

Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie du droit de l'Union

CJUE, gde ch., 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16

Nicolas DE SADELEER, *Chaire Jean Monnet, Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis, Professeur invité à l'Université catholique de Louvain**

Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof – Bilateral investment treaty concluded in 1991 between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic and still applicable between the Kingdom of the Netherlands and the Slovak Republic – Provision enabling an investor from one Contracting Party to bring proceedings before an arbitral tribunal in the event of a dispute with the other Contracting Party – Compatibility with Articles 18, 267 and 344 TFEU – Concept of ‘court or tribunal’ – Autonomy of EU law – Case C-284/16

Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic, under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept.

Introduction

Le droit international des investissements est particulièrement fragmenté. En date du 1^{er} janvier 2017, 2.396 traités bilatéraux d'investissement (connus sous l'acronyme « TBI ») étaient en vigueur¹. À cela, il convient d'ajouter 303 traités contenant des dispositions ayant trait à la protection des investissements. Cette nébuleuse de traités est complétée par deux conventions internationales ayant trait à l'arbitrage : la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et la Convention

pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington le 18 mars 1965. Les États d'Europe occidentale ont contribué à l'essor de ce pan du droit international, l'Allemagne de l'Ouest ayant conclu un traité d'investissement avec le Pakistan dès 1959², les Pays-Bas avec l'Indonésie en 1968. Le premier traité bilatéral à inclure une clause sur le règlement différend fut conclu en 1969, entre l'Italie et le Tchad³.

² *Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes)*, Germany and Pakistan, 25 November 1959, 457 U.N.T.S. 24 (entered into force 28 November 1962).

³ Ch. BROWN, « The Development by States of Model Bilateral Investment Treaties », in S. WENHUA (ed.), *China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership*, (2014) Brill, 124. Details of the agreement (in English) available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent/treaty/826>.

* L'auteur tient à remercier Mme I. DAMJANOVIC et MM. Quentin DECLÈVE et Francis HAUMONT pour leurs précieux conseils.

¹ UNCTAD investment hub website : <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.

À la suite de la conclusion de la Convention de 1965 sur le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), laquelle habilite ce centre à régler les « *différends d'ordre juridique entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement* »⁴, les nouveaux traités d'investissement renvoyèrent à ce mécanisme de règlement des différends. Placé sous les auspices de la banque mondiale, le CIRDI aurait eu le mérite de « dépolitiser » les conflits relatifs aux investissements⁵.

Tandis que le droit international public connaît principalement les États en tant que sujets, ces traités d'investissement octroient des droits à des personnes physiques ou morales qui peuvent s'en prévaloir, généralement, devant des tribunaux arbitraux. Malgré la réciprocité des obligations entre les parties contractantes, il n'en demeure pas moins que leurs rapports de force sont forcément asymétriques. En effet, ce sont des investisseurs occidentaux qui sont susceptibles d'invoquer les droits qui y sont consacrés.

Alors que dans le courant des années 1970 et 1980 les traités d'investissement étaient principalement conclus entre des États occidentaux connaissant une économie de marché et des pays en voie de développement, une nouvelle vague de traités bilatéraux vit le jour à la suite de la chute du rideau de fer en 1991. Ces TBI veillent à garantir la sécurité des investisseurs des pays d'Europe occidentale dans les pays d'Europe centrale qui avant les années 1990 avaient connu une économie dirigée. À cela, il faut ajouter la signature à Lisbonne le 19 décembre 1994 du traité sur la charte de l'énergie (TCE), lequel a été conclu comme un accord multilatéral auquel l'Union et tous les États membres, à l'exception de l'Italie, sont parties⁶. Comme il s'agit d'un accord mixte⁷, le droit dérivé doit être in-

terprété conformément aux obligations qui incombent à l'Union en vertu du TCE⁸. Il s'ensuit que l'Union est juridiquement liée par les obligations de traitement loyal et équitable et de non-expropriation qui y sont énoncées⁹.

S'agissant de la protection substantielle des investisseurs, les TBI prévoient généralement la clause de la nation la plus favorisée, la protection et la sécurité pleine et entière des investissements, leur traitement juste et équitable, le libre transfert de paiement ainsi que l'interdiction des expropriations directes ou indirectes illégales. Les droits accordés par les TBI couvrent en partie les droits accordés aux investisseurs par le droit de l'Union.

En ce qui concerne les aspects contentieux, les TBI prévoient qu'un investisseur d'un État contractant peut, en cas de litige concernant ses investissements sur le territoire de l'autre État contractant, introduire un recours contre cet État devant un tribunal arbitral (davantage connu sous l'acronyme anglais « ISDS »¹⁰). Le recours à l'arbitrage aurait été développé à partir des années 1950 par des États occidentaux en vue de protéger les investissements de leurs sociétés dans des États ayant connu une économie dirigée.

Lorsque la procédure est prise en charge et administrée par une institution d'arbitrage selon son règlement et en contrepartie d'une rémunération, l'arbitrage international est institutionnalisé. À titre d'exemple, certains TBI confèrent le pouvoir de nomination des arbitres à la chambre de commerce de Stockholm (CCS), laquelle constitue une institution arbitrale permanente. Il peut également s'agir d'un arbitrage *ad hoc*, dans lequel les parties administrent elles-mêmes la procédure sans avoir recours au soutien d'une institution arbitrale¹¹.

Le règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) peut être rendu applicable à la procédure arbitrale. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI garantit l'indépendance et l'impartia-

⁴ Art. 25 I.

⁵ K. J. VANDELDELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », (2005) 12 *UC Davis Journal of International Law and Policy* 157, 175.

⁶ V. J. KLEINHELSTERKAMP, « Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty », (2012) 15 *Journal of International Economic Law* 85.

⁷ A. ROSAS, « Mixed Union-Mixed Agreements » et L. GRANVIK, « Incomplete Mixed Environmental Agreements of the EU and the Principle of Bindingness », in M. KOSKENNIEMI (ed.), *International Law Aspects of the EU*, La Haye, Kluwer Law Int'l, 1998, p. 125.

⁸ Conclusions de l'avocat général JAASKINEN du 15 mars 2011, *Commission / Slovakia*, aff. C-264/09, point 60.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Investor State-Dispute Settlement.

¹¹ Pour un exemple de tribunal arbitral *ad hoc*, v. CJUE, 2 juin 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, aff. C-377/13, EU:C:2014:1754.

lité des arbitres en leur imposant une obligation claire de signaler toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou sur leur indépendance¹², ainsi qu'en instaurant une procédure de récusation des arbitres¹³.

S'ils s'inspirent d'une certaine manière de l'arbitrage commercial, les tribunaux arbitraux créés par les TBI s'en distinguent sur deux plans. Alors que l'arbitrage commercial « trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause », les tribunaux d'investissement résultent de la conclusion d'un traité d'investissement¹⁴. En outre, les États parties à ces tribunaux ont consenti à soustraire les litiges d'investissement à la compétence de leurs propres juridictions, dans le dessein d'attirer les investisseurs. L'investisseur étranger lésé peut soit initier une procédure devant les juridictions de l'État d'accueil, soit porter directement le litige devant un tribunal arbitral sans devoir pour autant épuiser les voies de recours juridictionnel internes. Dans la mesure où les juridictions étatiques imposent souvent des conditions relativement strictes d'invocabilité des traités internationaux, les tribunaux arbitraux apparaissent, aux yeux des investisseurs, comme le for le plus approprié pour régler leurs différends avec les États d'accueil¹⁵. Qui plus est, la rapidité des procédures ainsi que leur confidentialité semblent mieux répondre à leurs attentes que les procédures juridictionnelles classiques. Le contentieux opposant l'investisseur à l'État d'accueil serait de la sorte « dépolitisé », ce qui permettrait d'éviter des tensions entre les États contractants.

Ce mécanisme de règlement des différends a fait l'objet, au fil du temps, de critiques de plus en plus cinglantes, notamment de la part de plusieurs groupes d'intérêts et autorités publiques. En 2014, le magazine *The Economist* a publié un éditorial virulent sur la question¹⁶.

¹² V. art. 9 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et art. 11 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI modifié en 2010 et en 2013.

¹³ V. art. 10 à 12 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ainsi que les art. 12 et 13 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI modifié en 2010 et en 2013.

¹⁴ Arrêt, point 55.

¹⁵ Conclusions de l'avocat général M. WATHELET (conclusions présentées le 19 septembre 2017, dans l'affaire C-284/16), point 206.

¹⁶ « The arbitration game », *The Economist*, 10 octobre 2014, p. 74.

D'après cet éditorial, les velléités initiales de protéger les investisseurs étrangers s'étaient évanouies, dans la mesure où bon nombre de multinationales s'étaient mises à contester des décisions inspirées par l'intérêt général. Les honoraires particulièrement élevés des arbitres étaient critiqués au motif que ces derniers avaient tendance à ralentir le déroulement des procédures. Certains États hésitèrent à continuer dans cette voie. Ainsi, à la suite du litige *Philip Morris* qui portait sur la compatibilité d'une labellisation des produits de tabac avec les droits octroyés en vertu d'un traité d'investissement conclu entre l'Australie et Hong Kong, l'Australie se montra moins encline à prévoir de telles clauses dans les traités d'investissement¹⁷.

Rien d'étonnant dès lors que la légitimité de ces tribunaux d'investissement ait constitué la pierre d'achoppement lors des négociations du TTIP¹⁸ et du CETA¹⁹. Ce vent de contestation a conduit le Canada et l'Union européenne à renoncer au modèle traditionnel en faveur d'une juridiction permanente d'investissement, comprenant un tribunal de première instance et une cour d'appel²⁰. Le CETA prévoit aussi de nouvelles règles procédurales, impose aux membres de ces nouvelles juridictions des obligations éthiques et précise le droit des parties de réglementer les investissements conformément à l'intérêt général²¹. Enfin, on notera que la Belgique a sollicité au mois d'octobre dernier un avis conformément à l'article 218, paragraphe 11, TFUE quant à la compatibilité de cette nouvelle procédure d'arbitrage au regard de l'article 277 TFUE.

Les craintes exprimées à l'égard des tribunaux arbitraux sont-elles exagérées ? Dans les conclusions qu'il a rendues dans la présente affaire, l'avocat général Melchior WATHELET

¹⁷ Le litige opposait la société Philip Morris à l'Australie quant à la compatibilité d'une réglementation sur la labellisation des produits du tabac au regard des droits consacrés dans un traité d'investissement conclu entre l'Australie et Hong Kong en 1993. La société Philip Morris y avait établi son siège en vue de pouvoir porter ce contentieux devant le tribunal arbitral établi en vertu de ce traité d'investissement. V. également *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. And Abal Hermanos S.A. / Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Cas N). ARB/10/7, Award (8 July 2016).

¹⁸ *Transatlantic Trade and Investment Partnership*.

¹⁹ *Comprehensive Economic and Trade Agreement*.

²⁰ Section F chapitre 8.

²¹ Art. 8.30.

estimait que c'était le cas. Selon lui, « *les statistiques de la CNUCED montrent que, sur 62 procédures arbitrales internes à l'Union qui, sur une période de plusieurs décennies, ont été clôturées, les investisseurs n'ont eu gain de cause que dans 10 affaires* »²².

I. Controverses soulevées par les TBI internes à l'Union

Le maintien des TBI internes à l'Union conclus avant l'adhésion de plusieurs pays d'Europe centrale et orientale a soulevé moult controverses²³. La compatibilité de ces accords avec le droit de l'Union fut rapidement mise en cause par la Commission européenne. En effet, à la différence des investisseurs des parties contractantes, les investisseurs d'autres États membres n'ont pas la possibilité de saisir un tribunal arbitral au lieu des juridictions étatiques, ce qui peut les désavantager. Un tel désavantage constitue-t-il une discrimination contraire à l'article 18 TFUE ? En outre, le fait que les droits accordés aux investisseurs par les TBI ne couvrent pas nécessairement les droits consacrés par le TFUE en matière de liberté de services et de transfert de capital pourrait porter atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur. Enfin, s'agissant du TCE évoqué ci-dessus, ses dispositions présentent nettement moins d'intérêt aujourd'hui en raison de l'harmonisation des régimes nationaux en matière d'énergie.

A. Prises de position de la part des États membres et de la Commission européenne

Jusqu'à ce que l'affaire *Achmea* soit tranchée par la Cour de justice, l'UE paraissait fort divisée sur la question du maintien des TBI. Les États d'origine des investisseurs, à savoir l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, l'Autriche et la Finlande, s'étaient montrés plutôt favorables au maintien des traités bilatéraux d'investissement alors que les États qui sont cités comme parties défenderesses dans les procédures d'arbitrage d'investissement ont soutenu que les TBI internes à l'Union

s'avéraient incompatibles avec le droit de l'Union²⁴.

Au demeurant, plusieurs États membres d'Europe centrale (Tchéquie, Estonie, Hongrie, Pologne, Roumanie, Slovaquie), les pays baltes (Estonie et Lettonie), ainsi que la Grèce et l'Italie ont été cités comme parties défenderesses dans des procédures d'arbitrage d'investissements internes à l'Union²⁵.

Alors que ces désaccords auraient dû conduire certaines parties contractantes à dénoncer ces traités, ce ne fut assurément pas le cas. À l'exception de l'Italie²⁶, tous les autres États membres décidèrent de maintenir leurs TBI.

Si elle avait encouragé à l'origine la conclusion de TBI en vue de préparer l'adhésion des pays de l'Europe centrale et orientale en 2004-2007, la Commission européenne a, par la suite, réorienté son appréciation. Elle contesta leur validité au motif qu'ils seraient incompatibles avec le droit de l'Union.

Les thèses avancées par la Commission ne furent généralement pas suivies par les tribunaux arbitraux. Plusieurs juridictions arbitrales jugèrent que les différends entre investisseurs et États contractants à un TBI ne relevaient pas de l'article 344 TFUE. À titre d'exemple, si dans l'affaire *Charanne*, la Commission européenne avait contesté dans son *amicus curiae* la compétence du tribunal arbitral saisi²⁷, ce dernier s'estima compétent²⁸.

En revanche, dans l'affaire *Electrabel*, le tribunal arbitral a jugé que le droit de l'Union l'emportait sur le TCE dans le cas de contentieux internes à l'Union²⁹. En l'espèce, lorsque les deux parties contractantes conclurent le TCE, la Belgique était membre de l'Union alors que la Hongrie ne l'était pas encore³⁰. Le tribunal rappela que l'article 351 TFUE s'oppose au maintien d'obligations conventionnelles préalables à l'adhésion de l'État membre qui s'avé-

²² Conclusions de l'avocat général M. WATHELET, préc., point 44.

²³ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 218-219.

²⁴ Conclusions de l'avocat général M. WATHELET, préc., points 34 à 48.

²⁵ *Ibid.*, point 35.

²⁶ La République italienne a mis fin à ses TBI internes à l'Union.

²⁷ Les tribunaux arbitraux ont très largement donné la possibilité à la Commission d'intervenir dans le cadre des procédures arbitrales.

²⁸ Décision arbitrale du 21 janvier 2016, *Charanne B.V. / Spain SCC*, Arb. No. 062/2012, point 409.

²⁹ *Electrabel SA / Hongrie* (affaire CIRDI n° ARB/07/19), décision du 30 novembre 2012 sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, et sentence du 25 novembre 2012.

³⁰ *Ibid.*, § 4.187. Traduction personnelle.

raient contraires au droit de l'Union. Sur la base de cette prémisse, il jugea que : « *Dans l'hypothèse où le TCE demeurerait incompatible avec le droit de l'Union, malgré les efforts d'harmonisation, le droit de l'Union devrait prévaloir sur la protection substantielle accordée par le TCE ; il s'ensuit que le TCE ne pourrait s'appliquer en violation du droit de l'Union à une demande à l'encontre d'un État membre* »³¹.

B. Prévalence de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union sur le traité d'investissement interne

Alors que le marché slovaque des soins de santé avait été ouvert au début des années 2000 à des opérateurs économiques étrangers offrant des prestations d'assurance maladie privée, quelques années plus tard, les autorités slovaques sont revenues sur la libéralisation de ce marché, en interdisant notamment la distribution des bénéfiques produits par ces activités. La société de droit néerlandais, Achmea, avait initié contre la République slovaque une procédure arbitrale, en application d'un accord sur la protection réciproque des investissements entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie. Siégeant à Francfort-sur-le-Main, le tribunal arbitral avait écarté l'exception d'incompétence avancée par la République slovaque et avait condamné cette dernière à verser à la société Achmea des dommages et intérêts pour violation du TBI. La sentence arbitrale fut contestée par la République slovaque devant les juridictions civiles allemandes. La requérante arguait que, dans la mesure où le tribunal arbitral n'avait pas eu la possibilité de saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, elle n'avait pas tenu compte de dispositions en matière de libre circulation des capitaux et, partant, avait violé ses droits de la défense. *In fine*, exprimant des doutes quant à la compatibilité de la clause arbitrale avec les articles 18, 267 et 344 TFUE, la Cour fédérale de justice d'Allemagne interrogea la Cour de justice à titre préjudiciel.

L'article 344 TFUE, en vertu duquel les États membres s'engagent ne pas soumettre un dif-

férend relatif à l'interprétation ou l'application du traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci, constitue le point de départ du raisonnement de la Cour de justice. La juridiction de renvoi avait exprimé des doutes quant à l'applicabilité même de cette disposition, dans la mesure où son libellé ne faisait pas clairement apparaître qu'elle couvrait des différends entre un particulier et un État membre. Pour sa part, l'avocat général Melchior WATHELET avait rejeté une interprétation extensive de cette disposition qui la rendrait applicable à des litiges opposant un investisseur à un État membre. Selon lui, les litiges entre particuliers n'étaient pas visés par l'article 344, même si la juridiction « *appelée à les résoudre était amenée à prendre en compte ou à appliquer le droit de l'Union* »³². À l'appui de sa thèse, l'avocat général invoqua l'avis 2/13 concernant l'adhésion de l'Union à la Cour EDH³³. Dans les points 201 à 214 de cet avis, la Cour n'a examiné l'incompatibilité de l'adhésion avec l'article 344 qu'à l'aune des différends inter-étatiques et entre les États membres et l'Union³⁴. Dans la mesure où l'investisseur exerce un droit qui lui est octroyé par le traité d'investissement et non pas un droit conféré à son État d'origine, on aurait pu estimer qu'il ne s'agissait pas d'un différend inter-étatique soumis à l'article 344 TFUE.

Dans le prolongement de l'avis 2/13, la Cour de justice souligne l'autonomie du droit de l'Union, au regard tant du droit des États membres que du droit international. Cette autonomie se justifie « *en raison des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit, relatives, notamment, à la structure constitutionnelle de l'Union ainsi qu'à la nature même dudit droit* »³⁵. Le droit de l'Union repose sur une « *prémisse fondamentale* » qui consiste dans le partage d'une série de valeurs communes consacrées à l'article 2 TUE. Pour la Cour de justice, cette prémisse justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs. Conformément au principe de coo-

³² Point 46.

³³ CJUE, ass. plén., avis du 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

³⁴ *Ibid.*, points 201 à 214.

³⁵ CJUE, gde ch., arrêt du 6 mars 2018, *Slowakische Republik / Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, point 33.

³¹ *Ibid.*, § 4.189. Traduction personnelle.

pération loyale, consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, les États membres sont tenus d'assurer la correcte exécution du droit de l'Union. Dans la mesure où elle constitue la « clé de voûte du système juridictionnel »³⁶, la procédure de renvoi préjudiciel a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, « permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie... »³⁷.

Sur la base de ces prémisses, la Cour de justice répond aux questions préjudicielles en trois étapes.

A. Le droit de l'Union est-il susceptible d'être appliqué et interprété ? Dans un premier temps, il convenait de vérifier si le litige que le tribunal avait été appelé à connaître portait exclusivement sur les droits consacrés par le TBI ou était susceptible de concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union. Quand bien même le tribunal arbitral serait appelé à se prononcer sur une violation des droits consacrés par cet accord, il n'en demeure pas moins, aux yeux de la Cour, qu'il est amené à interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union, tout particulièrement les dispositions ayant trait à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux³⁸.

À cet égard, la Cour de justice a souligné dans son arrêt que l'article 8 du traité litigieux prévoyait que le tribunal devait « tenir compte notamment du droit en vigueur de la partie contractante concernée ainsi que de tout accord pertinent entre les parties contractantes »³⁹. Or, l'obligation de prendre en compte le droit national de la partie défenderesse n'est pas exigée par tous les traités d'investissement. À titre d'exemple, l'article 26(6) du traité sur la charte de l'énergie prévoit que le tribunal constitué « statue conformément aux règles du présent traité et aux règles et principes applicables du droit international ». D'aucuns pourraient déduire que des tribunaux institués en vertu de tels traités ne pourraient statuer conformément aux règles de droit national.

B. Le tribunal arbitral en cause relève-t-il du système juridictionnel de l'Union ? Puisque le droit de l'Union est applicable, la Cour justice

devait vérifier, dans un second temps, si le tribunal arbitral relevait du « système juridictionnel de l'Union ». Contrairement aux conclusions rendues par l'avocat général Melchior WATHELET, la Cour conclut que le tribunal arbitral, mis en place en vertu d'un traité d'investissement, ne peut pas être considéré comme étant une juridiction « d'un des États membres » au sens de l'article 267 TFUE⁴⁰. En insistant sur la raison d'être des tribunaux arbitraux, qui permettent aux investisseurs de contourner le droit juridictionnel national, elle devait conclure que de tels tribunaux ne pouvaient constituer « un élément du système juridictionnel »⁴¹. Ce critère prévaut sur le faisceau d'indices (l'origine légale, la permanence, l'indépendance, le caractère obligatoire de la juridiction, l'application de règles de droit, la nature contradictoire de la procédure) habituellement retenu par la Cour⁴².

Assurément, le tribunal arbitral tirait son origine d'un traité et non pas d'une clause compromissoire contenue dans un contrat. En vue d'écarter le critère de l'origine légale du tribunal arbitral, la Cour a pris soin de distinguer ce dernier des tribunaux arbitraux qui furent déclarés recevables à lui poser les questions préjudicielles. S'agissant d'une juridiction arbitrale portugaise chargée de la résolution juridictionnelle des litiges en matière fiscale, la Cour souligne la pertinence du critère d'origine légale retenu puisque la Constitution portugaise consacre expressément ce mode de résolution des litiges⁴³.

La Cour a également considéré que le tribunal arbitral en cause ne saurait être considéré comme étant une juridiction commune à plusieurs États membres. En effet, il n'est pas comparable à une juridiction telle que la Cour de justice du Benelux, laquelle peut lui soumettre des questions préjudicielles⁴⁴. Elle rappelle que cette dernière juridiction est chargée d'assurer l'uniformité dans l'application des règles juridiques communes aux États du

³⁶ *Ibid.*, point 37.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, point 42.

³⁹ *Ibid.*, point 43.

⁴⁰ *Ibid.*, point 46.

⁴¹ *Ibid.*, point 45.

⁴² V. CJUE, arrêt du 31 janvier 2013, *Belov*, aff. C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48, point 38 et jurisprudence citée.

⁴³ CJUE, gde ch., arrêt du 6 mars 2018, *Slowakische Republik / Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, point 44.

⁴⁴ CJCE, arrêt du 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, aff. C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517, point 21 ; CJCE, arrêt du 14 juin 2011, *Miles e.a.*, aff. C-196/09, ECLI:EU:C:2011:388, point 40.

Benelux et que la procédure devant elle forme un incident dans les procédures pendantes devant les juridictions nationales⁴⁵.

C. Contrôle de la sentence arbitrale par les juridictions étatiques. Dans un troisième temps, la Cour a dû vérifier si la juridiction nationale chargée de contrôler la validité de la sentence arbitrale ne pouvait pas elle-même lui poser la question préjudicielle, comme ce fut le cas en l'espèce. En effet, s'agissant de l'arbitrage commercial, la Cour de justice a jugé que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifiaient que le contrôle des sentences arbitrales exercées par les juridictions étatiques revête un caractère limité pourvu que les « *dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre de ce contrôle et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour* »⁴⁶.

Or, le contrôle juridictionnel ne pouvait être exercé par la juridiction nationale « *que dans la mesure où le droit national le permet* »⁴⁷. En outre, en l'espèce, le droit allemand ne prévoyait qu'un contrôle limité de la sentence arbitrale⁴⁸. Aux yeux de la Cour de justice, la procédure d'arbitrage commercial « *trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause* » alors que l'arbitrage en matière d'investissement résulte d'un traité, « *par lequel des États membres consentent à soustraire à la compétence leur propre juridiction et, partant, au système des voies de recours juridictionnel... des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation de ce droit* »⁴⁹. La possibilité réservée à une juridiction étatique de poser des questions préjudicielles dans le cadre d'un contrôle juridictionnel limité, applicable à l'arbitrage commercial, ne peut donc être transposée à l'arbitrage en matière d'investissement.

II. Implications de l'arrêt *Achmea* sur les TBI

A. Implications sur les TBI internes à l'Union

Les arrêts rendus sur question préjudicielle ne lient pas seulement la juridiction de renvoi (*inter partes*) ; ils valent également *erga omnes*. Il est en effet de jurisprudence constante que les juridictions nationales doivent se conformer aux arrêts de la Cour déclarant une mesure de l'Union illégale⁵⁰. L'interprétation a des effets *ex tunc* et non *ex nunc*. L'interprétation retenue par la Cour de justice s'incorpore dans la norme à partir de son entrée en vigueur⁵¹.

Étant donné que la procédure préjudicielle permet une interprétation uniforme du droit de l'Union, celle-ci s'avère indispensable pour garantir son application uniforme par les juridictions nationales⁵².

Il s'ensuit que les autorités des États membres qui sont parties à des TBI internes à l'Union sont tenues de respecter les enseignements de l'arrêt *Achmea*. Ainsi, depuis le 6 mars 2018, l'arrêt ayant autorité de chose interprétée a rendu inapplicables les procédures autorisant un investisseur d'un État membre, en cas de litige concernant son investissement dans un autre État membre, à introduire une procédure contre ce dernier État devant un tribunal arbitral, dont cet État s'est obligé à accepter la compétence. Aussi les États membres parties à ces accords sont-ils tenus de dénoncer les clauses arbitrales contenues dans les TBI dans les plus brefs délais. Qui plus est, le maintien de ce mécanisme de règlement des différends engage la responsabilité des États membres concernés. Enfin, la Commission européenne devrait, en tant que gardienne du traité, tenter des recours en manquement contre les États rétifs à dénoncer ces clauses.

Dans la mesure où 181 TBI internes à l'Union sont encore en vigueur, les implications de l'arrêt *Achmea* sont significatives. Au demeure-

⁴⁵ CJUE, gde ch., arrêt du 6 mars 2018, *Slowakische Republik / Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, point 43.

⁴⁶ CJCE, arrêt du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, points 35, 36 et 40 ; CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, points 34 à 39.

⁴⁷ CJUE, gde ch., arrêt du 6 mars 2018, *Slowakische Republik / Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, point 53.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ CJUE, gde ch., arrêt du 6 mars 2018, *Slowakische Republik / Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, point 55.

⁵⁰ CJCE, arrêt du 3 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation*, aff. 66/80, ECLI:EU:C:1981:102, point 13 ; CJCE, arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

⁵¹ M. BROBERG et N. FENDER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2010, p. 442.

⁵² CJCE, arrêt du 3 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation*, aff. 66/80, ECLI:EU:C:1981:102.

rant, la quasi-totalité de ces accords ont été conclus entre les anciens et les nouveaux États membres⁵³.

On rappellera enfin que depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les États membres ne sont plus en mesure de conclure des TBI internes. Lorsque les traités de commerce et d'investissement couvrent des compétences partagées, notamment s'agissant des investissements de portefeuille⁵⁴, ces accords sont mixtes.

B. Implications sur les TBI conclus entre les États membres et des États tiers

Si l'affaire *Achmea* est relative à un traité d'investissement conclu entre deux États membres, à savoir les Pays-Bas et la Slovaquie, les enseignements de l'arrêt commenté dépassent largement les accords internes à l'Union. En effet, les mécanismes de règlement de différends prévus par les TBI conclus entre les États membres et des États tiers s'avèrent également contraires au droit de l'Union lorsque la juridiction arbitrale est susceptible de porter atteinte à l'ordre des compétences.

Ceci pourrait conduire à des solutions asymétriques. Un investisseur belge en Chine pourrait recourir à une juridiction arbitrale dans la mesure où le droit de l'Union n'est pas en cause, tandis qu'un investisseur chinois en Belgique ne serait pas en mesure d'initier une telle procédure⁵⁵.

Quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'Union dispose d'une compétence exclusive s'agissant des investissements directs⁵⁶, les 1165 traités d'investissement conclus entre des États membres et des États tiers sont appelés à disparaître au fur et à mesure que l'Union conclura avec ces États tiers de nouveaux traités d'investissement⁵⁷. Actuellement, on assiste

à une éclosion des accords commerciaux entre l'Union et des États tiers. En effet, l'Union négocie des accords commerciaux comprenant un volet sur la protection des investisseurs avec l'Inde, l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Chine et le Myanmar.

C. Implications sur les sentences arbitrales et les procédures en cours

Le fait que les articles 267 et 344 TFUE s'opposent aux clauses arbitrales prévues par les TBI internes à l'Union suscite plusieurs questions. Revêtant une *res judicata*, les décisions rendues par les tribunaux arbitraux ne peuvent être remises en cause car cela pourrait porter atteinte au principe de sécurité juridique⁵⁸.

Il en va sans doute autrement de la validité des procédures en cours devant les tribunaux arbitraux. Trente-sept litiges concernant les TBI internes à l'Union sont actuellement pendants. Au demeurant, certaines de ces procédures, notamment celle dans l'affaire *Vattenfall*, ont déjà animé la doctrine⁵⁹.

La primauté à accorder aux arrêts de la Cour de justice devrait, à notre avis, conduire les États membres à mettre un terme à ces procédures, même si l'on peut craindre que certains tribunaux arbitraux aient écarté tant la primauté du droit de l'Union que l'autonomie de cet ordre juridique. Ils pourraient dès lors continuer à instruire les affaires qui leur ont été soumises avant le 6 mars 2018. La partie défenderesse, l'État membre partie contractante au TBI, risque de ne pas pouvoir exercer ses droits de la défense. Les conséquences sont-elles aussi dramatiques qu'on pourrait le craindre ?

⁵⁸ CJCE, arrêt du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton International NV*, aff. C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.

⁵⁹ La compagnie suédoise *Vattenfall* a contesté, en vertu des dispositions ISDS du TCE, la décision prise par l'Allemagne de mettre fin à l'exploitation des centrales nucléaires. Le recours soumis au CIRDI à Washington n'a pas encore été tranché. *V. Vattenfall AB and others / Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12 (*Vattenfall II*). V. N. BERNASCONI, « Background Paper on *Vattenfall v Germany Arbitration* », IISD, 2009, pp. 4-5 ; N. BERNASCONI-OSTERWALDER et R.T. HOFFMANN, « The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the New Dispute *Vattenfall v Germany (II)* », IISD, 2012, p. 5 ; F. ROMANIN JACUR, « The *Vattenfall v. Germany Disputes: Finding a Balance Between Energy Investments and Public Concerns* », in J. LEVASHOVA, T. LAMBOOY et E. DEKKER (eds), *Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment*, La Haye, Eleven Publishing, 2016, p. 339.

⁵³ Seuls deux accords ont été conclus entre les anciens États membres, à savoir le traité d'investissement Allemagne-Grèce de 1961 et le traité Allemagne-Portugal de 1980.

⁵⁴ CJUE, ass. plén., avis du 16 mai 2017, *Accord de libre-échange avec Singapour*, avis 2/15, publié au *Recueil numérique* (recueil général), point 83.

⁵⁵ Traité bilatéral d'investissement Belgique-Chine du 6 juin 2005.

⁵⁶ Avis 2/15, *Accord de libre-échange avec Singapour*, point 82.

⁵⁷ Considérant n° 5 du préambule, Régulation n° 1219/2012 du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, JO, n° L 351.

Dans la mesure où la sentence arbitrale serait rendue par une juridiction siégeant sur le territoire d'un État membre, l'État membre qui aurait été condamné par cette dernière devrait alors soulever devant la juridiction nationale une exception d'incompétence du tribunal arbitral et invoquer que la sentence est contraire à l'ordre public.

En revanche, le droit de l'Union ne pourra prévaloir dans les situations suivantes. En premier lieu, lorsque le tribunal arbitral ne siège pas sur le territoire d'un État membre (tel est le cas des arbitrages instruits conformément à la CNUDCI), la partie défenderesse pourra difficilement arguer devant la juridiction étrangère que la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public. En second lieu, les sentences arbitrales tombant sous le coup de la Convention CIRDI ne peuvent être contestées par la suite. En effet, en vertu de l'article 53 de cette convention, « *la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention* ».

D. Implications sur les TBI ne permettant pas aux tribunaux arbitraux à connaître du droit national

Le raisonnement de la Cour de justice, quant à l'applicabilité potentielle du droit de l'Union à ce type de litige, va à l'encontre de la thèse retenue par de nombreux tribunaux arbitraux, selon laquelle le droit de l'Union est inapplicable lorsque le TBI ne permet pas au tribunal de connaître le droit national ou lui permet de l'appliquer que comme une donnée factuelle⁶⁰.

Certains tribunaux d'investissement pourraient en effet conclure que les enseignements de l'arrêt *Achmea* sont inapplicables lorsque les TBI ne font pas référence au droit des parties contractantes ou prévoient que le tribunal ne peut en tenir compte, s'il y a lieu, qu'« *en tant que question de fait* ».

À titre d'exemple, l'article 26.6 du TCE prévoit que le tribunal constitué statue sur les

questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international, sans viser expressément le droit des parties contractantes.

Dans le même ordre d'idées, l'article 8.31.2 du CETA prévoit que : « *Le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie. Il est entendu qu'en statuant sur la conformité d'une mesure au présent accord, le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait. Dans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie, et le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie* ».

Or, cette thèse nous a toujours paru inexacte. À notre avis, la faculté donnée par les TBI aux tribunaux arbitraux de tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne de la partie concernée « *en tant que question de fait* » n'oblitére pas l'applicabilité éventuelle du droit de l'Union. Il apparaît pertinent de rappeler que les litiges ayant trait à la protection des investisseurs portés devant des juridictions arbitrales ont davantage trait à des mesures réglementaires nationales qu'à des actes individuels. Ces mesures réglementaires restreignent l'exercice des droits qui leur ont été octroyés par les TBI. L'examen de la violation de ces droits par une mesure réglementaire est tout sauf une donnée factuelle. Il conduit nécessairement la juridiction arbitrale à en appréhender la portée et, le cas échéant, à prendre position quant à sa compatibilité par rapport au droit de l'Union. Le fait que la juridiction arbitrale soit appelée à suivre l'interprétation dite dominante ne change pas la donne. Par conséquent, la contestation de ces mesures réglementaires privant les investisseurs des droits conférés par le traité d'investissement est susceptible de conduire les tribunaux arbitraux à devoir interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union.

Par ailleurs, on observera que plusieurs TBI prévoient que les tribunaux arbitraux doivent statuer conformément non seulement aux règles du présent traité, mais aussi aux règles et principes applicables du droit internatio-

⁶⁰ Q. DECLÈVE et I. VAN DAMME, « *Achmea: Potential Consequences for CETA, the Multilateral Investment Court, Brexit and other EU trade and investment agreements* », *International Litigation Blog*, 13 mars 2018.

nal⁶¹. Il s'ensuit que ces derniers doivent statuer conformément aux règles de l'Union dans la mesure où celles-ci font partie du droit international. Au demeurant, dans l'affaire *Electrabel*, le tribunal a confirmé la pertinence de la thèse de la Commission, selon laquelle le droit de l'Union fait partie « *des règles et des principes de droit international applicable aux parties contractantes en vertu de l'article 26(6) TCE* »⁶².

Enfin, le CIRDI prévoit qu'à défaut d'accord entre les parties, le tribunal appliquera « *le droit de l'État contractant partie au différend* »⁶³.

E. Implications sur les droits des investisseurs

Si la Cour de justice a remis en cause le règlement de différends prévus par les TBI, les différents droits octroyés aux investisseurs par ces traités demeurent entièrement en vigueur. À défaut de pouvoir porter leur litige devant des tribunaux arbitraux, rien n'empêche ces derniers de faire valoir leurs droits devant les juridictions nationales. Plusieurs juridictions arbitrales ainsi qu'étatiques ont jugé que les TBI conféraient directement des droits aux investisseurs⁶⁴, ce qui n'est pas le cas d'un traité comme le CETA⁶⁵. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt sous commentaire, les États membres sont tenus, en vertu du principe de coopération loyale, d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et l'exécution du droit de l'Union⁶⁶.

Cela étant dit, d'aucuns appellent de leurs vœux l'adoption par les institutions de l'Union d'un règlement qui reprendrait les droits accordés aux investisseurs par les TBI⁶⁷, investisseurs

pour lesquels l'arrêt *Achmea* constitue, pour l'heure, une régression. Encore faut-il rappeler que s'agissant de la jouissance et de la protection des investissements, le niveau général de protection des droits fondamentaux prévu par le droit de l'Union protège les investisseurs qui respectent les obligations découlant des articles 10, paragraphe 1, et 13, paragraphe 1, du traité sur la charte de l'énergie. La consécration dans un acte de l'Union d'un droit relatif à la compensation de l'investisseur en cas d'expropriation indirecte nous paraît discutable, dans la mesure où la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'oblige les États membres à prévoir une telle compensation que dans deux hypothèses qui constituent des expropriations *de facto*⁶⁸.

Conclusion

Puisque les tribunaux arbitraux ne peuvent se limiter à appliquer les traités d'investissement, mais doivent notamment tenir compte du droit en vigueur de la partie contractante concernée ainsi que de tout accord pertinent entre les parties contractantes, ils sont amenés à interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union et, tout particulièrement, les dispositions concernant la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Ce faisant, ils sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre des compétences fixées par les traités fondateurs de l'Union et, partant, à l'autonomie du système juridique de l'Union. Il s'ensuit que les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à un règlement des différends prévu par un accord d'investissement conclu entre des États membres. La Cour consacre de la sorte une interprétation extensive de l'article 344. Assurément, l'arrêt annoté s'inscrit dans le prolongement de l'avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union à la Cour EDH.

⁶¹ V. art. 26(6) du traité sur la charte de l'énergie.

⁶² § 4.195. V. E. BONAFÉ et G. METE, « Escalated interactions between EU energy law and the Energy Charter Treaty », *The Journal of World Energy Law and Business*, 2016, vol. 9, n° 1, pp. 174, 180.

⁶³ L'article 42(1) du CIRDI prévoit que « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

⁶⁴ V. la jurisprudence citée dans les conclusions de l'avocat général M. WATHELET, point 156.

⁶⁵ Art. 30.6.1.

⁶⁶ Arrêt, point 35.

⁶⁷ N. LAVRANOS, « After Achmea: the need for an EU investment protection regulation », *Kluwer Arbitration Blog*, 17 mars 2018.

⁶⁸ La jurisprudence de la Cour EDH a trait à des occupations d'urgence de terrains en Italie, qui ne furent pas suivies de décrets d'expropriation. Les propriétaires des terrains avaient perdu *de facto* la disponibilité de ceux-ci en raison de l'occupation et de l'accomplissement de travaux de construction d'une œuvre publique. V. l'arrêt *Zubani* du 7 août 1996 confirmé ensuite par les arrêts du 30 mai 2000, *Belvedere Alberghiera / Italie* et *Carbonara et Ventura / Italie*. Aujourd'hui, l'Italie se conforme à la jurisprudence de la Cour (Cour EDH (déc.), 3 juin 2014, *Rossi et Variale / Italie*).

Quand bien même certains mécanismes de règlement des différends pourraient s'avérer compatibles avec le droit de l'Union, lorsque la procédure civile prévoit un contrôle étendu de la reconnaissance de l'exécution de la sentence arbitrale⁶⁹, il n'en demeure pas moins que les TBI internes à l'Union continuent à soulever des problèmes de discrimination entre les différents investisseurs. Il reviendra alors aux juridictions civiles d'interroger à titre préjudiciel la Cour de justice quant à la compatibilité de ces traités avec l'article 18 TFUE. En effet, la Cour n'a pas

⁶⁹ Cela nous semble toutefois peu probable dans la mesure où l'absence de voie de recours (v. art. 53 de la Convention CIRDI) ou de contrôle étendu constitue précisément l'un des avantages de l'arbitrage international.

dû se prononcer sur cette question dans l'affaire *Achmea*.

Enfin, la thèse retenue par de nombreux tribunaux arbitraux, selon laquelle le droit de l'Union est inapplicable lorsque le TBI ne permet au tribunal de connaître le droit national ou lui permet de l'appliquer que comme une donnée factuelle est inexacte. Les litiges ayant trait à la protection des investisseurs portés devant ces juridictions arbitrales portent généralement sur des mesures réglementaires nationales qui restreignent l'exercice des droits octroyés aux investisseurs. Partant, la contestation de ces mesures réglementaires est susceptible de conduire les tribunaux arbitraux à devoir interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union.