RSP)).

³³ Résolution du Parlement européen en date du 16 septembre 2021 sur la nouvelle stratégie UE-Chine n°2021/2037(INI).

³⁴ AGI, Section VI, Art. 3. V. H. ASCENSIO, « *The International Settlement of Disputes Under the (Draft) CAI* », *Journal of World Investment and Trade*, 2022, vol. 23, pp. 651-74.

de mécanisme de règlement des différends dans l'AGI (tel qu'il a été négocié), ce sont les accords bilatéraux entre la Chine et les États membre de l'UE qui continueront à s'appliquer en la matière³⁵. Il est à noter, sur ce sujet, que les accords entre les États membre de l'UE et la Chine ne donnent pas tous accès de la même façon à des mécanismes de RDIE. Ainsi les accords de plus ancienne génération limitent généralement la compétence des RDIE à des questions bien spécifiques telles que la fixation des indemnités en cas d'expropriation et imposent soit l'épuisement des voies de recours internes, soit le consentement mutuel³⁶. En pratique, ces mécanismes de RDIE ont été très peu utilisés dans les relations d'investissement entre les États membre de l'UE et la Chine³⁷.

L'absence de mécanisme effectif de protection des investissements dans le texte de l'AGI constitua une surprise. Il semblait en effet que cela rendait l'accord non-conforme au mandat de la Commission tel qu'il lui avait été conféré par le Conseil³⁸. L'impossibilité pour l'UE et la Chine de conclure un accord sur un mécanisme de RDIE témoigne des divergences significatives entre les différentes propositions de réforme des mécanismes existants de RDIE. Pour les négociations de l'AGI, l'UE a mis en avant ses différentes cartes qui incluent l'établissement d'un Système de cour d'investissement au niveau bilatéral (sur le modèle de celui inclus dans l'AECG)³⁹, première étape sur le chemin encore semé d'embûches vers la création d'une Cour multilatérale des investissements⁴⁰. Du point de vue de l'UE, ces deux mécanismes permettent de répondre aux critiques généralement évoquées contre les mécanismes existants de RDIE, en

³⁵ AGI, Section VI, Art. 15 §1.

³⁶ V. G. GRIEGER, « *EU-China Comprehensive Agreement on Investment Levelling the playing field with China* », European Parliamentary Research Service, septembre 2020, p. 3, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652066/EPRS_BRI\(2020\)652066_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652066/EPRS_BRI(2020)652066_EN.pdf).

³⁷ Seul un cas impliquant un investisseur chinois a été conclu par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Belgium*, ARB/12/29, 2015. Deux procédures ont récemment été introduites par des investisseurs chinois : *Alpine Ltd v. Republic of Malta*, ARB/21/36 ainsi que *Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden*, ARB/22/2. Aucun litige d'investissement contre l'État chinois n'a mené à une décision rendue par un tribunal CIRDI. À l'heure où cette contribution est écrite, une procédure est néanmoins en cours : *Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China*, ARB/17/19 en application de l'accord bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et la Chine.

³⁸ W. HU, « *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: An In-Depth Reading* », CEPS Policy Insights, mai 2021, pp. 4-5, file:///C:/Users/ltw770/Downloads/PI2021-07_The-EU-China-Comprehensive-Agreement-on-Investment.pdf.

³⁹ Ce mécanisme a été reconnu compatible avec le droit européen par la Cour de justice de l'UE dans une opinion qui ne fut pas sans conséquence pour le processus de ratification de l'AECG.

⁴⁰ Council of the EU, « *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes* », 12981/17 ADD 1 DCL 1, 20 March 2018.

particulier, pour ce qui est des procédures d'arbitrage lancées devant le CIRDI. Néanmoins, ces propositions de réforme n'ont manifestement pas convaincu la Chine⁴¹.

Du point de vue des investisseurs chinois, il est clair que la voie des négociations avec l'État hôte sont généralement privilégiées malgré l'existence d'autres voies de recours prévues par les accords d'investissement de nouvelle génération adoptés par la Chine⁴². Ensuite, les investisseurs étrangers restent très réticents à l'idée d'attirer l'État chinois devant un tribunal arbitral international, souvent par peur de représailles politiques ou économiques rendues possibles par le contrôle significatif de l'État et du Parti communiste chinois sur l'économie nationale⁴³. En conséquence, contrairement à la socialisation avérée de la Chine en matière de résolution des différends commerciaux devant les instances compétentes de l'OMC⁴⁴, l'expérience de la Chine et des investisseurs chinois devant le CIRDI reste très limitée⁴⁵. Contrairement aux propositions de réforme des mécanismes existants de RDIE au niveau bilatéral, la Chine reste favorable à un agenda de réforme plus modeste que celui de l'UE, mais finalement assez concordant avec lui, dans le cadre des négociations menées devant la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Dans la proposition de réforme déposée au CNUDCI en 2019, la Chine mit ainsi en avant la nécessité de créer un mécanisme d'appel permanent ; le droit des parties de nommer les arbitres pour les panels siégeant en première instance ; ainsi que la promotion de mesures visant à renforcer la transparence du mécanisme⁴⁶.

En fait, concernant le règlement des différends en matière d'investissement, la Chine semble animée de deux mouvements différents, nettement distincts des deux mouvements suivis par l'Occident. Du côté de ce dernier, les dernières décisions des États-Unis et du Canada dans le cadre de l'Accord

⁴¹ V. T. QI, Y. LI, C. BIAN, *China, the EU and International Investment Law: Reforming Investor-State Dispute Settlement*, Routledge, 2019.

⁴² La méfiance de cet État à l'égard des mécanismes arbitraux de RDIE est ainsi à la fois originelle et persistante. V. par ex. en ce sens : W. KIDANE, « *China's and India's Differing Investment Treaty and Dispute Settlement Experiences and Implications for Africa* », *Loyola University Chicago Law Journal*, 2017, vol. 49, p. 474.

⁴³ Néanmoins, selon des études relatives à la mise en œuvre de réformes économiques internes à la Chine, il ressort que la capacité de l'État central à assurer la libéralisation des différentes régions de l'État chinois est assez relative. V. en particulier Y. TAN, *Disaggregating the China Inc. State Strategies in the Liberal Economic Order*, Ithaca, Cornell UP, 2021, 240 p.

⁴⁴ M. BURNAY, *Chinese Perspectives on the International Rule of Law: Law and Politics in the One-Party State*, Edward Elgar, 2018, chap. IV.

⁴⁵ Sur ce sujet : Y. LI and C. BIAN, « *China's Stance on Investor-State Dispute Settlement: Evolution, Challenges, and Reform Options* », *Netherlands International Law Review*, 2020, vol. 67, p. 503.

⁴⁶ United Nations Commission on International Trade Law, « *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of China* », A/CN.9/WG.III/WP.177, 19 juillet 2019.

Canada-États-Unis-Mexique (l'« ALENA 2.0 ») pointent dans le sens d'une restriction (dans le cas des États-Unis) et de l'exclusion (dans le cas du Canada) de la compétence de tribunaux arbitraux en matière d'investissement, et d'un retour au juge national. Toujours en Occident mais du côté européen, ce qui marque l'orientation générale de l'UE est sa volonté, depuis 2015, d'aligner les tribunaux arbitraux d'investissement sur le modèle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (caractère permanent et multilatéral, juges tournants, organe d'appel) et plus largement sur les standards ordinaires d'examen juridictionnels des lois nationales.

Du côté de la Chine, on observe à la fois une faveur de plus en plus grande pour le RDIE (à l'opposé de la critique globale qui en est faite en Occident), et une préférence assez grande pour la médiation (à l'opposé de la juridictionnalisation du RDIE prônée par l'UE, comme du retour au juge national prôné par le Canada et surtout par les États-Unis). Concernant le premier point, les accords bilatéraux de protection des investisseurs conclus par la Chine au début des années 1980 excluaient le RDIE et lui préféraient un mécanisme interétatique de règlement des différends. Cette réticence à admettre des privilèges à des personnes privées, qui ne pouvaient que lui rappeler les pratiques coloniales du siècle des humiliations (concessions et juridictions consulaires en particulier) a évolué à partir du milieu des années 1980. À cette période, les accords d'investissement conclus par la Chine ont admis un RDIE pour les litiges relatifs au coût de la réparation des expropriations. Enfin, ces dernières années, un assez grand nombre d'accords bilatéraux conclus par la Chine, qui bénéficieront essentiellement à des investisseurs chinois, admettent la compétence du RDIE pour un ensemble de différends plus large, équivalent à celui des accords conclus il y a encore peu de temps par les États occidentaux ; en 2015, la Chine a même conclu avec cinquante États africains, un Centre conjoint d'arbitrage Chine-Afrique (CAJAC pour *China-Africa Joint Arbitration Center*)⁴⁷.

Concernant le second point, la Chine privilégie généralement la négociation et la médiation lorsque des litiges sont portés contre elle en matière d'investissement comme en matière commerciale, en général et notamment dans le cadre de l'Initiative Ceinture et Route. Dans ce cadre en effet, la Chine et ses partenaires recourent ordinairement à la médiation plutôt qu'à l'arbitrage, et même lorsqu'il est fait appel à ce dernier, les parties essaient de résoudre la plupart des points en litige, *via* la médiation, en parallèle de la procédure arbitrale. Dans un genre similaire mais pour régler les litiges surgissant dans le cadre de l'Initiative Ceinture et Route en matière commerciale, la Chine a établi des cours inter-

⁴⁷ Sur cette évolution, v. G. WANG, *International Investment Law – A Chinese Perspective*, Routledge, 2015, chap. 4. Comp. avec des travaux antérieurs, not. SHAN W., N. GALLAGHER, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, OUP, 2009 et SHAN W., SU J. (Eds.), *China and International Investment Law – Twenty Years of INCSID Membership*, Nijhoff, 2014.

nationales de commerce de Shenzhen et Xi'an (Chine), mais elle renvoie également à un Comité international d'experts en matière commerciale ainsi qu'à d'autres institutions devant mêler des procédures arbitrales et de médiation, sur un modèle inspiré des synergies existant entre la *Singapore International Commercial Court*, le *Singapore International Arbitration Centre* et le *Singapore International Mediation Centre*⁴⁸.

Outre une explication générale tirée du fait que les procédures bilatérales et informelles sont structurellement plus favorables aux grandes puissances que les procédures juridictionnalisées⁴⁹, la préférence chinoise pour la médiation est à la fois un héritage culturel et historique, et un choix réfléchi visant à éviter le blocage de mégaprojets d'infrastructure qui exigent une relation de confiance de long terme⁵⁰. On peut considérer que ces évolutions contraires de la Chine d'un côté, et de l'Occident et en particulier de l'UE de l'autre concernant les mécanismes de règlement les plus adéquats en matière d'investissement, expliquent largement l'absence de mécanisme de règlement des différends dans l'AGI.

II – L'INCLUSION DU « DÉVELOPPEMENT DURABLE » DANS L'ACCORD

Dès le début des négociations de l'AGI, il était clair que l'accord ne devait pas se contenter de protéger les intérêts des investisseurs. La question de la qualité des investissements ainsi que de leur impact potentiel sur l'environnement et les droits des travailleurs ne devaient dès lors pas seulement être considérées comme des externalités⁵¹. Cette approche fut mise en avant dès l'obtention des compétences

⁴⁸ V. spéc. H. CHEN, « *China's Innovative ISDS Mechanisms and Their Implications, in BRICS Approach to the Investment Treaty System* », *AJIL*, 2018, vol. 112, pp. 207-211.

⁴⁹ V. sur cette question, nous nous permettons de renvoyer à F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Les politiques des États à l'égard des juridictions internationales : ni pour, ni contre, bien au contraire », in F. COUVEINHES MATSUMOTO, R. NOLLEZ-GOLDBACH (dir.), *Les États face aux juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2019, pp. 47-56 §§34-43.

⁵⁰ V. J. SABET, « *Paris Arbitration Week Recap: Belt and Road Initiative – Recent Evolutions, Western Reactions, and Dispute Resolution* », 23 avril 2022, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/23/paris-arbitration-week-recap-belt-and-road-initiative-recent-evolutions-western-reactions-and-dispute-resolution/>.

⁵¹ En ce que de nombreux traités conclus ces dernières années proclament un étrange « droit de réglementer » des États (v. C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos & Hart, 2014, puis de la même autrice, « *The Right to Regulate in International investment Law (Revisited)* », *International and Comparative Law Research Center* 2022), « droit » qui ne fait que rappeler une compétence inhérente à leur qualité d'État, ces traités paraissent cesser de voir dans l'activité normative de l'État une exception à leurs principes. Néanmoins, et à l'instar de l'a. XX du GATT qui consacre des *exceptions* mais des exceptions *générales* aux principes qu'il énonce, les réglementations nationales continuent d'être comprises, du fait de la structure normative globale de la plupart des accords de commerce et d'investissement, comme des obstacles à leurs objectifs ou comme des ingérences dans les droits qu'ils consacrent, maintenant ainsi leur structure libérale (primauté des intérêts privés) plutôt que républicaine ou démocratique (primauté de l'intérêt général).

en matière de négociation des traités d'investissement par la Commission européenne. Ainsi, la Communication de la Commission *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux* a mis en avant que « [t]oute politique commune d'investissement doit aussi être guidée par les principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union en général, dont la promotion de l'État de droit, des droits de l'Homme et du développement durable »⁵². En accord avec les multiples documents déclinant les objectifs de l'UE dans sa relation avec la Chine, les négociateurs se devaient de convaincre et persuader la Chine d'inclure des clauses ambitieuses sous la forme d'une liste séparée d'exceptions, d'une clause générale regroupant toutes les exceptions, ou encore de références plus générales incorporées dans le préambule de l'accord. Du point de vue de la Chine, alors que les accords d'investissement qu'elle conclut contiennent désormais souvent des dispositions visant à protéger l'environnement, un nombre très limité d'accords contiennent des clauses protégeant les droits des travailleurs⁵³.

L'AGI tel que conclu réaffirme l'engagement des parties en faveur de la Charte des Nations unies et des principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la mise en œuvre des engagements pris lors de l'adoption de l'Accord de Paris (Section IV, sous-sect. 2, art. 6), ainsi qu'un engagement à « mettre en œuvre de façon effective » les conventions de l'OIT déjà ratifiées et à se livrer à des « efforts continus et soutenus » en vue de la ratification des conventions de OIT n°29 et 105 (Section IV, sous-sect. 3, art. 4). Ces conventions ont été ratifiées par la Chine en avril 2022⁵⁴.

Un accord sur ces questions a pu être trouvé par la Chine et l'UE parce que la valeur ajoutée de cette section IV est, sinon nulle, du moins très limitée⁵⁵. En effet, la section ne comporte sans surprise aucune obligation internationale pesant explicitement sur les investisseurs. Il n'est fait référence aux droits de l'homme qu'à travers un instrument non-formellement obligatoire en Droit, la Déclaration universelle des droits de l'homme, et non aux deux Pactes et en particulier au Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels. Une

⁵² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, P7_TA(2011)0141, 2011, p. 10.

⁵³ M. CHI, « *Addressing Sustainable Development Concerns through IIAs: A Preliminary Assessment of Chinese IIAs* », in J CHAISSE (ed.), *China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy*, Oxford UP, 2019, pp. 100-56.

⁵⁴ Ph. ZHANG, « *China Ratifies Forced Labour Conventions Ahead of Visit by UN Rights Chief* », SCMP, 20 avril 2022, www.scmp.com/news/china/politics/article/3174945/china-ratifies-forced-labour-conventions-ahead-visit-un-rights.

⁵⁵ V. K. OTTERBURN, A. MARX, « *A Glass Half-Empty or Half-Full? An Assessment of the Labour Provisions in the CAI from Chinese and European Perspectives* », D. N. DAGBANJA, « *The CAI and Sustainable Development* », et X. QIAN, « *Investment for Green Growth: An Analysis of the CAI Environmental Provisions* », tous dans le *Journal of World Investment and Trade*, 2022, vol. 23, respectivement pp. 601-627, pp. 572-600, pp. 628-650.

référence à ce dernier aurait pu changer la donne dans la mesure où le comité chargé du respect de ce Pacte estime qu'il implique que ses parties interprètent les accords de commerce et d'investissement en « ten[ant] compte compte des obligations en matière de droits de l'homme incombant à l'État » et qu'elles « veille[nt] à ce que les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États prennent en considération les droits de l'homme dans l'interprétation des traités d'investissement ou des chapitres des accords commerciaux ayant trait à l'investissement »⁵⁶. Surtout, toutes ces dispositions ne font partie, ni du Droit applicable par le mécanisme de RDIE envisagé, ni du Droit applicable par le mécanisme de règlement des différends interétatiques prévu dans la section X (Sect. IV, sous-sect. IV, a. 1). Seul un système de panel d'experts est prévu, qui pourra au mieux considérer, comme dans l'affaire UE-Corée, que « to “make continued and sustained efforts” [la formule incluse dans le traité] means to take steps forward : standing still, or something akin to that, is not to be countenanced »⁵⁷.

III – ENTRE ACCORDS DE LIBÉRALISATION DES INVESTISSEMENTS ET INSTRUMENTS DE FLÉCHAGE OU DE FILTRAGE DES INVESTISSEMENTS

Avant 2015, les investissements chinois en Europe étaient encore limités et la stratégie chinoise d'investissement surtout marquée par le souhait d'acquérir des technologies (les machines-outils, les automobiles) ou des marques (Pirelli, Club Med), et par la délocalisation d'activités vers la Chine⁵⁸. Lorsque l'intérêt des investisseurs chinois s'est déplacé vers le contrôle d'infrastructures plus ou moins critiques, ils ont pu opérer sans trop de d'opposition politique malgré le rejet immédiat des travailleurs européens : le consortium chinois Casil Europe a pu acheter l'aéroport de Blagnac en 2015 et surtout le géant chinois Cosco le port du Pirée en 2017. Tout en faisant de ce dernier le terminus de l'Initiative Ceinture et Route et la porte d'entrée des produits chinois en Europe, Cosco a également investi massivement dans les ports d'Anvers, Rotterdam, Bruges et récemment Hambourg, là encore sans trop de résistance⁵⁹. Ce ne sont que ces dernières années et uniquement dans des cas aussi importants que l'affaire

⁵⁶ Observation générale n°24 (2017) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises, E/C.12/GC/24, § 13. Sur le premier point, le Comité s'appuie sur l'arrêt *Sawhoyamaya Indigenous Community c. Paraguay* (série C n°146) rendue le 29 mars 2006 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, § 140.

⁵⁷ Rapport du panel d'experts (établi sur la base de l'a. 13.15 de l'accord de libre-échange UE-Corée), 20 janvier 2021, §272.

⁵⁸ Sur la stratégie d'investissement chinois en Europe avant 2015, v. PH. LE CORRE ET A. SEPULCHRE, *L'offensive chinoise en Europe*, Paris, Fayard, 2015.

⁵⁹ B. MOENS, « *Belgium triggers Chinese backlash with port security warning* », *Politico*, 25 octobre 2022, <https://www.politico.eu/article/china-fume-accusation-belgium-ports-foreign-affairs-minister-hadja-lahbib/>.

Huawei ou le déploiement de la 5G en Europe que le politique s'est (mollement) saisi de ces controverses, qui ont par ailleurs mis au grand jour les désaccords existant, à la fois entre États membres de l'UE et entre ceux-ci et l'UE. Ces désaccords sont devenus particulièrement proéminents quand l'interdépendance économique avec la Chine, et la conclusion de grands accords d'investissement, ont mené des États membres de l'UE à empêcher l'adoption d'une position commune sur des thématiques sensibles comme celle des droits de l'homme. C'est par exemple ainsi que doit être compris le veto grec à une résolution commune de l'UE qui devait être soumise au Conseil des droits de l'homme des Nations unies⁶⁰.

De façon assez intéressante, l'adoption de l'AGI – dont l'objectif est d'assurer la libéralisation des flux d'investissement entre les deux acteurs – s'est déroulée dans une période où tant la Chine que l'UE ont adopté d'autres instruments qui, quant à eux, constituent des obstacles potentiels à cette même libéralisation. Le régime mondial de sanctions de l'UE en matière de droits de l'homme en est probablement le meilleur exemple. Tel qu'expliqué ci-dessus, c'est l'application de sanctions par l'UE qui a mené à un enchaînement d'événement qui a finalement mené au gel de l'adoption de l'accord par le Parlement de l'UE. L'affaire a d'ailleurs monté à quel point l'UE peut être portée à mettre en cohérence sa politique vis-à-vis des droits de l'homme et sa politique de commerce et d'investissement transnationaux. De son côté, la Chine a aussi récemment adopté une loi contre les sanctions étrangères⁶¹. Cette loi permet non seulement d'adopter des contre-mesures lorsqu'un pays étranger adopte des mesures restrictives discriminatoires contre le Gouvernement, les citoyens ou entreprises chinoises (article 3), mais aussi des sanctions pro-actives lorsque des actes commis ont le potentiel de compromettre « la souveraineté de la Chine, sa sécurité, ou ses intérêts de développement » (articles 13 et 15).

C'est en 2019, après d'intenses débats internes nourris par une crainte de diminution de l'attractivité de l'UE aux investissements étrangers, que l'UE s'est finalement dotée d'un mécanisme de filtrage des investissements étrangers⁶². Tout en ne dotant pas la Commission d'un droit de veto, le Règlement organise un mécanisme d'échange d'informations horizontal (entre les États membres de

⁶⁰ V. H. SMITH, « *Greece blocks EU's criticism at UN of China's human rights record* », *The Guardian*, 18 June 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/18/greece-eu-criticism-un-china-human-rights-record>.

⁶¹ Loi anti-sanctions étrangères de la République populaire de Chine adoptée lors de la 29^e réunion du Comité permanent de la treizième Assemblée populaire nationale le 10 juin 2021, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202106/d4a714d5813c4ad2ac54a5f0f78a5270.shtml>.

⁶² Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, PE/72/2018/REV/1, OJ L 79I, 21.3.2019, p. 1–14.

l'UE) et vertical (entre l'UE et ses États membres) (article 5), et reconnaît à la Commission le pouvoir d'émettre des opinions sur les investissements étrangers qui constituent une menace pour la sécurité ou l'ordre public de plus d'un État membre (article 6). Même si le mécanisme vise les investissements provenant des quatre coins du monde, il est clair que la raison principale de l'adoption d'un tel instrument est la montée des investissements chinois sur le continent européen⁶³. En pratique néanmoins, les investissements chinois n'ont pas été les premiers visés par le mécanisme avec seulement 8 % des cas notifiés concernant des investissements chinois durant l'année 2021⁶⁴. Du côté chinois aussi, la Loi sur les investissements étrangers de 2019 apporta des modifications au régime de filtrage des investissements étrangers⁶⁵. Ainsi l'article 35 prévoit un système d'évaluation de ces investissements au regard de leur impact sur la sécurité nationale. Le mécanisme s'applique aux investissements futurs mais également *ex-ante* et ne prévoit pas de mécanisme d'appel des décisions⁶⁶. Alors que les investisseurs étrangers en Chine s'inquiètent des restrictions additionnelles imposées, la Chine met plutôt en avant le fait qu'il ne s'agit que d'une réponse logique à la fermeture croissante des marchés occidentaux aux investisseurs chinois⁶⁷.

Enfin, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de diligence des entreprises en matière de développement durable (*Corporate sustainability due diligence*)⁶⁸, pourrait aussi avoir un impact sur les

⁶³ F. GHIRETTI, « *Screening foreign investment in the EU – the first year* », MERICS Short Analysis, 14 octobre 2021, <https://merics.org/en/short-analysis/screening-foreign-investment-eu-first-year>.

⁶⁴ Report from the Commission to the European Parliament and the Council, First Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union, COM(2021) 714 final, 23 novembre 2021, p. 14, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/november/tradoc_159935.pdf.

⁶⁵ *Foreign Investment Law of the People's Republic of China*, adoptée à la deuxième session du 13^e Congrès national du peuple (ou Assemblée nationale Populaire) le 15 mars 2019, et promulguée par le président de la RPC le 1^{er} janvier 2020.

⁶⁶ Y. LI, C. BIAN., *China's Foreign Investment Legal Regime: Progress and Limitations*, Routledge, 2022, Chapter 4.

⁶⁷ ORANGE W., « *China's national security screening rules for foreign investments enter force* », SCMP, 19 janvier 2021, <https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/3118371/chinas-national-security-screening-rules-foreign-investments>.

⁶⁸ Il s'agit d'une proposition de la Commission (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le devoir de diligence des entreprises en matière de développement durable et modifiant la directive (UE) 2019/1937, Bruxelles, 23.2.2022 COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD) mais le Parlement européen avait lui-même fait une proposition dans une résolution afin d'influencer le texte ultérieur de la Commission (résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (2020/2129(INL)), 10 mars 2021).

relations entre l'UE et la Chine en matière d'investissement⁶⁹. Lu avec les instruments décrits ci-dessus, la proposition de directive peut être comprise – malgré une révision drastique à la baisse sous la pression des *lobbies*⁷⁰ – comme fixant aux entreprises des obligations en matière de développement durable. En effet, la directive impose un devoir de vigilance aux entreprises européennes et étrangères agissant sur le territoire des États membres, qui se doivent d'identifier, prévenir et mettre fin aux pratiques ayant un impact sur les droits de l'homme et l'environnement à travers leur chaîne d'approvisionnement. Dans un sondage effectué par la Commission européenne, des entreprises chinoises ont exprimé leur inquiétude par rapport à cette proposition, considérant qu'il impose « *a very high burden on the companies to abide by the rules* »⁷¹. Pourtant, l'actuelle Commission européenne, les juges des États membres de l'Union européenne⁷², la société civile et les citoyens européens considèrent cette responsabilité très raisonnable ou même, souvent, en-deçà des enjeux. Si on la compare à la loi française de mars 2017 sur le devoir de vigilance ou aux décisions juridictionnelles précitées, elle apparaît comme une régression tandis qu'au regard de l'ampleur des besoins de réorientation des investissements pour éviter, atténuer ou réparer les violations des droits de l'homme ou les effondrements écologiques, elle paraît tout simplement insuffisante.

De ce point de vue, on peut la mettre en parallèle avec le refus surprenant d'un grand nombre d'États, dont la Chine, de réviser plus qu'à la marge (une

⁶⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprise en matière de durabilité, COM(2022) 71 final.

⁷⁰ Sur ce dernier, v. spéc. le dossier « Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance », préparé par l'ONG spécialisée *Corporate Europe Observatory*, <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/06/rapport-lobbying-contre-devoir-de-vigilance-europeen.pdf>.

⁷¹ S. ELLENA, « *Chinese companies worried about EU due diligence proposal, survey finds* », 6 octobre 2022, <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/chinese-companies-worried-about-eu-due-diligence-proposal-survey-finds/>.

⁷² On pense en particulier à la décision néerlandaise *Le peuple c. Shell* du 26 mai 2021 (n°C/09/571932 / HA ZA 19-379) selon laquelle l'entreprise défenderesse a, au même titre que les États, un devoir d'action climatique. Alors qu'elle est titulaire d'une obligation de vigilance (*duty of care*), elle a, en participant à 1,7% de tous les gaz à effet de serre, en finançant des énergies fossiles et des actions de lobbying, adopté un comportement non-conforme à la trajectoire de l'UE (pour le moins) et de l'Accord de Paris (pour le plus). En conséquence, « *Royal Dutch Shell est obligée de réduire les émissions de CO2 des activités du groupe Shell de 45 % net à fin 2030 par rapport à 2019 à travers la politique d'entreprise du groupe Shell* » (§4.1.4). Même si elle ne reconnaît pas d'obligations aux entreprises, la décision rendue le 24 mars 2021 par la Cour constitutionnelle allemande, 24 mars 2021 (n°1 BvR 2656/18, spéc. §§109, 146, 148, 193) peut être mentionnée dans la mesure où elle énonce un devoir de protection des générations futures par l'État. En effet, ce devoir ou plus exactement celui de ne pas imposer une austerité absolument radicale aux générations futures, pourrait être interprété comme ayant un effet « horizontal ».

nouvelle version a été publiée le 13 septembre 2022) du traité sur la Charte de l'énergie (TCE) – un traité initialement surtout mis en place pour garantir l'accès des États d'Europe de l'est aux énergies fossiles. En partie conformément à ce que préconisait la Chine, la nouvelle version clarifie certains points qui avaient fait l'objet de litiges, précise la place des litiges intra-UE depuis les arrêts *Achmea* et *Komstroy*, et améliore la transparence du mécanisme de règlement des différends. En revanche, elle ne modifie la clause zombie (ou d'extinction ou *sunset clause*, a. 47.3)⁷³ de manière substantielle que dans les relations intra-européennes⁷⁴, et elle ne touche pas à l'essentiel sur le fond, c'est-à-dire à la structure idéologiquement croissante, plutôt qu'écologique du régime applicable aux investissements dans l'énergie⁷⁵. Aujourd'hui, tandis que l'Italie a dénoncé le traité en 2016 et doit faire face à plusieurs contentieux fondés sur sa clause zombie, la dénonciation du traité a été anticipée par la Pologne dès le mois d'août, et annoncée le 14 octobre par l'Espagne, le 19 par les Pays-Bas et le 21 par la France. À l'origine, l'UE l'envisageait sérieusement en cas d'échec de la réforme mais l'opposition à une dénonciation commune par des États comme la Suède ou la Finlande, combinée au silence de l'Allemagne qui a pourtant été attaquée trois fois sur le fondement du TCE, et au volte-face du Luxembourg ont finalement rendu une action collective impossible. La question d'une dénonciation de la part de l'UE et celle de la suppression ou d'un aménagement plus radical de l'article 47.3 se posent cependant, et vont se poser de plus en plus au regard de l'objectif de neutralité de l'Union en 2050 et du souhait de la Commission que la *Nouvelle donne verte* (*Green Deal*) soit un succès plutôt

⁷³ Qui prétend, dans la version initiale, préserver l'asymétrie du mécanisme de résolution des différends investisseur-État plus de vingt ans, plus exactement vingt ans après l'entrée en vigueur de la notification de la dénonciation, soit un an après son dépôt. Précisons que la renégociation de cette clause ne fait pas partie du « mandat » de négociation de l'Union.

⁷⁴ Dans lesquelles, selon la Commission, la clause ne doit pas jouer, pas davantage que le TCE. V. Proposition de décision du Conseil relative à la position à prendre, au nom de l'Union européenne, lors de la 33^{ème} réunion de la Conférence sur la Charte de l'énergie, COM(2022) 521 final, p. 3 L'inapplication du TCE avait déjà été établie par la CJUE dans les arrêts du 6 mars 2018 dans l'affaire C-284/16 *Slowakische Republik/Achmea BV* et du 2 septembre 2021 dans l'affaire C-741/19 *République de Moldova c. Komstroy LLC*.

⁷⁵ Comme le Royaume-Uni, l'UE « a obtenu le droit de délimiter la protection des investissements dans l'UE de la manière suivante : – exclusion de la protection pour tous les nouveaux investissements dans les combustibles fossiles dans l'UE à partir du 15 août 2023 (...); – exclusion de la protection pour tous les investissements existants dans les combustibles fossiles dans l'UE à partir de 10 ans après l'entrée en vigueur (ou l'entrée en application provisoire) des amendements du TCE, et au plus tard le 31 décembre 2040 » (proposition de décision précitée, COM(2022) 521 final, p. 5). Néanmoins, cette décision n'est *a priori* pas prise par les autres parties au traité et ne s'impose pas à elles (Décision de la Conférence sur la Charte de l'énergie, « *Public Communication explaining the main changes contained in the agreement in principle* », 24 juin 2022, CCDEC 2022 10 GEN, pilier 2).

que la porte ouverte à des contentieux interminables, et un gouffre financier⁷⁶. Le fait que, comme les États d'Asie centrale ou encore le Japon qui investit massivement dans le charbon, la Chine reste attachée à une version obsolète du traité tient naturellement à ses besoins en sources d'énergie et au souci de protéger ses immenses investissements dans l'énergie, notamment en Afrique, mais également sans doute à un retard dans la compréhension du paradigme devant déterminer aujourd'hui le régime juridique applicable aux investisseurs.

CONCLUSION

À l'heure où nous écrivons, c'est-à-dire au mois de décembre 2022, l'actualité est marquée d'un côté par l'échec d'un accord ambitieux sur les réductions des gaz à effet de serre à la COP 27 alors que le monde est en proie à toujours plus d'inondations, de sécheresses et des tensions socio-politiques et migratoires qu'elles engendrent, et de l'autre par un retour de la pandémie en Chine avec les tensions sociales systémiques qu'elle provoque, tandis que les États ne s'attaquent désespérément pas aux causes des zoonoses que sont la déforestation, l'*agro-business* et la pauvreté et les pratiques alimentaires des paysans. Malgré les investissements chinois dans les énergies renouvelables et les adaptations que la Commission européenne tentent d'introduire dans un modèle dépassé de traités relatifs aux investissements, l'essentiel paraît loin d'être abordé ; et si l'UE paraît se diriger vers une différenciation des régimes applicables suivant que les investissements se font dans la transition écologique ou qu'ils engendrent au contraire des maux globaux et durables, la Chine n'a pas sauté le pas. Il est compréhensible et sans doute raisonnable qu'en temps incertain, les sociétés politiques cherchent à garantir leur autonomie stratégique en contrôlant davantage les investissements provenant de l'étranger. Il l'est également que l'UE et la Chine assument leurs différends et le caractère antagonique de leurs modèles idéologiques. Toutefois, il faut espérer que la Chine et l'UE puissent unir leurs talents et rapprocher capitaux et innovations ou mieux fléchir les investissements pour répondre aux nombreux dangers et défis qu'ils ont en commun.

⁷⁶ Selon une experte du GIEC, Yamina Saheb, les contentieux fondés sur le traité sur la Charte de l'énergie s'il restait en vigueur sans exclure les énergies fossiles pourraient imposer aux États membres des compensations financières s'élevant à « 1 300 milliards d'euros d'ici 2050, dont 42 % seraient supportés par les contribuables européens » (Y. SAHEB, « Le TCE est une barrière réelle à la future loi européenne sur le climat », Dépêche n°646716 *Développement durable – Énergies et Environnement*, 23 février 2021. Sur la base de ces chiffres, plusieurs centaines de parlementaires européens et nationaux ont appelé à une révision du TCE dans une lettre du 23 novembre 2020 (*Statement on the modernisation of the Energy Charter Treaty*, <https://www.annacavazzini.eu/statement-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>). Une proposition de résolution commune sur le résultat de la modernisation du TCE a encore été faite par le Parlement le 23 novembre 2022 (2022/2934(RSP)).