



Par Grine Lahreche,
avocat associé,



et Agathe Olivier,
avocate,
Hoche Avocats

L'accord global d'investissement UE-Chine : une opportunité manquée ?

La journée du 30 décembre 2020 fut marquée par la conclusion sur le principe d'un accord global sur les investissements (AGI) entre l'UE et la Chine, publié par la Commission européenne le 22 janvier 2021¹. Dans un contexte géopolitique actuel incertain, cet accord tend notamment à améliorer les conditions d'accès au marché chinois pour les entreprises de l'UE mais également à rééquilibrer l'asymétrie qui peut exister entre les marchés respectifs.

Si l'AGI apparaît laisser entrevoir certains espoirs, il suscite également quelques inquiétudes. En effet, l'AGI constitue-t-il véritablement une avancée ? L'AGI est-il vraiment à la hauteur de ses ambitions ?

1. Une véritable ouverture d'ampleur au marché chinois ?

L'objectif poursuivi par les Européens reposait sur la négociation d'une plus grande ouverture de leurs entreprises au marché chinois en élargissant les opportunités d'investissement dans un certain nombre de marchés (notamment le secteur automobile, manufacturier, financier, la santé, la finance, le transport maritime international ou encore le « cloud »).

L'accord limite ou supprime progressivement les exigences en matière de coentreprise (le gouvernement chinois réservait ainsi certains secteurs considérés comme sensibles ou stratégiques exclusivement aux entreprises chinoises ou coentreprises) et de plafonds de participation (la participation étrangère maximale pour certains secteurs étant limitée de 30 à 50 %).

Or, l'ouverture effective du marché chinois prévue paraît en réalité limitée.

En effet, des mesures similaires avaient déjà été accordées aux entreprises étrangères afin de favoriser l'ouverture au marché chinois (notamment les « listes négatives » et la nouvelle loi chinoise sur les investissements étrangers (LIE) en vigueur le 1^{er} janvier 2020). L'UE précise, en effet, que l'AGI « cimente la libéralisation des investissements consentie par la Chine ces 20 dernières années et, de cette façon, empêche tout retour en arrière »².

On en trouve une confirmation par la publication des « listes négatives » nationales et pour les zones spéciales d'investissement (ZES) dont les dernières sont entrées en vigueur le 23 juillet 2020. Les « listes négatives » sont des listes d'industries dans lesquelles l'investissement étranger est interdit ou restreint. Elles sont généralement renouvelées annuellement ou semestriellement et tendent, à chaque renouvellement, à être de plus en plus favorables aux investissements étrangers.

Dans le secteur financier, par exemple, toutes les restrictions

sur le taux de participation des investisseurs étrangers ont été supprimées. Dans le secteur de la fabrication automobile, les exigences relatives aux coentreprises ont été supprimées pour les véhicules à usage spécial, les véhicules à énergies nouvelles et les véhicules utilitaires.

Dans le secteur de la santé, l'accord lève les exigences en matière de coentreprise pour les hôpitaux privés dans les grandes villes chinoises, notamment Pékin, Shanghai, Tianjin, Guangzhou et Shenzhen. En 2014, la Chine avait déjà, à travers la création d'un programme pilote, commencé à autoriser les investisseurs étrangers à posséder des hôpitaux dans sept villes et provinces (Pékin, Tianjin, Shanghai et les provinces de Jiangsu, Fujian, Guangdong et Hainan)³.

En ce qui concerne le transfert de technologie sous contrainte, l'accord prévoit notamment qu'aucune des parties (i) ne pourra, en ce qui concerne l'établissement ou l'exploitation de toute entreprise sur son territoire, imposer ou faire appliquer l'exigence ou respecter un engagement de transfert de technologie, (ii) ne pourra conditionner l'obtention ou le maintien d'un avantage à l'exigence d'un transfert de technologie, et (iii) ne pourra, directement ou indirectement, exiger, forcer, exercer des pressions ou interférer dans le transfert ou l'octroi de licences de technologie entre des personnes physiques et des entreprises d'une partie et celles de l'autre partie⁴. Or, la nouvelle LIE avait prévu que la propriété intellectuelle d'un investisseur étranger doit être protégée et que les organes administratifs ainsi que leurs employés ne doivent pas le forcer à transférer sa technologie⁵.

Ainsi, l'accord vient pour l'essentiel confirmer un mouvement plus global d'ouverture que la Chine avait graduellement accordée aux investisseurs européens.

2. Un arsenal juridique imparfait : subventions publiques et concurrence

A l'heure d'une compétition mondiale économique acharnée, certains Etats tendent à intervenir davantage pour soutenir leurs industries émergentes à travers le recours aux subventions publiques. Pourtant, les accords conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) avaient établi des règles encadrant leur usage. Or, un certain nombre d'entreprises implantées en Chine auraient reçu des financements publics incompatibles avec la réglementation européenne en matière d'aides d'Etat. Il en résulte un différentiel de compétitivité et une distorsion de concurrence sur le marché intérieur⁶.

Afin de lutter contre ces déséquilibres plus ou moins structurels, l'AGI prévoit l'instauration d'un mécanisme de transparence des subventions en ce qui concerne certains secteurs de services⁷. Ainsi, chaque partie s'engage à publier sur un site web accessible au public, un certain nombre d'informations relatives à la subvention accordée. Si une partie considère qu'elle a ou pourrait avoir un effet négatif sur ses intérêts en matière d'investissement, elle peut exprimer par écrit, à l'autre partie, sa préoccupation, demander que des consultations soient engagées et que des informations complémentaires soient fournies. Si, après les consultations, la partie requérante considère toujours que la subvention a ou pourrait avoir un effet négatif significatif sur l'investissement, la partie requise doit s'efforcer

(« its best endeavours ») de trouver une solution avec la partie requérante.

Au cas particulier, l'arsenal réglementaire prévu par l'accord pour encadrer les subventions publiques apparaît ainsi insuffisant.

En effet, l'accord ne concerne en réalité que neuf secteurs, lesquels sont énumérés à l'annexe correspondante à la section III de l'accord. De plus, seules des obligations d'information et de transparence sont envisagées. En cas de violation de ces obligations, l'accord ne prévoit pas de sanctions. Enfin, il n'est pas sans rappeler que le protocole d'accèsion de la République populaire de Chine en date du 10 novembre 2001 contenait déjà des engagements relatifs à la transparence et aux subventions par lesquels la Chine a l'obligation de notifier à l'OMC toute subvention spécifique accordée ou maintenue sur son territoire⁸. Or, il apparaîtrait que la Chine ne se soumet pas à cette obligation, d'où la difficulté à documenter les subventions chinoises⁹.

3. Le respect des engagements en matière de développement durable et droit du travail mis en doute ?

Les derniers jours de la négociation de l'accord furent marqués par la pression exercée par l'UE afin que la Chine prenne des engagements fermes en matière de développement durable et de droit du travail¹⁰. Pékin s'est donc non seulement engagé à mettre en œuvre l'accord de Paris sur le climat mais également à faire des efforts continus et soutenus (« continued and sustained efforts ») en vue de la ratification des conventions C29 et C105 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relatives à l'abolition du travail forcé¹¹.

Bien que ces dispositions aient le mérite d'exister, le contenu de l'accord paraît insuffisant pour qu'elles soient respectées. Les engagements sont formulés en termes de best-efforts. Ils encouragent, mais n'exigent pas. De plus, aucun délai pour la ratification n'a été fixé.

Par ailleurs, dans les récents accords de commerce et d'investissement de l'UE, les consultations de la société civile à travers l'établissement d'organes consultatifs font partie intégrante des chapitres relatifs au développement durable et droit du travail. Par exemple, l'accord de libre-échange entre l'UE et le Vietnam appelle les parties à créer des groupes consultatifs nationaux composés de représentants d'organisations environnementales, syndicales et commerciales. Ceux-ci se réunissent chaque année et sont habilités à conseiller les parties et leur faire un rapport sur la mise en œuvre des chapitres de l'accord relatifs au développement durable et droit du travail¹². Plutôt que de renforcer l'existence d'un tel mécanisme, l'AGI ne se réfère qu'abstractement à la recherche, par les parties à l'accord, des points de vue de leurs parties prenantes non étatiques, dans le cadre d'une représentation équilibrée des intérêts¹³.

Ensuite, l'accord exclut la section « Investissement et développement durable » des procédures normales de règlement des différends prévues à la section V « Règlement des litiges ». Ainsi, tout différend en la matière ne serait résolu que par le truchement de consultations entre Etats et la possibilité de saisir un groupe d'experts pouvant émettre des rapports non

contraignants comprenant des recommandations¹⁴. Aucun dispositif de l'accord ne permettrait donc à la Chine de respecter ses engagements.

Enfin, les récentes actualités contredisent la portée des engagements pris. S'agissant de l'environnement et du climat, il semblerait que la Chine demeure assez timide devant certains impératifs liés à l'urgence climatique. En effet, face à la crise économique liée à la pandémie de Covid-19, la Chine investit considérablement dans la production de charbon. En 2020, des études ont montré que les demandes pour la construction de nouvelles centrales explosent (la capacité de production de charbon ayant augmenté de 21 % par rapport à 2019¹⁵). Quant aux engagements pris en faveur de l'abolition du travail forcé, ils font écho à la récente résolution adoptée le 17 décembre 2020 par le Parlement européen condamnant le système chinois de travail, toujours en place, contre les minorités ouïgoure, kazakhe et kirghize¹⁶.

4. Un mécanisme lacunaire de règlement des différends

La section V de l'accord prévoit l'instauration d'un mécanisme de résolution de tout différend relatif à l'interprétation et l'application de ses dispositions¹⁷. Les parties doivent s'efforcer de les résoudre tout différend en engageant des consultations. Par ailleurs, les parties peuvent, à tout moment, convenir d'un commun accord d'une médiation concernant une mesure dont il est allégué qu'elle a, entre elles, un effet négatif sur les investissements. En revanche, si les parties ne parviennent pas à résoudre leur différend par la procédure de consultations, la partie requérante peut demander l'établissement d'un groupe spécial d'arbitrage.

Or, précisément, il existe une véritable réticence de la Chine à se soumettre aux procédures juridiques internationales. Un auteur chinois a ainsi pu parler de « Chinese lack of affinity for international arbitration »¹⁸.

A titre illustratif, les différends commerciaux liés aux projets « One Belt One Road Initiative » ou « Nouvelle route de la Soie » ont fait l'objet de la création en Chine de tribunaux de commerce internationaux¹⁹.

Par ailleurs, la Chine a conclu de nombreux traités d'investissement. Cependant, peu d'affaires d'arbitrage l'impliquant comme Etat défendeur ou mettant en cause des investisseurs chinois ont été enregistrées²⁰. Ceux-ci préfèrent recourir à la voie diplomatique et informelle pour régler leurs différends d'investissements plutôt qu'à un processus institutionnalisé²¹. Enfin, les investisseurs étrangers restent prudents quant au recours à l'arbitrage afin de ne pas mettre en danger leurs relations futures avec les investisseurs chinois²².

En matière de développement durable et de droit du travail, le dispositif de résolution des différends visé à la section V ne s'applique pas. A la place, des mécanismes amiables de consultations, de panels d'experts et de propositions d'amicus curiae avec la publication de rapports et de recommandations sont mis en place.

Pour compléter le mécanisme de résolution des différends prévu par l'accord, des groupes de travail ont été institués au niveau politique²³. Il s'agit du Working Group on Investment

qui se réunit généralement tous les six mois et peut discuter de toute question relative à la mise en œuvre de l'accord, et du Working Group on Sustainable Development qui se réunit une fois par an et qui a pour mission de faciliter et contrôler la mise en œuvre effective de la section correspondante. Tandis que le premier implique le vice-président de la Commission européenne et le vice-premier ministre chinois, le second est composé de hauts fonctionnaires ou leurs délégués.

Un expert estime que compter sur l'influence d'une personnalité politique ou d'un Etat membre dans les négociations plutôt que sur un processus institutionnel confié aux institutions européennes pourrait ne pas s'avérer efficace²⁴.

Au total, la recherche d'un équilibre entre ouverture économique réciproque respectivement des marchés européens et chinois paraît précaire dans la mesure où, s'agissant des relations entre « espace économique » plus ou moins homogènes, l'absence de mécanisme coercitif devrait à nouveau favoriser le bilatéralisme et non une logique entre deux grands ensembles. Affaire à suivre donc. ■

1. Commission européenne, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI) : list of sections*, 2021.
2. Commission européenne, *Eléments clés de l'accord global UE-Chine sur les investissements*, Communiqué de presse, 2020.
3. Xin Zhiming, *Rule change for foreign hospital investors*, China Daily, 2014.
4. AGI, section II « Investment liberalisation », article 3.
5. China Market Watch, *Confederation of Danish industry in China, China's new foreign investment law 2020*, 2020.
6. Alain Chatillon et Olivier Henno, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques et de la commission des affaires européennes sur la modernisation de la politique européenne de concurrence*, 8 juillet 2020, p. 56.
7. Section III « Regulatory framework », sous-section 2, article 8 de l'AGI.
8. OMC, *Protocole d'accession de la République populaire de Chine, WT/L/432*, 2001, Partie I, 2, C) et 10.
9. Alain Chatillon et Olivier Henno, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires économiques et de la Commission des affaires européennes sur la modernisation de la politique européenne de concurrence*, 2020, p. 56.
10. AGI, Section IV « Investment and sustainable development ».
11. AGI, Section IV « Investment and sustainable development », Sous-section 2, article 6 et sous-section 3, article 4.
12. Heinrich Böll Stiftung, Jessica Lawrence, Tara Van Ho, et Anil Yilmaz Vastardis, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment, A Scoping Study*, décembre 2020.
13. AGI, Section IV « Investment and sustainable development », sous-section 1, article 3.
14. AGI, Section IV « Investment and sustainable development », sous-section 4.
15. Global Energy Monitor, *A New Coal Boom in China*, juin 2020.
16. Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2020 sur le travail forcé et la situation des Ouïgours dans la région autonome ouïgoure du Xinjiang*, 2020/2913(RSP), Considérant R. 1.
17. AGI, Section V « Dispute settlement », article 2.
18. Kong Qingjiang, *Bilateral Investment Treaties : The Chinese Approach and Practice*, Asian Yearbook of International Law, 2003, p. 130.
19. Walid Ben Hamida, *L'arbitrage dans le nouveau droit chinois des investissements*, Revue de droit des affaires internationales, n° 2, 2019.
20. Ibid.
21. Axel Berger, *China's new bilateral investment treaty programme : Substance, rational and implications for international investment law making*, DIE, 2008.
22. Dilini Pathirana, *Un regard sur la présence croissante de la Chine dans les affaires RDIE*, IISD, 2017.
23. AGI, Section VI « Institutional and final provisions ».
24. François Godement, *Wins and Losses in the EU-China Investment Agreement (CAI)*, Institut Montaigne, janvier 2021.