



JOURNÉES INTERNATIONALES – RENCONTRES ASEAN-UE

Quatrième Table-Ronde : L'Accord de Libre-Échange Vietnam-EU (décembre 2015)

**Nicolas Audier
Avocat au Barreau de Paris**

Phnom Penh, 30 et 31 octobre 2017

QUATRIÈME TABLE RONDE : L'ACCORD DE LIBRE ÉCHANGE VIETNAM – UE DE DÉC. 2015

Introduction :

Je suis très heureux de participer à cette table ronde et d'intervenir sur les deux sujets suivants:

- 1. Une analyse critique du nouveau mode de règlement des différends investisseurs – État ; et*
- 2. L'ouverture des marchés publics vietnamiens.*

*L'Union Européenne et le Vietnam sont parvenus à un accord en décembre 2015 sur les termes d'un accord de libre échange (le **EUVFTA**). Ce fut à l'occasion de la visite à Bruxelles de l'ancien Premier Ministre vietnamien, Monsieur Nguyen Tan Dung.*

I

Une analyse critique du nouveau mode de règlement des différends investisseurs – État

Une analyse critique du nouveau mode de règlement des différends investisseurs – État

- Le mode de règlement des différends investisseurs – État est contenu dans le Chapitre 8 (« *Trade in Services, Investment and E-Commerce* ») de la version du EUVFTA mise en ligne sur le site de la Commission européenne : le « **Tribunal permanent** ».

(<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>)

- Quand le Tribunal pourrait commencer à fonctionner ?
 - L'EUVFTA pourrait être approuvé par le Parlement Européen en mai 2018 à la condition toutefois de séparer les chapitres qui relèvent de la compétence exclusive de l'UE et ceux qui relèvent de la compétence des états membres. Le Tribunal permanent ferait partie des compétences nationales et entrerait en vigueur dès sa ratification par chaque Etat Membre de l'UE.

Une analyse critique du nouveau mode de règlement des différends investisseurs – État

Pourquoi ce nouveau système ?

Cela répond aux critiques adressées au système actuel, consacré principalement par les « traités bilatéraux d'investissement » et qui (selon ses détracteurs), en particulier :

- Restreindrait le « droit de légiférer dans l'intérêt général » des États ;
- Faciliterait l'introduction d'actions sans fondement par les investisseurs, ce qui implique des coûts substantiels et injustifiés pour les États.

Quels avantages attendus du Tribunal permanent ?

- Transparence : les règles CNUDCI s'appliquent ; en particulier, les jugements (appelés « awards » dans l'EUVFTA) seront publics.
- Impartialité : les juges (appelés « Members ») seront choisis par l'EU et le Vietnam et devront présenter des garanties d'indépendance.
- Cohérence : une juridiction d'appel assurera une cohérence des décisions.
- Équilibre entre les intérêts des États et des investisseurs.



Une analyse critique du nouveau mode de règlement des différends investisseurs – État

Cependant, un certain nombre de difficultés pourraient se présenter et mettre à mal son effectivité, et cela pour plusieurs aspects :

1. Les étapes de la procédure sont compliquées
2. La composition des juridictions ne sera pas évidente
3. Une trop grande marge de manœuvre est laissée aux Etats pour l'interprétation du droit national
4. La mise en œuvre des décisions finales pourrait être difficile

1/ Les étapes de la procédure sont compliquées (1/2) :

Description de la procédure (4 étapes) :

1. Article 3 EUVFTA : **Résolution amiable** (« *Amicable settlement* ») via médiation et négociations.
2. Article 4 EUVFTA : **Consultation** : Si le différend ne peut être résolu conformément à l'Article 3, l'investisseur peut soumettre une requête pour consultations à l'Etat d'accueil.
3. Article 6 EUVFTA : **Notification d'intention** : 90 jours après la requête pour consultations, l'investisseur peut soumettre une notification d'intention (de soumettre une demande au Tribunal permanent) :
 - Si l'UE reçoit une telle notification, l'EU doit déterminer dans un délai de 60 jours si le défendeur sera un État Membre de l'UE ou l'UE. Cette décision ne peut pas être contestée par l'Etat Membre lors de l'étape suivante (Soumission d'une demande).
4. Article 7 EUVFTA : **Soumission d'une demande** : Six mois après la requête pour consultations (et trois après la notification d'intention), l'investisseur peut soumettre une demande au Tribunal permanent.

1/ Les étapes de la procédure sont compliquées (2/2) :

Il en ressort que :

- Avant de soumettre une demande au Tribunal permanent, **trois étapes procédurales** doivent être complétées ;
- Au moins **six mois** (sans compter la phase de règlement amiable – Article 3) avant de soumettre une demande.

Problèmes :

- **Longueur** ;
- La **phase de règlement amiable – Article 3 n'est pas définie** : comment s'y conformer ? En tentant un règlement amiable ? mais pendant combien de temps et quels documents prouveront au Tribunal permanent que cette phase a été complétée (un procès-verbal de non conciliation ? Simple échanges d'emails ?)

A titre de comparaison :

- Seulement une étape dans le TBI France-Vietnam (du 26 mai 1992), selon son Article 8 :
 - 8.1 : Recommandation générale de tenter un règlement ;
 - 8.2 : Si le différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une des parties, chaque partie peut le soumettre à l'arbitrage.



2/ Composition du Tribunal et du Tribunal d'appel :

- Tribunal : 9 juges (appelés « Members ») nommés pour quatre ans, renouvelable une fois, dont :
 - Trois sont de nationalité vietnamienne (le Vietnam peut également proposer des personnes d'une autre nationalité), trois sont de nationalité d'un pays membre de l'UE (même faculté reconnue) et trois sont de nationalité de pays tiers.
- Tribunal d'appel : six Membres (même règle pour le terme des mandats) ;
- Tous les Membres sont soumis à des règles d'éthique strictes : indépendants, conflit d'intérêt, code de conduite, etc.
- Tous les Membres doivent disposer d'une expertise en droit international public et de préférence en droit international des investissements, en droit commercial international et dans le règlement des différends liés aux investissements internationaux.
- Une question qui se pose est celle des candidats que le Vietnam pourrait proposer: peu d'avocats ou juristes disposent des compétences requises et le terme est relativement long (4 ans) avec des règles contraignantes (notamment, Article 14.1 sur le conflit d'intérêt).



3/ L'interprétation du droit national

- Article 16 EUVFTA : *Le Tribunal permanent est lié par l'interprétation du droit local donnée par les tribunaux ou les autorités compétentes pour interpréter les dispositions pertinentes du droit local* [NB: Nous comprenons que cela répond à des exigences de la Cour de Justice de l'UE.].
- Au regard de notre expérience, le Vietnam a parfois soumis à des tribunaux arbitraux établis pour le règlement de différends investisseur-Etat des positions officielles du Ministère de la Justice ou d'autres autorités pour rendre effective *a posteriori* une interprétation du droit local.
- Il n'existe pas de jurisprudence au Vietnam, les textes de loi sont parfois lacunaires et laissent souvent la place à des interprétations très différentes. L'Article 16 est rédigé de telle façon que le Tribunal permanent pourrait se sentir lié par des interprétations officielles données *a posteriori*, s'il est établi qu'en application du droit local ladite autorité a compétence pour interpréter la disposition en question.

4/ Execution des décisions (1/2) :

L'Article 31 du EUVFTA pose deux interrogations :

Première interrogation :

- L'Article 31.2 dispose que les décisions finales doivent être exécutées par chaque partie (l'UE et le Vietnam) « comme s'il s'agissait de décisions finales d'une cour [de cette partie] ».
- *Qu'en est-il des Etats tiers ? Accepteront-ils d'exécuter les décisions du Tribunal permanent et du Tribunal d'appel ?*

4/ Execution des decisions (2/2) :

Deuxième interrogation :

- L'Article 31 (paragraphe 3 et 4) dispose que les décisions rendues à l'encontre du Vietnam seront exécutées par le Vietnam en application de la Convention de New York de 1958 pour une période de **cing années**.
- Au regard de notre expérience, le taux d'acceptation d'exécution des sentences arbitrales étrangères est très faible, en-dessous de 50 % sans aucun doute, bien que le Vietnam soit partie à la Convention de New York depuis 1995. L'exécution des décisions du Tribunal et du Tribunal d'appel pourrait donc être compliquée au cours des cinq premières années.
- Après cette période de cinq années, le Vietnam exécutera les décisions en application des paragraphes 1 et 2 de l'Article 31 : les décisions finales sont exécutoires *comme s'il s'agissait de décisions finales* d'un tribunal du Vietnam. Cependant, le Comité Commercial a la faculté de prolonger la période d'application de la Convention de New York.

II

L'ouverture des marchés publics vietnamiens

L'ouverture des marchés publics vietnamiens

Contexte :

- Les engagements du Vietnam en matière de marchés publics sont contenus principalement dans le Chapitre 9 (« *Government procurement* ») et ses annexes de la version du EUVFTA mise en ligne sur le site de la Commission européenne.

(<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>)

- À notre connaissance, sauf le TPP, l'EUVFTA est le premier engagement du Vietnam en matière d'accès aux marchés publics.
- Par ailleurs, le Vietnam est membre observateur depuis 2012 de l'Accord sur les Marchés Publics (**AMP**) conclu dans le cadre de l'OMC, mais n'est pas partie à cet accord.



L'ouverture des marchés publics vietnamiens

I. A quels marchés publics s'appliquent les engagements de l'EUVFTA ?

1. Biens, services et constructions visés

En principe, tous les marchés publics portant sur des biens seront ouverts aux entreprises européennes, seule une liste d'exceptions vient préciser les différents biens exclus du champ de l'accord.

Au contraire des biens, les services ouverts aux entreprises européennes sont positivement énumérés dans une liste en annexe.

Pour ce qui est des services de construction, ils seront en principe ouverts aux entreprises européennes, à l'exception par exemple de la construction/rénovation des sièges des ministères.

L'ouverture des marchés publics vietnamiens

I. A quels marchés publics s'appliquent les engagements de l'EUVFTA ?

2. Personnes publiques visées

Notamment :

- *l'ensemble des ministères du niveau central,*
- *certaines entreprises d'Etat (EVN-Distribution et VNR l'opérateur ferroviaire national),*
- *34 hôpitaux publics, et*
- *certains départements de l'administration de Hanoi et de Ho Chi Minh-ville.*

En comparaison avec le TTP, l'EUVFTA vise un champ de personnes publiques plus large. En effet, l'EUVFTA inclut l'ensemble des ministères de l'administration centrale, certaines collectivités territoriales et porte sur un nombre plus important d'abaissements ou d'entreprises publics.

L'ouverture des marchés publics vietnamiens

I. A quels marchés publics s'appliquent les engagements de l'EUVFTA ?

3. Seuils de valeurs

Les seuils de valeurs sont les seuils à partir desquels un marché public est « couvert » par l'EUVFTA, et ainsi permet aux entreprises européennes de bénéficier des stipulations de l'EUVFTA.

Ces seuils sont calculés en DST (droits de tirages spéciaux). On constate ici des seuils plus favorables avec des périodes de transition plus courtes dans l'EUVFTA que dans le TTP.

Surtout, le Vietnam bénéficie d'un régime transitoire, qui s'étale sur 15 ans. A l'issue de cette période transitoire, les seuils seront pleinement applicables.

Exemple : Le seuil pour les marchés de bien et service passés par les entités du gouvernement central seront réduits de 1.5 million DST à 130.000 DST dans 15 (environ 160.000 EUR).



L'ouverture des marchés publics vietnamiens

II. Quels sont les engagements du Vietnam ?

Essentiellement :

A. Article IV du Chapitre 9 :

- Accorder un traitement national, pour les marchés couverts, aux biens, services et fournisseurs européens.
- Ne pas discriminer entre les fournisseurs établis localement sur le fondement :
 - i. Du degré d'affiliation ou de détention avec l' étranger ;
 - ii. Du fait que le fournisseur fournit des biens ou des services européens.

➤ ***Les entreprises à capitaux étrangers (européens) sont couverts par l'EUVFTA.***



L'ouverture des marchés publics vietnamiens

II. Quels sont les engagements du Vietnam ?

B. Articles V, VI et XI du Chapitre 9 :

Ces Articles définissent des règles relativement à :

- **Transparence (V) :** publication des règles de procédure applicables, notamment des modèles de contrat obligatoires (le cas échéant) ;
- **Notification et cahier des charges (VI) :** contenu de ces documents ;
- **Délais (XI) :** délais devant être respectés, notamment délai minimum de 40 jours calendaires entre la notification d'appel d'offre et la date limite de soumission des offres (appel d'offres ouvert).

L'ouverture des marchés publics vietnamiens

III. Quel est le cadre juridique national applicable actuellement ?

En 2013, le Vietnam s'est muni d'une loi sur les marchés publics en 2013 :

- *Loi n^o 43/2013/QH-13 sur les marchés publics, du 26 novembre 2013 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014) ; cette loi remplace une précédente loi de 2005.*
- *Plusieurs décrets et circulaires d'application détaillent ce texte.*
- *Des textes régissent des domaines spécifiques : médicaments ; Décret 60/2015/ND-CP, applicable à la sélection des investisseurs dans le cadre de PPP (« private public partnerships »).*
- ***L'effort du Vietnam de « codification » (regrouper les règles relatives aux marchés publics dans un seul texte) n'est pas abouti ; de nombreuses dispositions éparses.***

L'ouverture des marchés publics vietnamiens

IV. Quels changements du droit vietnamien seront nécessaires ?

- La chambre de commerce et d'industrie du Vietnam (**VCCI**) a consacré un rapport entier à la comparaison de la législation vietnamienne en matière de marché public et les engagements du Vietnam dans ce secteur dans le EUVFTA.

(http://wtocenter.vn/sites/wtocenter.vn/files/publications/attachments/Review%20Report%20on%20GP_EVFTA_VCCI_Eng.pdf)

- *Quelles sont ses conclusions ?* Plutôt encourageantes, car le Vietnam est membre observateur depuis 2012 de l'AMP dans le cadre de l'OMC : l'EUVFTA contient des standards proches de l'AMP.
- La loi de 2013 représente un effort important du Vietnam pour se conformer aux standards internationaux et le Vietnam s'est inspiré de l'AMP pour cela.
- ***L'analyse des réformes que le Vietnam doit réaliser est un long travail en raison du cadre juridique éclaté malgré la loi de 2013. Les ministères vietnamiens commencent sans doute ce travail d'analyse systématique. En tout état de cause, l'EUVFTA semble prometteur pour les entreprises européennes, y compris celles installées au Vietnam.***





Merci de votre attention !

Nicolas Audier
Avocat à la Cour
Membre du Barreau de Paris

**Audier & Partners Vietnam
LLC**
Unit 2.10, CornerStone Building
16 Phan Chu Trinh Street
Hanoi, Vietnam
Tel: +84-4 2 39 36 95 78
Fax: +84-4 239 36 95 82
Mobile: +84 90 3 421 055

Audier & Partners Vietnam LLC
Suite 501, Centec Tower
72/74 Nguyen Thi Minh Khai Street
Ho Chi Minh City, Vietnam
Tel: +84-3 08 38 27 50 45
Fax: + 84-3 08 38 27 50 46
Mobile: +84 90 3 421 055