

Le contentieux du droit des investissements dans tous ses états De la disparition des tribunaux d'investissement intra-UE à l'avènement d'une Cour multilatérale d'investissement

Nicolas de Sadeleer^{1,2}

Introduction	743
I. L'arrêt <i>Achmea</i>: la condamnation du mécanisme RDIE intra-UE	746
A. Chronique d'une mort annoncée	746
1° Controverses soulevées par les traités bilatéraux d'investissement internes à l'Union	746
2° Prises de position de la part des Etats membres et de la Commission européenne	746
B. Prévalence de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE sur le traité d'investissement interne	747
1° Le droit de l'Union est-il susceptible d'être appliqué et interprété par le tribunal d'investissement?	748
2° Le tribunal arbitral litigieux relève-t-il du système juridictionnel de l'Union?	748
3° Contrôle de la sentence arbitrale par les juridictions étatiques	748
C. Implications de l'arrêt <i>Achmea</i> sur les TBI	749
1° Implications sur les TBI internes à l'Union	749
2° Implications sur les TBI conclus entre les Etats membres et des Etats tiers	750
3° Rejet de la jurisprudence <i>Achmea</i> par les tribunaux ISDS	750
– La prise en compte du droit national en tant que « question de fait »	751
– La prise en compte par les tribunaux ISDS du droit international	751
– Primauté des TBI et du TCE sur le droit de l'UE	752
– Spécificité de l'arrêt <i>Achmea</i>	752
– Absence de contradiction entre le TCE et le droit de l'UE	752
– Principe d'irrévocabilité du consentement à l'arbitrage	753
– Critiques	753
4° Exécution des sentences arbitrales	753
D. Implications sur les droits des investisseurs	754
E. Conclusions de la première partie	754
II. L'avis 1/17: la consécration du mécanisme RDIE dans le cadre des accords commerciaux conclus par l'Union et des états tiers	755
A. Rétroactes	755
B. Le « système juridictionnel des investissements » du CETA	758
C. Prise de position de la C.J.U.E.	759
1° L'autonomie de l'ordre juridique de l'UE	759
2° Une épée de Damoclès suspendue au-dessus des institutions de l'UE?	762
3° Principe d'égalité de traitement	763
– Principes	763
– Effectivité du droit de la concurrence	764
4° Principes d'indépendance et d'impartialité	764
– Exigence d'accessibilité des tribunaux d'investissement pour les PME	765
– Exigence d'indépendance	766

^{1.} Professeur ordinaire à l'université Saint-Louis, professeur invité à l'université de Canberra, chaire Jean Monnet.

^{2.} Les développements qui suivent furent présentés par l'auteur au cours de conférences qu'il a coorganisées à Bruxelles (le 26 juin 2018 avec le CEPS et le 20 février avec l'ULB) et à Luxembourg (Max Planck Institute, le 20 juin 2019). Il tient à remercier Mme Eugénie D'URSEL ainsi que Mr. Szilárd GÁSPÁR-SZILÁGYI et Me. Nicolas ANGELET pour leurs commentaires. Il en va de même de ses collègues Ivana DAMJANOVIC pour la jurisprudence ISDS, Marc FALLON pour ses observations sur le droit en tant que fait et Jean-François GIACUZZO pour l'expropriation indirecte en droit français. Il remercie enfin le « referee » pour ses suggestions.



D. Conclusions de la deuxième partie.	767
III. Synthèse: la reconfiguration de l'arbitrage en matière d'investissement	768
Conclusions générales	769

RÉSUMÉ

En droit du commerce international, le règlement des différends investisseurs-Etat (RDIE ou ISDS en anglais) a connu un succès estimable, dans la mesure où il est censé garantir un règlement rapide et impartial des différends qui opposent les investisseurs aux autorités de l'état où l'investissement a lieu. Ce succès serait d'ailleurs tel que le RDIE a été incorporé dans près de 2.361 traités d'investissement. Cela étant dit, le mécanisme prévu par l'accord économique et commercial global signé par l'UE et le Canada (ci-après CETA) s'est trouvé dans un malström, tant les craintes de la société civile et de certains pouvoirs publics étaient vives. En répondant le 6 mars 2018 aux questions préjudicielles de la Cour suprême allemande et en rendant le 30 avril 2019 un avis sur la compatibilité du CETA avec le droit de l'UE, la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) a, d'une part, condamné les RDIE conclus par les Etats membres et, d'autre part, validé le RDIE inséré dans le traité CETA. Par conséquent, les traités bilatéraux conclus entre les Etats membres doivent être dénoncés au motif que ces derniers portent atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE alors que le RDIE prévu par le CETA s'avère compatible avec le droit de l'UE du fait qu'il préserve, au moyen d'une succession de clauses de sauvegarde, son autonomie. Le présent article met en exergue la contribution de la C.J.U.E. aux forces centrifuges qui sous-tendent la politique commerciale commune et celles qui conduisent à reconfigurer l'arbitrage en matière d'investissement.

SAMENVATTING

In het internationaal handelsrecht heeft de investeerder-staatsarbitrage (ISDS in het Engels) een achtenswaardig succes gekend, vermits het verondersteld wordt een snelle en onpartijdige beslechting te garanderen van geschillen tussen investeerders en de autoriteiten van de staat waar de investering heeft plaatsgevonden. Dat succes was zelfs zodanig dat dergelijke arbitrage is opgenomen in bijna 2.361 investeringsverdragen. De bereidheid van de EU om een dergelijk mechanisme op te nemen in het economisch en commercieel akkoord tussen de EU en Canada (CETA) kwam echter in een maalstroom terecht, gelet op de grote bezorgdheden van de maatschappij en de overheden. Het Hof van Justitie heeft op 6 maart 2018, als antwoord op de prejudiciële vragen van het Duitse Hoogerechtshof, en op 30 april 2019, in een advies omtrent de verenigbaarheid van CETA met het Europees recht, enerzijds de investeerder-staatsarbitrage tussen lidstaten veroordeeld en anderzijds zijn zegen gegeven aan de investeerder-staatsarbitrage opgenomen in CETA. Bijgevolg moeten de bilaterale verdragen tussen de lidstaten opgezegd worden omdat deze de autonomie van de Europese rechtsorde ondermijnen, terwijl de investeerder-staatsarbitrage van CETA verenigbaar is met de EU-wetgeving omdat de EU door een aantal vrijwaringsclausules haar autonomie behoudt. Het artikel belicht de bijdrage van het Hof van Justitie aan de centrifugale krachten die aan het gemeenschappelijk handelsbeleid ten grondslag liggen en die leiden tot een herconfiguratie van de investeringsarbitrage.

INTRODUCTION

1. Le droit international des investissements est fragmenté. En date du 1^{er} janvier 2017, 2.361 traités bilatéraux d'investissement (connus sous l'acronyme « TBI ») étaient en vigueur³. A 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 investisse-

ments entre états et ressortissants d'autres états conclue à Washington le 18 mars 1965.

Le recours à l'arbitrage a été développé à partir des années 1950 par des Etats occidentaux en vue de protéger les investissements de leurs sociétés dans des états ayant connu une économie dirigée, l'Allemagne de l'Ouest ayant conclu un traité d'investissement avec le Pakistan dès 1959⁴, et les Pays-Bas avec l'Indonésie en 1968. Le premier traité bilatéral à inclure une clause sur le règlement des différends fut

³. UNCTAD investment hub website: www.investmentpolicyhub.unctad.org.

⁴. *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 (entré en vigueur le 28 novembre 1962).



conclu en 1969 entre l'Italie et le Tchad⁵. A 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 »⁶, les nouveaux traités d'investissement renvoyèrent à ce mécanisme juridictionnel. Placé sous les auspices de la banque mondiale, le CIRDI aurait eu le mérite de « dépolitiser » les conflits relatifs aux investissements⁷.

2. Alors 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. En effet, en concluant un TBI, les deux états s'engagent, par avance, à accepter d'être poursuivis devant un tribunal arbitral par les investisseurs relevant d'un de ces états. Malgré la réciprocité des obligations entre les parties contractantes, il n'en demeure pas moins que leurs rapports de force sont asymétriques. Jusqu'à présent les investisseurs occidentaux sont davantage susceptibles d'invoquer les droits qui y sont consacrés.

Alors que dans le courant des années 70 et 80 les traités d'investissement étaient principalement conclus entre des Etats occidentaux connaissant une économie de marché et des pays en voie de développement, une nouvelle vague de traités vit le jour à la suite de la chute du rideau de fer en 1991. Ces TBI visaient à garantir la sécurité des investisseurs des pays d'Europe occidentale dans les pays d'Europe centrale qui avant les années 90 avaient connu une économie dirigée.

A cela, il faut ajouter la signature à Lisbonne, le 19 décembre 1994, par la Communauté européenne⁸ et ses Etats membres du traité sur la charte de l'énergie (TCE), qui constitue un traité mixte. Tous les Etats membres, à l'except-

tion de l'Italie, en sont parties⁹. Il en résulte que le droit dérivé doit être interprété conformément aux obligations découlant de ce traité¹⁰. De plus, dans la mesure où ce traité constitue un accord mixte, « l'Union est juridiquement liée par les obligations de traitement loyal et équitable et de non-expropriation qui y sont énoncées et qui sont analogues aux dispositions de fond de l'accord sur la protection des investissements »¹¹.

3. 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.

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 (repris ici, pour des raisons de facilité, sous l'acronyme anglais « ISDS »¹²). Cet arbitrage peut être de type institutionnel ou *ad hoc*¹³.

Le règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) peut être rendu applicable à la procédure arbitrale¹⁴.

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'investissement¹⁵. 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 étrangers. L'investisseur lésé peut soit initier une procédure devant les juridictions de l'état d'accueil, soit porter directement le

⁵ C. BROWN, « The Development by States of Model Bilateral Investment Treaties », in WENHUA SHAN (ed.) *China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership*, Brill, 2014, p. 124.

⁶ Art. 25, 1.

⁷ K.J. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », *UC Davis Journal of International Law and Policy*, 2005, vol. 12, p. 157, 175.

⁸ Décision du Conseil et de la Commission 98/181/CE, CECA, Euratom du 23 septembre 1997 concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la charte de l'énergie et du protocole de la charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes.

⁹ Voy. J. KLEINHELSTERKAMP, « Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty », *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, p. 85.

¹⁰ C.J.U.E., 10 septembre 1996, C-61/94, *Commission / Allemagne*, pt. 52.

¹¹ Concl. Av. gén. JÄÄSKINEN rendues le 15 mars 2011 dans l'affaire C-264/09, *Commission / Slovaquie*, pt. 60.

¹² Investor State-Dispute Settlement.

¹³ Pour un exemple de tribunal arbitral *ad hoc*, voy. C.J.U.E., 2 juin 2014, C 377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, EU:C:2014:1754.

¹⁴ Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI garantit l'indépendance et l'impartialité 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 indépendance ainsi qu'en instaurant une procédure de récusation des arbitres. Voy. 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; 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.

¹⁵ C.J.U.E., 6 mars 2018, C-284/16, *Achmea*, EU:C:2018:158, pt. 55.



litige devant un tribunal arbitral sans devoir pour autant épuiser les voies de recours juridictionnel interne. 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'accueil¹⁶. Qui plus est, la relative 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.

4. Ce mécanisme de règlement des différends a fait l'objet, au fil du temps, de critiques de plus en plus vives, notamment de la part de plusieurs groupes d'intérêts et des autorités publiques. En 2014, le magazine *The Economist* a publié un éditorial virulent sur la question¹⁷. D'après l'éditorialiste, 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 dictées par l'intérêt général. Les honoraires élevés des arbitres étaient critiqués tout comme leur tendance à faire traîner les choses. 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'investissement¹⁸. Pour sa part, l'Afrique du Sud a dénoncé, il y a quelques années, tous les traités d'investissement qu'elle avait conclus avec des Etats tiers.

Les craintes exprimées à l'égard de ces tribunaux arbitraux sont-elles exagérées? Dans les conclusions qu'il a rendues dans l'affaire *Achmea*, l'avocat général Melchior WATHELET 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 »¹⁹.

5. Interrogée à titre préjudiciel par le *Bundesgerichtshof*, la C.J.U.E. a rendu le 6 mars 2018 un arrêt qui constate l'incompatibilité du régime existant de règlement des différends investisseurs intra-UE, avec le droit de l'Union. Cet arrêt met en cause les traités bilatéraux d'investissement que la majorité des Etats membres ont conclus entre eux pendant une vingtaine d'années²⁰.

Dans un tel contexte, il n'est guère surprenant que la légitimité de ces tribunaux d'investissement ait constitué la pierre d'achoppement lors des négociations du TTIP²¹ et de l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (repris par la suite sous son acronyme anglais « CETA »)²². Ce vent de contestation a conduit les parties à renoncer au modèle traditionnel ISDS en faveur d'un nouveau mécanisme de règlement des différends investisseurs-Etats (repris ci-dessous sous l'acronyme français « RDIE ») consistant en une juridiction permanente d'investissement, comprenant un tribunal de première instance et un tribunal d'appel²³. 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 général²⁴. Conformément à l'article 218, 11 TFUE, l'assemblée plénière de la C.J.U.E. a rendu le 30 avril 2019 un avis fort attendu quant à la compatibilité de cette nouvelle procédure d'arbitrage avec le droit de l'Union. On rappellera que cet avis fut sollicité par la Belgique.

6. Tant l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018 que l'avis 1/17 rendu une année plus tard, le 30 avril 2019, ont eu pour effet de refaçonner le règlement des différends relatifs aux investissements en Europe. En donnant à deux reprises raison à la Commission européenne, la C.J.U.E. est parvenue, d'une part, à faire table rase d'une foultitude d'accords bilatéraux susceptibles d'affecter l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, à renforcer le volet investissement de la politique commerciale commune (PCC) reposant sur des traités commerciaux conclus entre l'Union et des Etats tiers.

16. Concl. Av. gén. M. WATHELET dans *Achmea*, pt. 206.

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

18. 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 avait établi son siège à Hong Kong en vue de pouvoir porter ce contentieux devant le tribunal arbitral établi en vertu de ce traité d'investissement. Voy. aussi *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. / Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016).

19. Concl. Av. gén. M. WATHELET dans l'arrêt *Achmea* précité, pt. 44.

20. Voy. not. N. DE SADELEER, « Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie du droit de l'UE », *R.A.E.*, 2018/1, pp. 117-127; « The End of the Game. The Autonomy of the EU Legal Order Opposes Arbitral tribunals under Bilateral Investment Treaties Concluded between two Member States », *E.J.R.R.*, 2018, n° 1, pp. 355-370; M. LAHOUEZI, « Arrêt *Achmea* », *R.D.U.E.*, 2018/2, pp. 217-224.

21. *Transatlantic Trade and Investment Partnership*.

22. *Comprehensive Economic and Trade Agreement*.

23. Section F, Chapitre 8.

24. Art. 8.30.



I. L'ARRÊT *ACHMEA*: LA CONDAMNATION DU MÉCANISME RDIE INTRA-UE

A. Chronique d'une mort annoncée

1° Controverses soulevées par les traités bilatéraux d'investissement internes à l'Union

7. Le maintien des TBI internes à l'Union conclus avant l'adhésion de plusieurs pays d'Europe centrale et orientale a soulevé des controverses²⁵. 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 Etats 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 capital²⁶ est susceptible de 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.

2° Prises de position de la part des Etats membres et de la Commission européenne

8. Jusqu'à ce que l'arrêt *Achmea* soit rendu, l'UE paraissait fort divisée sur la question du maintien des TBI. Dans les conclusions qu'il a rendues dans l'affaire *Achmea*, l'avocat général WATHELET avait d'ailleurs mis en exergue à quel point les Etats membres s'opposaient sur cette question²⁷. Ainsi, les états d'origine des investisseurs, à savoir l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, l'Autriche et la Finlande, s'étaient-ils montrés favorables au maintien des traités bilatéraux alors que des états qui ont été cités comme parties défenderesses dans les procédures d'arbitrage ont soutenu que les TBI internes à l'Union s'avéraient incompatibles avec le droit de l'Union^{28,29}.

A l'exception de l'Italie³⁰, tous les autres Etats membres ont décidé de maintenir leurs TBI jusqu'à ce que l'affaire *Achmea* soit tranchée.

9. Si la Commission européenne 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, elle a par après changé son fusil d'épaule. Elle a contesté leur validité au motif qu'ils étaient incompatibles avec le droit de l'Union. Au mois de juin 2015, la Commission a intenté des recours en manquement contre 5 Etats membres³¹.

Les thèses avancées par l'exécutif communautaire ne furent généralement pas suivies par les tribunaux arbitraux. Plusieurs juridictions arbitrales ont jugé que les différends entre investisseurs et états contractants à un TBI ne relevaient pas de l'article 344 TFUE. A titre d'exemple, si dans l'affaire *Charanne*, la Commission européenne avait contesté dans son avis donné comme *amicus curiae* la compétence du tribunal arbitral saisi³², ce dernier s'est déclaré compétent³³.

En revanche, dans l'affaire *Electrabel*, le tribunal arbitral a jugé que le droit de l'Union l'emportait sur le traité sur la charte de l'énergie (TCE) dans le cas de contentieux internes à l'Union³⁴. 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 encore³⁵. Le tribunal rappelle que l'article 351 TFUE s'oppose au maintien d'obligations conventionnelles préalables à l'adhésion de l'Etat membre qui s'avèreraient contraires au droit de l'Union. Sur la base de cette prémisse, il juge que « dans l'hypothèse où le TCE serait 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 Etat membre »³⁶.

En ce qui concerne le TCE, le tribunal arbitral a souligné dans l'affaire *Electrabel* que « d'un point de vue juridique, politique et économique, l'Union européenne fut un acteur déterminant dans la création du traité sur la charte de

25. P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Cambridge, C.U.P., 2014, pp. 218-19.

26. Concl. Av. gén. M. WATHELET dans *Achmea*, pts. 57, 197; Concl. Av. gén. Y. BOT sous l'avis 1/17, pt. 157.

27. Concl. Av. gén. WATHELET dans l'affaire C-284/16, *Achmea*, pts. 34-38.

28. *Ibid.*, pts. 34 à 38: plusieurs Etats membres d'Europe centrale (Tchéquie, Estonie, Lettonie, Hongrie, Pologne, Roumanie, Slovaquie), les pays baltes (Estonie et Lettonie), ainsi que la Grèce et l'Italie ont, en effet, été cités comme parties défenderesses dans des procédures d'arbitrage d'investissements internes à l'Union.

29. *Ibid.*, pt. 35.

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

31. Autriche, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède.

32. Les tribunaux arbitraux ont très largement donné la possibilité à la Commission d'intervenir dans les arbitrages.

33. Décision arbitrale 21 janvier 2016, Arb. No. 062/2012, *Charanne B.V. / Spain* SCC, pt. 409.

34. *Electrabel SA / Hongrie* (aff. CIRDI n° ARB/07/19), décision du 30 novembre 2012 sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité et sentence du 25 novembre 2015.

35. Para. 4.187. Traduction personnelle.

36. Para. 4.189. Traduction personnelle.



l'énergie »³⁷. Il s'ensuivrait qu'en raison de sa genèse, ce traité engendrerait une présomption selon laquelle il n'y aurait pas de contradiction entre le traité et le droit de l'UE. Tant le TCE que le droit de l'UE « partagent le même objectif de lutte contre les comportements anticoncurrentiels »³⁸.

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

10. 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 entamé contre la République slovaque une procédure arbitrale, en application d'un accord sur la protection réciproque des investissements conclu 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 C.J.U.E. 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, le Bundesgerichtshof a interrogé la C.J.U.E. à titre préjudiciel.

11. L'article 344 TFUE, en vertu duquel « les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci », constitue le point de départ du raisonnement de la Cour. 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 Etat 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 Etat 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 »³⁹. A l'appui de sa thèse, l'avocat général invoqua l'avis 2/13 concernant l'adhésion de l'Union à la C.E.D.H.⁴⁰. Dans les points 201 à 214 de cet avis, la Cour n'avait examiné l'incompatibilité de l'adhésion avec l'article 344 qu'à l'aune des différends interétatiques et entre les Etats membres et l'Union⁴¹. Dans la mesure où l'investisseur exerce un droit qui lui est octroyé par le TBI et non pas un droit conféré à son état d'origine, on aurait pu estimer qu'il ne s'agissait pas d'un différend interétatique soumis à l'article 344 TFUE.

Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Achmea* repose sur deux piliers : d'une part, l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union découlant d'une lecture combinée des articles 2 et 19 TUE et, d'autre part, du principe de confiance mutuelle découlant de l'article 2 TUE⁴², lequel va de pair avec le principe de coopération loyale consacré à l'article 4, 3., TUE.

Tout d'abord, dans le prolongement de l'avis 2/13, la Cour souligne l'autonomie du droit de l'Union, au regard tant du droit des Etats 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 »⁴³. 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, cette prémisse implique que les Etats membres se fassent mutuellement confiance. Conformément au principe de coopération loyale, ils sont tenus d'assurer la correcte exécution du droit de l'Union. En vertu de l'article 19 TUE, le système juridictionnel, dont la « clé de voûte »⁴⁴ est plus précisément le « dialogue de juge à juge » inhérent au mécanisme de renvoi préjudiciel, associe la Cour de justice aux juridictions nationales. 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 ... »⁴⁵. Ainsi, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les états doivent-ils se faire mutuellement confiance en reconnaissant les décisions judiciaires de chaque juridiction étatique.

³⁷. ICSID, decision on jurisdiction, applicable law and liability of 30 November 2012, case no. ARB/07/19, *Electrabel S.A. / Republic of Hungary*, para. 4.131.

³⁸. *Ibid.*, paras. 4.137 et seq.

³⁹. Concl. Av. gén. WATHELET dans l'affaire C-284/16, *Achmea*, pt. 146.

⁴⁰. Avis 2/13 (adhésion de l'Union à la C.E.D.H.), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454.

⁴¹. *Ibid.*, pts. 201 à 214.

⁴². Pt. 58.

⁴³. Arrêt *Achmea*, pt. 33.

⁴⁴. *Ibid.*, pt. 37.

⁴⁵. *Ibid.*, pt. 37.



Sur la base de ces prémisses, la Cour de justice répond aux questions préjudicielles en 3 étapes.

1° Le droit de l'Union est-il susceptible d'être appliqué et interprété par le tribunal d'investissement?

12. 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 le conduire à interpréter et à appliquer le 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 pourrait être 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 capitaux⁴⁶.

A cet égard, la Cour de justice souligne, dans son arrêt du 6 mars 2018, 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 »⁴⁷. Or, l'obligation de prendre en compte le droit national de la partie défenderesse n'est pas exigée par tous les traités d'investissement. A 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 en déduire que des tribunaux institués en vertu de tels traités ne pourraient statuer conformément aux règles de droit national, y compris le droit de l'Union.

2° Le tribunal arbitral litigieux relève-t-il du système juridictionnel de l'Union?

13. Puisque le droit de l'Union est applicable, la Cour 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

WATHELET⁴⁸, la Cour décide 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 Etats membres » au sens de l'article 267 TFUE⁴⁹. Elle n'examine pas dans cet arrêt les 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 – auxquels elle recourt dans d'autres affaires en vue de cerner la notion de « juridiction »⁵⁰. En insistant, en revanche, sur la raison d'être des tribunaux arbitraux – permettre aux investisseurs de contourner le droit juridictionnel national –, elle aboutit à la conclusion que de tels tribunaux ne pouvaient constituer « un élément du système juridictionnel »⁵¹.

Certes, 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 (législation d'assentiment), la Cour prend soin de distinguer ce dernier des tribunaux arbitraux qui furent déclarés recevables à lui poser les questions préjudicielles⁵².

La Cour décide également que le tribunal arbitral en cause ne saurait être considéré comme étant une juridiction commune à plusieurs Etats membres. En effet, un tel tribunal n'est pas comparable à une juridiction telle que la Cour de justice du Benelux, laquelle peut lui soumettre des questions préjudicielles⁵³. Elle rappelle que cette dernière juridiction est chargée d'assurer l'uniformité dans l'application des règles juridiques communes aux Etats du Benelux et que la procédure devant elle forme un incident dans les procédures pendantes devant les juridictions nationales⁵⁴.

3° Contrôle de la sentence arbitrale par les juridictions étatiques

14. Dans un troisième temps, la Cour vérifie 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.

On le sait, le choix du siège du tribunal détermine la procédure applicable au contrôle juridictionnel de la validité de la

⁴⁶ Arrêt *Achmea*, pt. 42.

⁴⁷ *Ibid.*, pt. 40.

⁴⁸ L'avocat général WATHELET avait conclu que le tribunal en cause constituait une juridiction au sens de l'art. 267 TFUE, en raison de son « origine légale » – du fait qu'il avait été prévu par un traité bilatéral –, de sa permanence alors même qu'il s'agissait d'un tribunal *ad hoc*, de son caractère « obligatoire » étant donné que les parties avaient consenti à ce mode de règlement des différends et que la sentence définitive lie l'investisseur et l'Etat membre. Cf. Concl., pts. 90 à 109.

⁴⁹ Arrêt *Achmea*, pt. 46.

⁵⁰ C.J.U.E., 31 janvier 2013, C 394/11, *Belov*, EU:C:2013:48, pt. 38 et jurisprudence citée. Le 27 février 2018, la Cour avait jugé que la Cour des comptes portugaise constitue bien une juridiction aux fins de l'application de l'art. 267 TFUE, sans que les indices retenus ne soient clairement exposés. Cf. C.J.U.E., 27 février 2018, C-64/16, *Association syndicale des juges portugais*, C:2018:117.

⁵¹ Arrêt *Achmea*, pt. 45.

⁵² S'agissant d'une juridiction arbitrale portugaise chargée de la résolution juridictionnelle des litiges en matière fiscale, la Cour souligna la pertinence du critère d'origine légale retenu puisque la constitution portugaise consacre expressément ce mode de résolution des litiges; arrêt *Achmea*, pt. 44.

⁵³ C.J.U.E., 4 novembre 1997, C 337/95, *Parfums Christian Dior*, C:1997:517, pt. 21; C.J.U.E., 14 juin 2011, C 196/09, *Miles e.a.*, EU:C:2011:388, pt. 40.

⁵⁴ Arrêt *Achmea*, pt. 43.



sentence⁵⁵. Le siège retenu dans le différend qui opposait la société *Achmea* à la République slovaque se trouvant en Allemagne, c'était donc le droit civil allemand qui s'appliquait. Or, comme la Cour l'observe, le contrôle de la sentence arbitrale rendue par le tribunal d'investissement n'est possible que si la loi allemande le permet⁵⁶. En l'espèce, le contrôle juridictionnel ne pouvait être exercé par la juridiction nationale « que dans la mesure où le droit national le permet »⁵⁷.

S'agissant de l'arbitrage commercial, la C.J.U.E. a jugé que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifiait que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions étatiques revêtait 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 »⁵⁸. 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 pourrait être transposée à l'arbitrage en matière d'investissement. En effet, aux yeux de la Cour, 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 Etats 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 »⁵⁹.

La C.J.U.E. aboutit à la conclusion suivante: « compte tenu de l'ensemble des caractéristiques du tribunal arbitral ..., il y a lieu de considérer que, par la conclusion du TBI, les Etats membres parties à celui-ci ont instauré un mécanisme de résolution de litiges opposant un investisseur à un Etat membre susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit »⁶⁰.

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

1^o Implications sur les TBI internes à l'Union

15. Dans la mesure où 181 TBI internes à l'Union sont encore en vigueur, les implications de l'arrêt *Achmea* sont significatives⁶¹.

Les arrêts rendus sur question préjudicielle ne lient pas seulement la juridiction de renvoi (*inter partes*); ils valent également dans une large mesure *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 illégale⁶². En outre, l'interprétation a des effets *ex tunc* et non *ex nunc*; l'interprétation retenue par la Cour s'incorpore dans la norme dès son entrée en vigueur⁶³. Comme la procédure préjudicielle permet une interprétation uniforme du droit de l'Union, elle s'avère indispensable pour garantir son application uniforme par les différentes juridictions nationales⁶⁴.

Il s'ensuit que les autorités des Etats membres qui sont parties à des TBI internes à l'Union sont tenues de respecter les enseignements de l'arrêt *Achmea*. Aussi, depuis le 6 mars 2018, revêtant une « autorité de chose interprétée », cet arrêt a rendu inapplicables les procédures autorisant un investisseur d'un Etat membre, en cas de litige concernant son investissement dans un autre Etat membre, à introduire une action contre ce dernier état devant un tribunal arbitral, dont cet état s'est obligé à accepter la compétence. Il en résulte que les Etats membres parties à ces accords sont tenus de dénoncer les clauses arbitrales contenues dans les TBI dans les plus brefs délais. Qui plus est, le maintien de ce mécanisme de RDIE engage la responsabilité des Etats membres concernés. Enfin, en tant que gardienne du traité, la Commission européenne aurait dû intenter immédiatement des recours en manquement contre les états rétifs à dénoncer ces clauses, ce qu'elle a omis de faire, sans doute pour des raisons politiques.

16. Forte du succès qu'elle avait obtenu devant la Cour, la Commission européenne adopta à la fin de l'année 2018 une communication condamnant les TBI intra-UE⁶⁵. Les états durent se rendre à l'évidence: ils devaient mettre fin aux TBI

55. *Ibid.*, pt. 51.

56. *Ibid.*, pt. 53.

57. *Ibid.*, pt. 53.

58. C.J.U.E., 1^{er} juin 1999, C 126/97, *Eco Swiss*, C:1999:269, pts. 35, 36 et 40, ainsi que du 26 octobre 2006, C 168/05, *Mostaza Claro*, C:2006:675, pts. 34 à 39.

59. Arrêt *Achmea*, pt. 55.

60. *Ibid.*, pt. 56.

61. Au demeurant, la quasi-totalité de ces accords ont été conclus entre les anciens et les nouveaux Etats membres. Seuls deux accords ont été conclus entre les anciens Etats membres, à savoir le traité d'investissement Allemagne-Grèce de 1961 et le traité Allemagne-Portugal de 1980.

62. C.J.U.E., 3 mai 1981, n° 66/80, *SpA International Chemical Corporation*, EU:C:1981:102, pt. 13; C.J.U.E., 22 octobre 1987, n° 314/85, *Foto-Forst*, EU:C:1987:452.

63. M. BROBERG et N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, OUP, 2010, p. 442.

64. C.J.U.E., 3 mai 1981, 66/80, *SpA International Chemical Corporation*, pt. 11.

65. COMMISSION EUROPEENNE, *Protection of intra-EU investment*, COM 2018, 547/2.



intra-UE. Ainsi, le 15 janvier 2019, la majorité d'entre eux adoptèrent une déclaration en vue d'informer les investisseurs qu'aucun recours ne devrait être introduit devant les tribunaux d'investissement⁶⁶. Qui plus est, ils prirent l'engagement d'adopter un traité multilatéral dont l'objet consisterait à abroger avant le 6 décembre 2019 leurs TBI⁶⁷. Toutefois, cette déclaration ne fut pas signée par la Suède, le Luxembourg, Malte, la Hongrie, la Finlande et la Slovaquie. Cinq de ces états ont adopté à leur tour le 16 janvier 2019 une déclaration par laquelle ils considèrent comme inappropriée de conclure à l'incompatibilité du RDIE dans le cadre du TCE avec le droit de l'Union avant que la C.J.U.E. ne tranche cette question⁶⁸. La Hongrie, pour sa part, a adopté une troisième déclaration excluant explicitement l'applicabilité de la jurisprudence *Achmea* au régime des différends prévu par le TCE⁶⁹.

2° Implications sur les TBI conclus entre les Etats membres et des Etats tiers

17. Si l'affaire *Achmea* a trait à un traité d'investissement conclu entre deux Etats membres, à savoir les Pays-Bas et la Slovaquie, les enseignements de l'arrêt annoté dépassent les accords internes à l'Union. En effet, les mécanismes ISDS prévus par les TBI conclus entre les Etats membres et des Etats tiers s'avèrent également contraires au droit de l'Union lorsque la juridiction arbitrale est susceptible de porter atteinte à l'ordre des compétences⁷⁰. En effet, en raisonnant par analogie, un tribunal arbitral prévu par un traité d'investissement conclu entre un Etat membre et un Etat tiers est susceptible, lorsqu'il doit trancher un recours introduit par un investisseur étranger, d'appliquer ou d'interpréter le droit de l'UE. Cette thèse semble d'ailleurs corroborée par la C.J.U.E. dans l'avis 1/17 rendu à propos de la compatibilité du CETA avec le droit de l'UE. En effet, la Cour distingue de manière claire le traité bilatéral conclu entre l'UE et le Canada des TBI conclus par les Etats membres, que ceux-ci soient conclus entre les Etats membres ou entre un Etat membre et un Etat tiers⁷¹.

Au demeurant, certains observateurs estiment que l'avis 1/17 « entraîne l'incompatibilité avec le droit de l'Union du

réseau entier des traités de protection des investissements conclus par les Etats membres avec des pays tiers », y compris le TCE, en raison du simple fait que leurs mécanismes RDIE ne respectent pas, en raison de leur ancienneté, les conditions fixées par cet avis⁷².

L'incompatibilité des anciens TBI avec le droit de l'UE devrait 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, alors qu'un investisseur chinois en Belgique ne serait pas en mesure d'initier une telle procédure au motif que le tribunal d'investissement pourrait appliquer ou interpréter le droit de l'UE⁷³. A nouveau, il ne s'agit pas là d'un problème de discrimination qui soulèverait un test de comparabilité⁷⁴, mais du risque de mise en cause de l'autonomie du droit de l'UE par ces tribunaux.

18. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'Union dispose d'une compétence exclusive s'agissant des investissements directs⁷⁵, les 118 traités d'investissement conclus entre des Etats membres et des Etats tiers sont appelés à disparaître au fur et à mesure que l'Union conclura avec ces Etats tiers de nouveaux traités d'investissement⁷⁶. Actuellement, on assiste à une éclosion des accords commerciaux entre l'Union et des Etats tiers, dans la mesure où l'Union négocie des accords commerciaux comprenant un volet sur la protection des investisseurs avec l'Inde, l'Indonésie, la Malaisie, le Mexique, la Chine et le Myanmar.

3° Rejet de la jurisprudence *Achmea* par les tribunaux ISDS

19. 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 autorité de la *res judicata*, les décisions rendues par les tribunaux arbitraux ne peuvent être remises en cause car cela porterait atteinte au principe de sécurité juridique⁷⁷.

Il en va sans doute autrement de la validité des procédures en cours devant les tribunaux arbitraux. Depuis le 6 mars 2018, 89 litiges concernant des TBI internes à l'Union sont pen-

⁶⁶. Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, para. 3.

⁶⁷. *Ibid.*, para. 5, 8.

⁶⁸. www.regeringen.se.

⁶⁹. www.kormany.hu.

⁷⁰. Q. DECLEVE, « *Achmea*: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITS and Future EU Trade and Investment Agreements », *European Papers*, vol. 4, n° 1, pp. 99-108.

⁷¹. Avis 1/17, pts. 126-127.

⁷². P. PASCHALIDIS, « CETA: une nouvelle ère pour la protection des investissements », *J.D.E.*, juin 2019.

⁷³. Traité bilatéral d'investissement Belgique-Chine du 6 juin 2005.

⁷⁴. Voy., *infra*, II, C.

⁷⁵. Avis 2/15, accord de libre-échange avec Singapour, pt. 82.

⁷⁶. Considérant 5 du préambule du règlement n° 1219/2012 du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers, *J.O.*, L. 351.

⁷⁷. C.J.U.E., 1 juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton International NV*, EU:C:1999:269.



dants. Au demeurant, certaines de ces procédures, notamment celle dans l'affaire *Vattenfall*, ont déjà fait couler beaucoup d'encre⁷⁸. Qui plus est, de nombreuses affaires ont été introduites depuis lors.

L'autorité des arrêts de la C.J.U.E. aurait dû conduire les Etats membres à mettre un terme à ces procédures. Ces derniers ont tenté en vain d'arguer, à la lumière des enseignements de l'arrêt *Achmea*, que les tribunaux ISDS n'étaient plus compétents pour trancher les différends portés par les investisseurs.

Ecartant tant la primauté du droit de l'Union que l'autonomie de son ordre juridique, les tribunaux ISDS saisis ont refusé de décliner leur juridiction tant dans les affaires pendantes que dans celles introduites par des investisseurs postérieurement à l'arrêt *Achmea*. Si le raisonnement sous-tendant leur juridiction diffère d'une sentence arbitrale à l'autre, il est néanmoins possible de mettre en exergue certains motifs de rejet.

– La prise en compte du droit national en tant que « question de fait »

20. De nombreux TBI permettent aux tribunaux d'arbitrage d'appliquer le droit national uniquement comme une donnée factuelle⁷⁹. Aussi, quand bien même le droit national couvre le droit de l'Union, les tribunaux d'investissement ne pourraient interpréter ce dernier. Or, cette thèse nous a toujours paru inexacte. A 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. Faut-il 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 donne⁸⁰. Par conséquent, la contestation de ces mesures réglementaires privant les investisseurs des droits conférés par le TBI est susceptible de conduire les tribunaux arbitraux à devoir interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union.

– La prise en compte par les tribunaux ISDS du droit international

21. Le raisonnement de la Cour 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 fait référence au droit international⁸¹.

Forts de ce raisonnement, plusieurs tribunaux d'investissement ont jugé que les enseignements de l'arrêt *Achmea* sont inapplicables lorsque les TBI ne font pas référence au droit des parties contractantes. A 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.

Ainsi dans l'affaire *Greentech / Italie*, le tribunal a jugé que la référence dans le TBI en cause au droit international ne pouvait englober le droit de l'UE, ce qui est exclu en raison de l'interprétation littérale de ce traité conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸². En revanche, on observera que d'autres tribunaux ont jugé qu'ils devaient statuer conformément aux règles de l'Union dans la mesure où celles-ci font partie du droit international. Ainsi, 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

⁷⁸. 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 CRIDI à Washington n'a pas encore été tranché. Voy. *Vattenfall AB and others / Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12 (*Vattenfall II*). Voy. I. DAMJANOVIC et O. QUIRICO, « Intra-EU Investment Dispute Settlement in Light of *Vattenfall* and *Achmea*: A Matter of Priority », *Columbia Journal of European Law*, Vol. 25, n° 3, à paraître.

⁷⁹. La pratique des tribunaux arbitraux varie parfois de manière significative en raison du libellé des dispositions des TBI relatives au droit applicable. Dans l'affaire *Eastern Sugar B.V. / Czech Republic*, le tribunal a jugé que le droit international général s'appliquait. Le droit national, et uniquement ses dispositions non contradictoires, sont susceptibles d'être invoquées et « prises en considération » lorsque le droit international ne règle pas la question (*Eastern Sugar B.V. / Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, para. 196). Dans l'affaire *Achmea*, le tribunal arbitral a estimé que le droit de l'Union n'était pas d'application (*Achmea B.V. / The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureka B.V. / The Slovak Republic*), para. 275).

⁸⁰. Voy. *infra* nos critiques relatives à la portée de la frontière instaurée par la C.J.U.E. entre l'« examen » et l'« interprétation » des dispositions du CETA et à la notion d'interprétation dominante. *Infra* I.I.D., section 1.

⁸¹. En vertu de l'art. 42, (1), de la Convention CIRDI: « Le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière. » Les tribunaux arbitraux estiment néanmoins que le droit international peut être appliqué directement sans passer par l'entremise du droit domestique (p. ex., *Wena Hotels Ltd / Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002) et que l'arbitrage est régi par le droit international (p. ex., *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA / Republic of Costa Rica*, ICSID Case ARB/96/1, para. 65).

⁸². *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA / The Italian Republic*, Final Award, 23 December 2018, para. 397.



applicables aux parties contractantes en vertu de l'article 26, 6., TCE »⁸³.

Le 11 novembre 2018, le Bundesgerichtshof, tranchant l'affaire *Achmea* sur le fond, a jugé à propos des limitations découlant du droit international que « la primauté du droit de l'Union a pour effet qu'une disposition prévue par un accord conclu entre deux Etats membres ne peut être appliquée quand bien même cette disposition relève du droit international. Par conséquent, les ressortissants des Etats membres ne peuvent pas invoquer des obligations de droit international (...) qui sont en conflit avec le droit de l'Union »⁸⁴.

– Primauté des TBI et du TCE sur le droit de l'UE

22. Dans la majorité de leurs sentences, les tribunaux arbitraux d'investissement considèrent que le droit de l'UE ne peut avoir pour effet d'écarter les règles de droit international public⁸⁵. Ainsi, dans la sentence arbitrale *REEF / Espagne*, le tribunal a jugé qu'il serait « hautement incorrect » pour l'UE d'imposer à des Etats tiers le caractère éventuellement incompatible du TCE par rapport au droit de l'UE⁸⁶.

Plusieurs tribunaux arbitraux n'acceptent d'ailleurs pas qu'une évolution jurisprudentielle puisse remettre en cause le consentement à l'arbitrage découlant des traités d'investissement intra-UE⁸⁷.

23. Par ailleurs, les règles de conflit prévues par les TBI instaurant ces tribunaux d'investissement ont généralement été interprétées en faveur de la primauté du droit international des investissements sur le droit de l'Union. Ainsi les tribunaux d'investissement se reposent-ils fréquemment sur une règle claire de conflit prévue par les TBI, laquelle écarte l'article 351 TFUE⁸⁸. S'agissant du TCE, il s'agit de l'article 16, qui à nos yeux constitue davantage une règle interprétative⁸⁹.

– Spécificité de l'arrêt *Achmea*

24. Dans certaines affaires, les tribunaux écartent la jurisprudence *Achmea* au motif qu'il n'était pas possible de généraliser des enseignements jurisprudentiels se rapportant à un TBI conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie⁹⁰. Le fait que le siège de l'arbitrage était situé à Francfort et que le droit civil allemand était d'application fut aussi invoqué pour écarter les enseignements de l'arrêt *Achmea*⁹¹.

– Absence de contradiction entre le TCE et le droit de l'UE

25. Dans la sentence *Vattenfall II*, le tribunal arbitral a avancé trois arguments. En premier lieu, il a rejeté l'argument selon lequel la clause ISDS comprise à l'article 26 du TCE pouvait être interprétée à la lumière de la Convention de Vienne⁹². En second lieu, il n'a pas accepté qu'il y avait un conflit entre les articles 267 et 344 TFUE et l'article 26 du TCE, estimant que ce traité et que le droit de l'Union européenne évoluaient dans des contextes normatifs distincts⁹³. En troisième lieu, dans la mesure où il n'y a pas de conflit entre ces deux ordres juridiques, le tribunal a conclu que le conflit de loi est inexistant⁹⁴. Par conséquent, la charte de l'énergie prévaut sur le droit de l'Union⁹⁵.

Le droit de l'Union ne relève pas du droit international applicable en vue d'interpréter la portée de l'article 26 du TCE, que ce soit au titre de l'article 26, 6., de ce traité⁹⁶ ou en vertu de la Convention de Vienne. Par rapport à cette dernière convention, le tribunal arbitral a estimé que l'application du droit de l'Union en tant que « règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », conformément à l'article 31, 3., conduirait à une application divergente de l'article 26 du TCE, ce qui créerait des obligations différentes dans le cadre des contentieux intra-UE de celles applicables aux autres contentieux⁹⁷.

⁸³. Para. 4.195. Voy. E. BONAFAE 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, p. 174, 180.

⁸⁴. Arrêt du 31 août 2018, I ZB 2/15, *Achmea*.

⁸⁵. ICSID, decision on jurisdiction of 6 June 2016, Case no. ARB/13/30, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S. à r.l. / Kingdom of Spain*, para. 87. Voy. S. GÁSPÁR-SZILÁGYI et M. ÚSYNIN, « The Uneasy Relationship between intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's *Achmea* Judgment », *European Investment and Arbitration Law Review*, 2019, à paraître.

⁸⁶. *RREEF Infrastructure (GP) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sà r.l / Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, para. 211.

⁸⁷. Voy. ICSID Award of 15 June 2018, Case no. ARB/13/31, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. / Kingdom of Spain*, para. 224.

⁸⁸. *Vattenfall II*, ICSID Case No. ARB/12/12, para. 227

⁸⁹. S. CENTENO HUERTA et N. KUPLEWATZKY, « On *Achmea*, the autonomy of Union law, mutual trust and what lies ahead », *European Papers*, vol. 4, n° 1, p. 73.

⁹⁰. *Masdar / Spain*, ICSID Case No ARB/14/1, Award, 16 May 2018.

⁹¹. *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale / Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, para. 254.

⁹². *Vattenfall II*, Para. 207.

⁹³. *Vattenfall II*, Para. 212.

⁹⁴. Para. 214.

⁹⁵. Para. 229.

⁹⁶. Para. 121.

⁹⁷. Paras. 155-157.



Enfin, le contentieux *Vattenfall II* doit être distingué de l'affaire *Achmea* dans la mesure où le TCE constitue un traité mixte et non pas un TBI⁹⁸.

– Principe d'irrévocabilité du consentement à l'arbitrage

26. Plusieurs tribunaux considèrent que lorsque le consentement à l'arbitrage a été accordé conformément à l'article 25, 1., de la Convention CIRDI, l'état n'est pas en droit d'y mettre un terme de manière rétroactive en vertu de l'article 72 de ladite convention⁹⁹. Le fait que l'état défendeur n'ait rien entrepris en vue de renoncer à son consentement en vertu de cette convention fut également mis en exergue pour affirmer la compétence du tribunal¹⁰⁰.

Sans même faire référence à la Convention CIRDI, certains tribunaux sont d'ailleurs parvenus à dégager un principe d'irrévocabilité. Aucun jugement ex-post de la C.J.U.E. ne pourrait ainsi remettre en cause le consentement étatique qui aurait été donné préalablement¹⁰¹.

– Critiques

27. Reposant sur une interprétation textuelle des traités établissant les tribunaux arbitraux, ces justifications paraissent à tout le moins très formelles¹⁰². Quoi qu'il en soit, elles nous paraissent erronées dans la mesure où elles écartent un point capital. C'est en effet oublier que les 27 Etats membres¹⁰³ sont les maîtres des traités qu'ils ont conclus entre eux en matière d'investissement. Il leur revient donc de décider, dans le cadre des règles de conflit, la règle de droit international qui prévaut. Par conséquent, nous sommes d'avis que l'article 351 TFUE et l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités constituent les règles de conflit applicables aux différends intra-UE investisseurs – Etat que ce soit pour un TBI ou pour le TCE¹⁰⁴. Cette autonomie des volontés des parties ne peut être écartée du revers de la main par les tribunaux arbitraux.

4° Exécution des sentences arbitrales

28. Dans la mesure où la sentence arbitrale serait rendue par un tribunal d'investissement siégeant sur le territoire d'un Etat membre, qui aurait refusé de décliner sa juridiction, l'Etat membre qui aurait été condamné par ce dernier peut soulever devant la juridiction nationale saisie par l'investisseur en vue d'exécuter la sentence arbitrale l'objection selon laquelle la sentence est contraire à l'ordre public. En effet, il peut être soutenu que l'ordre public a été violé par le tribunal d'investissement dans la mesure où la sentence dont l'exécution est sollicitée s'avère contraire à la jurisprudence *Achmea*¹⁰⁵, laquelle condamne l'existence même des tribunaux ISDS intra-UE. Il s'ensuit que la sentence arbitrale ne pourrait être exécutée. Qui plus est, le versement de dommages et intérêts par un état condamné par un tribunal d'investissement intra-UE viole le droit des aides d'Etat et, partant, est illégal¹⁰⁶.

29. Un des effets pervers de la solution retenue par la Cour serait alors le développement des pratiques de « forum shopping ». Les juridictions arbitrales seraient, en effet, tentées d'élire une localisation soit en dehors de l'Union européenne, soit sur le territoire d'un Etat membre dont les règles procédurales internes excluent la compétence des juridictions nationales susceptibles d'être saisies en aval de la sentence arbitrale définitive¹⁰⁷. Ceci appelle certains éclaircissements.

En premier lieu, lorsque le tribunal arbitral ne siège pas sur le territoire d'un Etat 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 effet, les juridictions des Etats tiers ne se sentiront pas forcément tenues de respecter les enseignements jurisprudentiels découlant de l'arrêt *Achmea*. Il en résulte que des procédures d'exécution forcée pourraient être mises en œuvre à l'encontre d'actifs appartenant à des états condamnés par des tribunaux d'investissement dans la mesure où ils sont situés en dehors de l'Union¹⁰⁸.

⁹⁸. Paras. 159-162.

⁹⁹. *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale / Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, paras. 261-264; *C.D Holding Internationale / Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, paras. 261-264; *Marfin Investment Group / The Republic of Cyprus*, ICSID Case No ARB/13/27, Award, 26 July 2018, para. 592.

¹⁰⁰. *Foresight Luxembourg Solar 1 Sàrl, et al. / Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/150, Final Award, 14 November 2018, para. 212.

¹⁰¹. *RREEF Infrastructure (GP), o.c.*, para. 213.

¹⁰². S. GÁSPAR-SZILÁGYI et M. USYNIN, *o.c.*

¹⁰³. L'Italie a dénoncé tous les traités d'investissement qu'elle avait conclus.

¹⁰⁴. I. DAMJANOVIC et N. DE SADELEER, « I would rather be a respondent state before a domestic court in the EU than before an international investment tribunal », *European Papers*, 2019, vol. 4, n° 1, pp. 19-60.

¹⁰⁵. C.J.U.E., 1^{er} juin 1999, C 126/97, *Eco Swiss*, pts. 35-36.

¹⁰⁶. Voy. Trib. U.E., 18 juin 2019, T 624/15, T 694/15 et T 704/15, *Micula*, T:2019:423.

¹⁰⁷. D. SIMON, « L'arbitrage en matière d'investissements remis en cause par la Cour de justice? A propos de l'arrêt du 6 mars 2018 *Achmea* », *Europe*, n° 5, mai 2018, p. 8.

¹⁰⁸. En ce sens, M. LAHOVAZI, *o.c.*, p. 223.



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 ». Ainsi, la juridiction d'un Etat membre se trouvera placée devant un choix cornélien. D'une part, elle sera tenue de se conformer aux enseignements découlant de la jurisprudence *Achmea* devant annuler la sentence arbitrale au motif que l'article 53 doit être écarté en raison de la primauté du droit de l'Union; d'autre part, l'Etat membre engagera sa responsabilité internationale pour ne pas se conformer à l'article 53 de ladite convention.

D. Implications sur les droits des investisseurs

30. Si la C.J.U.E. a remis en cause le règlement de différends prévu par les TBI, les différents droits octroyés aux investisseurs par ces traités demeurent entièrement en vigueur. A défaut de pouvoir porter leurs litiges devant des tribunaux arbitraux, rien n'empêche ces derniers à faire valoir leurs droits devant les juridictions nationales. Au demeurant, plusieurs juridictions arbitrales ainsi qu'étatiques ont jugé que les TBI conféraient directement des droits aux investisseurs¹⁰⁹, ce qui n'est pas le cas d'un traité comme le CETA¹¹⁰.

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 TBI. 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'UE protège les investisseurs qui respectent les obligations découlant des articles 10, 1. et 13, 1., du TCE. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Achmea*, les Etats 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'Union¹¹¹.

Par ailleurs, 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 Etats membres à prévoir une telle compensation que dans des hypothèses qui constituent des expropriations *de facto*¹¹².

E. Conclusions de la première partie

31. 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, ces organes extérieurs à l'Union sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre des compétences établi 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 Etats membres. La Cour consacre de la sorte une interprétation extensive de l'article 344. Le fonctionnement d'un marché unique dépourvu de frontières intérieures requiert que les investisseurs puissent se prévaloir du droit de l'Union. Aussi, le principe de confiance mutuelle n'est pas confiné à l'espace de liberté, de sécurité et de justice; ce principe fondamental devient la clé de voûte de l'ordre juridique de l'Union¹¹³. Un mécanisme de règlement des différends « opt-out » du système complet de voies de recours établi par les traités fondateurs¹¹⁴ aurait pour effet de remettre en cause « l'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union (...) inhérent à un état de droit »¹¹⁵. Il n'y a donc aucune place, voire aucune nécessité, de prévoir des mécanismes parallèles en vue de garantir la protection de droits accordés aux investisseurs, lesquels sont déjà protégés par l'ordre juridique communautaire¹¹⁶.

¹⁰⁹. Voy. la jurisprudence citée dans les conclusions de l'avocat général M. WATHELET, pt. 156.

¹¹⁰. Art. 30.6, 1.

¹¹¹. Arrêt *Achmea*, pt. 35.

¹¹². La jurisprudence de la C.E.D.H. 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. Voy. 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 (C.E.D.H. (déc.), 3 juin 2014, *Rossi et Variante / Italie*). Pour sa part, le Conseil constitutionnel français se montre souvent réticent à identifier une expropriation indirecte dès qu'il n'y a pas d'atteinte à l'abus (ou droit de disposer) du bien. Ainsi, en matière de servitudes, il estime qu'il n'y a pas de privation de propriété, même si des restrictions à l'usage du bien sont prévues par les textes (Cons. const. fr., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC; Cons. const. fr., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC; Cons. const. fr., 16 décembre 2011, n° 2011-207 QPC; Cons. const. fr., 2 février 2016, n° 2015-518 QPC). Il en va de même en matière de limitation au recouvrement des créances (Cons. const. fr., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC; Cons. const. fr., 5 octobre 2016, n° 2016-574/575/576/577/578 QPC; Cons. const. fr., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC).

¹¹³. Voy. C.J.U.E., 16 juillet 2015, C- 681/13, *Diageo Brands*, C:2015:471, pt. 40.

¹¹⁴. C.J.U.E., 28 mars 2017, C 72/15, *Rosneft*, C:2017:236, pt. 36.

¹¹⁵. C.J.U.E., 27 février 2018, C-64/16, *Association syndicale des juges portugais*, pt. 36.

¹¹⁶. S. CENTENO HUERTA et N. KUPLEWATZKY, « On *Achmea*, the autonomy of Union law, mutual trust and what lies ahead », *European Papers*, 2019, vol. 4, n° 1, p. 68.



merciale commune (PCC), laquelle habilite ses institutions à conclure des accords de libre échange avec des Etats tiers¹¹⁸.

L'ampleur des controverses suscitées en Belgique par le CETA tenait à la nature même de ce traité. A la différence des traités commerciaux traditionnels, le CETA constitue un accord de libre-échange bilatéral dit de « nouvelle génération », à savoir un accord de commerce qui contient, outre les dispositions traditionnelles relatives à la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires affectant les échanges de marchandises et de services, des dispositions dans diverses matières liées au commerce, telles que la protection de la propriété intellectuelle, les investissements, les marchés publics, la concurrence et le développement durable. En effet, dans la mesure où les obstacles tarifaires et les droits de douane ont diminué de manière significative, l'UE tend à promouvoir depuis quelques années la conclusion de ce type d'accords avec des Etats tiers (Canada, Singapour, Japon, etc.).

En 2016, les Etats membres ont croisé le fer avec la Commission européenne sur la répartition des compétences étant donné que ces accords de nouvelle génération couvrent des matières qui relèvent des compétences partagées entre l'UE et les 28 Etats membres¹¹⁹ et non pas exclusivement des matières relevant d'une compétence exclusive¹²⁰. En bref, ces accords relevaient-ils de la compétence exclusive de l'UE au titre de la PCC, ou d'une compétence partagée entre l'UE et les 28 Etats membres, ou encore d'une compétence revenant aux seuls Etats membres?

L'enjeu est le suivant. Lorsqu'un accord international est considéré comme « mixte », ce dernier doit être approuvé par les parlements des 28 Etats membres, ce qui constitue une garantie démocratique non négligeable. Le revers de la médaille tient au fait qu'à la conclusion de l'accord « mixte » par l'Union – qui suppose une majorité qualifiée au Conseil et l'approbation du Parlement européen, s'ajoute l'adoption des lois d'assentiment par l'ensemble des Etats membres¹²¹. Les obstacles à l'entrée en vigueur de l'accord

mixte peuvent, par conséquent, s'accumuler. En revanche, lorsque l'accord est considéré comme « exclusif », il doit être conclu par le Conseil des ministres et approuvé par le Parlement européen¹²², ce qui laisse de côté des législateurs nationaux. Assurément, les difficultés susceptibles d'apparaître en cas de participation conjointe de l'Union et des Etats membres à la conclusion des accords « ne sont pas de nature à modifier le sens (...) à donner à la question de la compétence »¹²³.

Faisant droit aux revendications de la société civile, relayée par de nombreux Etats membres, la Commission européenne considéra, le 5 juillet 2016, que le CETA constituait un accord « mixte ». Sans doute s'agissait-il là d'une prise de position davantage politique que juridique.

35. Dans son avis du 16 mai 2017, lequel fut sollicité par la Commission, l'assemblée plénière de la C.J.U.E. a tranché cette controverse, à propos d'un autre accord commercial, conclu entre l'UE et la République de Singapour¹²⁴. Elle a jugé que la majorité de ces chapitres (commerce des marchandises et services, concurrence, développement durable, etc.) relevait de la compétence exclusive de l'UE au titre de la PCC¹²⁵.

Assurément, la seule circonstance que l'accord UE-Singapour puisse avoir « certaines implications » sur les échanges commerciaux avec cet Etat tiers ne suffisait pas à le ranger dans la catégorie de ceux qui relèvent de la PCC. Encore fallait-il vérifier, conformément à une jurisprudence constante, si l'accord en question portait « spécifiquement sur ces échanges en ce qu'il (était) essentiellement destiné à les promouvoir, à les faciliter ou à les régir et (avait) des effets directs et immédiats sur ceux-ci »¹²⁶. Facilitant l'accès au marché des marchandises, les engagements tarifaires, commerciaux, douaniers relèvent sans surprise de la compétence exclusive liée à la PCC. Il en va de même des investissements dans la production d'énergie renouvelable, des services (hormis ceux en rapport avec les transports), des marchés

¹¹⁸. Art. 3, 1., e), TFUE. Consacrée à l'art. 207 TFUE, cette politique constitue la clé de voûte des relations extérieures économiques de l'Union. Elle permet à l'Union de s'affirmer en tant qu'acteur économique global, ce qui lui donne davantage de poids que la polyphonie qui résulterait de 28 politiques commerciales différenciées. L'art. 207 énumère de manière non exhaustive certaines matières. Ainsi comprend-t-elle les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation ainsi que les mesures de défense commerciale (mesures antidumping). Cf. P. DIDIER ET AL., *Commentaire Mégret. Politique commerciale commune*, Bruxelles, ULB, 2014, p. 11.

¹¹⁹. Plusieurs chapitres du CETA recouvrent en effet des matières partagées énumérées à l'art. 4 TFUE, notamment le marché intérieur, l'agriculture et la pêche, l'environnement, la protection des consommateurs, les transports, et l'énergie. C'est l'exercice effectif des compétences partagées par l'Union qui aura pour effet de priver les autorités étatiques de leurs prérogatives. Cela dit, les Etats membres recouvrent leurs prérogatives dès que l'Union a décidé de ne plus exercer sa compétence partagée (art. 2, 2., TFUE).

¹²⁰. Art. 3, 1., e), TFUE.

¹²¹. D. SIMON, « L'avis 2/15 sur l'accord de libre-échange entre l'Union et Singapour: un apport majeur pour les modalités de conclusion des accords ultérieurs de la nouvelle génération », *Europe*, juillet 2017, p. 11.

¹²². Art. 218, 6., TFUE.

¹²³. Avis 1/08, pt. 127.

¹²⁴. Avis 2/15.

¹²⁵. Comme l'UE est la seule à pouvoir intervenir, l'exercice de cette compétence épuise la souveraineté étatique. Toute intervention de la part des Etats est *a priori* exclue, à moins d'avoir été habilités à mettre en œuvre les actes de l'UE.

¹²⁶. Avis 2/15, pt. 36.



publics, de concurrence et des droits de propriété intellectuelle.

Dans la mesure où ils ont pour objet « essentiel » de faciliter ou de régir les échanges commerciaux, les engagements pris en matière de développement durable, d'environnement et de protection des travailleurs (matières relevant sur le plan interne de compétences partagées), ils relèvent également de la compétence exclusive de la PCC. En effet, les engagements pris en matière de protection des travailleurs, de lutte contre le commerce illicite du bois et de la pêche et de l'exploitation durable des stocks halieutiques sont susceptibles d'avoir « des effets directs et immédiats » sur les échanges commerciaux, dans la mesure où les parties se sont engagées à ne pas abaisser le niveau de protection sociale et environnementale sur leur territoire respectif en dessous des standards internationaux. Ces dispositifs font donc partie intégrante de la PCC.

La ligne de démarcation entre les compétences communautaires et nationales bascula plus d'une fois. Alors qu'*a priori* la fourniture de services dans le domaine des transports¹²⁷ ne relève pas de la PCC – à l'exception de services qui présentent un lien éloigné avec le déplacement physique des personnes –, la C.J.U.E. est parvenue à la rattacher à une compétence exclusive au motif que l'engagement international serait susceptible « d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée »¹²⁸.

36. Malgré cette interprétation extensive des compétences exclusives revenant à l'Union dans le domaine de la PCC, la C.J.U.E. aboutit à la conclusion que deux pans de l'accord relevaient des compétences partagées.

Tout d'abord, la détermination de la compétence en matière d'investissements s'avérait particulièrement épineuse, la notion d'« investissement étranger direct » n'étant pas définie dans le traité. La doctrine a néanmoins admis qu'en mentionnant expressément les seuls investissements directs, l'article 207 TFUE ne visait pas les investissements de portefeuille¹²⁹. Contrairement à la thèse soutenue par la Commission européenne, seuls les investissements directs¹³⁰ tombent dans le giron de la PCC. Ceci a pour effet d'exclure les investissements de portefeuille de la PCC et, partant, de les faire relever d'une compétence partagée.

Pomme de discorde dans la saga du CETA, la possibilité

pour un investisseur de recourir à une procédure d'arbitrage s'agissant de la violation éventuelle du régime de protection des investissements, en toute logique, relève d'une compétence partagée, étant donné qu'un tel régime « soustrait des différends à la compétence juridictionnelle » étatique¹³¹. Ne revêtant pas un caractère purement auxiliaire aux échanges commerciaux, un RDIE ne saurait dès lors être instauré sans le consentement des Etats membres¹³². Dans la mesure où l'organisation de la justice relève de la souveraineté nationale, cette interprétation doit être approuvée.

37. Plusieurs enseignements peuvent être dégagés de l'avis 2/15. En premier lieu, les compétences exclusives concernant les accords de nouvelle génération sont plus conséquentes que ce qu'on avait pu imaginer. Ensuite, la reconnaissance de la mixité partielle de l'accord requiert l'approbation de ce dernier par tous les parlements des 28 Etats membres. Ni l'accord UE-Singapour ni le CETA ni les futurs traités qui sont actuellement négociés¹³³ et qui prévoient un mécanisme RDIE ne peuvent être conclus sans l'aval de chaque Etat membre. Au demeurant, rien n'empêche les institutions de l'Union de se livrer à un exercice complexe consistant à dissocier les chapitres relevant d'une compétence exclusive de ceux relevant d'une compétence partagée¹³⁴.

Parce qu'elle n'était pas interrogée sur ce point, la C.J.U.E. ne s'est pas prononcée dans son avis à propos de la compatibilité du système réformé de RDIE, prévu par l'accord UE-Singapour, avec l'autonomie du droit de l'Union. Ce volet controversé du CETA avait agité le landerneau politique à travers l'Europe au cours de l'automne 2016, allant jusqu'à provoquer en Belgique une crise politique inédite, qui avait étonné les observateurs étrangers.

Fort d'une résolution du Parlement wallon, le gouvernement de la Région wallonne refusa de donner les pleins pouvoirs au ministre fédéral du commerce afin qu'il puisse signer le CETA. Ce blocage déclencha une intense activité diplomatique, sans toutefois parvenir à sauver le sommet UE-Canada, qui fut finalement annulé. Une entité fédérée belge, telle la Région wallonne, pouvait-elle à elle seule remettre en cause la signature d'un traité, produit de tortueuses négociations entre le Canada et l'UE? Chacun des 28 Etats membres serait-il en droit de faire peser une épée de Damoclès sur les relations commerciales de l'UE?

¹²⁷ Art. 207, 5., TFUE.

¹²⁸ Art. 3, 2., TFUE.

¹²⁹ Ces derniers ont été définis par la Cour comme concernant « l'acquisition de titres sur le marché de capitaux effectuée dans la seule intention de réaliser un placement financier dans la seule intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise ». Cf. C.J.U.E., 28 septembre 2006, C-282/04 et C-283/04, *Commission / Pays-Bas*, pt. 19. Voy. P. DIDIER ET AL., *Commentaire Mégret, o.c.*, p. 49.

¹³⁰ C.-à-d. la participation dans une entreprise étrangère en vue de garantir sa gestion ou son contrôle.

¹³¹ Avis 1/17, pt. 292.

¹³² *Ibid.*, pts. 286 et 290 à 293. La C.J.U.E. n'a pas suivi les conclusions rendues par l'avocat général E. SHARPSTON, laquelle estimait que le mécanisme RDIE relevait d'une compétence exclusive en raison de son caractère ancillaire. Pt. 255.

¹³³ Notamment avec le Vietnam et Singapour.

¹³⁴ Voy. l'accord UE-Singapour, où les composants « commerce » et « investissements » ont été distingués.



En vue de permettre la signature de ce traité, un compromis « à la belge » fut obtenu à la suite de longues tractations, le 27 octobre 2016. L'Etat belge s'engagea à solliciter, conformément à l'article 218, 11., TFUE¹³⁵, l'avis de la C.J.U.E. quant à vérification de la conformité du régime de règlement des différends (RDIE) prévu par le CETA avec, entre autres, la compétence exclusive de la Cour de fournir une interprétation définitive du droit de l'Union, le principe général d'égalité et l'impératif de l'effet utile du droit de l'Union et le droit à une justice indépendante et impartiale.

Ce compromis permit à la Belgique de signer le CETA. Les signatures de 28 Etats membres étant réunies, ce traité est entré provisoirement en vigueur le 21 septembre 2017, en vertu de l'article 218, 5., TFUE. Depuis cette date, l'essentiel de ce traité est donc d'application, hormis le Chapitre 8 sur les investissements qui ne sera d'application que lors de son entrée en vigueur définitive.

B. Le « système juridictionnel des investissements » du CETA

38. En raison de l'opposition croissante d'une partie de la société, des modifications substantielles ont été apportées au mécanisme de règlement des différends. En février 2016, les autorités canadiennes et la Commission européenne ont substitué au RDIE initialement envisagé un « système juridictionnel des investissements » (*Investment Court System*) en y apportant des modifications de fond et de forme. Qui plus est, au mois d'octobre 2016, sous l'impulsion de certaines autorités belges, des précisions ont été apportées dans le cadre d'une note interprétative.

Le « système juridictionnel des investissements », nouvelle mouture, constitue ainsi la pierre angulaire du Chapitre 8 sur les investissements – pas moins de 27 articles lui sont consacrés –. Il convient de mettre en exergue ses particularités par rapport au mécanisme traditionnel ISDS.

39. Tout d'abord, force est de constater que ce « système juridictionnel » se caractérise davantage par sa stabilité, son impartialité et sa transparence que les régimes ISDS traditionnels.

S'agissant de sa stabilité, les tribunaux arbitraux ne seront pas constitués, à la différence de l'approche traditionnelle de l'ISDS, pour trancher une seule affaire. Comprenant un double degré de juridiction, soit un tribunal permanent et un tribunal d'appel qui est compétent pour réviser les sentences rendues en première instance par le tribunal, le « système

juridictionnel des investissements » est établi de manière permanente.

Pour ce qui est de l'impartialité, alors que dans le cadre de l'ISDS, les tribunaux sont composés d'arbitres désignés par l'investisseur qui se prétend lésé et l'état défendeur, le nouveau mécanisme RDIE sera composé, quant à lui, de 15 membres et la cour d'appel de 5 membres, lesquels seront nommés par l'Union et le Canada pour un mandat de 5 ans. En outre, leur indépendance sera renforcée en vue de prévenir des conflits d'intérêts. Ensuite, ils devront répondre à des critères de qualification similaires à ceux applicables à d'autres juridictions internationales¹³⁶. De surcroît, ils devront posséder des connaissances spécialisées, principalement en matière d'investissement. Leur rémunération sera en adéquation avec l'importance de leurs fonctions¹³⁷. Enfin, leur inamovibilité sera garantie.

En ce qui concerne la transparence, les procédures de règlement seront conduites de manière plus ouverte (publication en ligne des observations présentées par les parties et les décisions du tribunal, faculté pour des parties intéressées – ONG, syndicats – de présenter des observations et audiences ouvertes au public).

40. Sur le fond, le tribunal ne pourra connaître que des recours concernant le traitement non discriminatoire (Section C du Chapitre 8) et la protection des investissements (Section D). Les investisseurs ne pourront donc invoquer ni les autres dispositions de l'accord CETA ni les dispositions de fond d'autres accords commerciaux conclus par l'UE.

Parmi les dispositifs pouvant être invoqués, la violation de l'obligation de traitement juste et équitable ne couvre qu'un nombre restreint de cas de figure: déni de justice, cas d'arbitraire manifeste, discrimination ciblée sur la base de motifs manifestement injustifiés, etc. Dans le cadre de l'appréciation du traitement réservé aux investisseurs, ces derniers peuvent arguer que les pouvoirs publics leur ont fait des promesses en vue d'encourager leurs investissements en créant dans leur chef des « attentes légitimes ».

Qu'elle soit directe ou indirecte, l'expropriation pourrait devenir un cheval de Troie de certains investisseurs, ceux-ci devant être promptement indemnisés à la juste valeur marchande de leur investissement. On observera que dans plusieurs ordres juridiques l'imposition de servitudes d'utilité publique, pouvant être assimilés à une expropriation indirecte, ne donne pas lieu à des compensations. On assisterait, de la sorte, à une discrimination à rebours, étant donné que les investisseurs canadiens pourraient être compensés alors

^{135.} Pour rappel, cette procédure d'avis qui intervient en dehors d'un litige donne lieu à un contrôle *ex ante* de la conformité du projet d'accord international avec le droit de l'Union en vue de prévenir les complications qui résulteraient de contestations en justice relatives à la compatibilité du futur traité engageant l'Union (avis 1/09, pt. 47). L'avis rendu par la Cour est contraignant. En cas d'avis négatif, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de ce dernier en vue de neutraliser l'incompatibilité constatée par la C.J.U.E. Au contraire, en cas d'avis positif, l'accord pourra être conclu, lequel liera en vertu de l'art. 216 TFUE tant les institutions de l'Union que les 28 Etats membres.

^{136.} Article 8.27, 4.

^{137.} Article 8.27, 12-15.



qu'un tel droit ne sera pas reconnu aux investisseurs originaires d'un autre Etat membre. On observera toutefois que pour la première fois dans un accord commercial conclu par l'UE les éléments constitutifs de la notion d'« expropriation indirecte » ont été précisés, dans le dessein de couper l'herbe sous le pied des investisseurs contestant des mesures légitimes de politique publique¹³⁸.

A l'exception éventuelle des litiges sur l'expropriation indirecte, les investisseurs éprouveront sans doute des difficultés à démontrer la violation d'une des obligations pouvant donner lieu à compensation. A titre d'exemple, la violation du traitement juste et équitable doit consister dans un « déni de justice », « une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi », « un cas d'arbitraire manifeste »¹³⁹. La barre est donc placée assez haut.

41. En vue d'éviter une double indemnisation, l'investisseur ne peut obtenir la réparation de son dommage à la fois devant une juridiction nationale (ou internationale) et devant un tribunal arbitral¹⁴⁰.

Comme il est nécessaire de mener une activité commerciale réelle sur le territoire de l'une des parties pour obtenir la qualité d'investisseur, les « sociétés-écrans » et les « sociétés boîtes aux lettres » sont écartées¹⁴¹. Néanmoins, les filiales des sociétés canadiennes implantées sur le territoire des Etats membres, quel que soit leur taille, doivent être considérées comme des investisseurs.

42. En réformant de la sorte le modèle de règlement des différends, le Canada et l'Union européenne adoptèrent-ils, en fin de compte, un traité de commerce international « progressiste »¹⁴²? Ont-ils jeté de la poudre aux yeux? En raison de la complexité du nouveau « système juridictionnel des investissements », la réponse à ces questions ne pouvait être que nuancée.

C. Prise de position de la C.J.U.E.

1° L'autonomie de l'ordre juridique de l'UE

43. C'est principalement sur le plan de l'autonomie que le bât blesse. En effet, dans l'ordre juridique de l'UE, il n'est

pas permis à une juridiction autre que la C.J.U.E. de fournir l'interprétation définitive du droit primaire et dérivé au motif que cette interférence pourrait porter atteinte à la compétence exclusive d'interprétation revenant à la C.J.U.E.¹⁴³. Il est en effet de jurisprudence constante qu'un « accord international ne peut avoir des incidences » sur les compétences de la Cour « que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union »¹⁴⁴. Dans l'arrêt *Achmea*, la C.J.U.E. a d'ailleurs rappelé avec fermeté que « pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union »¹⁴⁵. Il s'ensuit que l'ordre juridique de l'UE peut se satisfaire de l'existence d'une juridiction spécifique tant qu'elle n'affecte pas l'autonomie de l'Union européenne.

Alors que d'aucuns avaient soupçonné que l'arrêt *Achmea* aurait dû conduire la C.J.U.E. à remettre en cause la validité du RDIE prévu par le CETA¹⁴⁶, la Cour a pris le soin de souligner la différence non seulement avec les mécanismes abordés dans les avis précédents¹⁴⁷, mais aussi avec le mécanisme ISDS condamné par la Cour dans l'arrêt *Achmea*.

44. Contrairement à ce qu'elle avait jugé à propos du règlement des différends des litiges en matière de brevets (avis 1/09) ou à propos de l'adhésion de l'UE à la C.E.D.H. (avis 2/13)¹⁴⁸, la Cour a estimé que le « système juridictionnel des investissements » institué par le CETA ne portait pas atteinte à l'autonomie de l'UE. Ainsi le mécanisme en cause s'apparente-t-il davantage à celui prévu par le droit de l'OMC qu'à celui de la C.E.D.H..

45. S'agissant de l'arrêt *Achmea*, les différences étaient a priori notables. Tout d'abord, l'Union n'était pas partie à l'accord Pays-Bas-Slovaquie alors qu'elle l'est pour le CETA. Mais c'est surtout le principe de confiance mutuelle qui a permis à la C.J.U.E. de tracer la ligne de démarcation entre l'admissible et l'inadmissible. Clé de voûte de l'ordre juridique de l'Union, il condamne le maintien des mécanismes ISDS prévus par les traités d'investissement conclus entre les Etats membres¹⁴⁹. Inapplicable dans les relations

¹³⁸. Annexe 8-A.

¹³⁹. Art. 8.10, 2.

¹⁴⁰. Article 8.22, 1., f) et g).

¹⁴¹. Le scénario suivant peut toutefois être envisagé. Une société française considère que son investissement fait l'objet d'une expropriation indirecte en Allemagne. N'ayant aucun espoir d'obtenir gain de cause devant les juridictions allemandes, elle se fait incorporer dans une société canadienne en vue de pouvoir porter son contentieux devant le tribunal d'investissement du CETA.

¹⁴². Instrument interprétatif commun, pt. 1.

¹⁴³. Avis 2/13, pt. 246.

¹⁴⁴. *Ibid.*, pt. 183.

¹⁴⁵. Avis 1/17, pt. 35.

¹⁴⁶. Ch. ECKES, « Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration », *European Papers*, vol. 4, n° 1, pp. 79-97; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, « AG in Opinion 1/17 », *European Law Blog*, 9 février 2019.

¹⁴⁷. Avis 1/17, pts. 126-127.

¹⁴⁸. *Ibid.*, pt. 123.

¹⁴⁹. *Ibid.*, pt. 128.



entre l'Union et un Etat tiers¹⁵⁰, ce principe n'empêche pas, en revanche, le recours à un mécanisme de règlement des différends.

Le « système juridictionnel des investissements » relève du principe de réciprocité entre l'UE et le Canada et, partant, ne risque pas de porter une atteinte significative ni au fonctionnement constitutionnel des institutions de l'Union ou de ses Etats membres ni à la fonction de la Cour de justice, ni à son

autorité sur les Etats membres¹⁵¹. Un tel raisonnement peut laisser rêveur dans la mesure où, à l'exception des droits de l'homme et du droit humanitaire, tous les accords sont fondés sur le principe de réciprocité « dans leur application mais pas forcément dans leur contenu »¹⁵².

Le tableau suivant met en exergue les différences entre l'arrêt *Achmea* et l'avis commenté.

	Arrêt <i>Achmea</i>	Avis 1/17
Parties au traité en cause	2 Etats membres	UE-Canada
Objectifs du traité bilatéral	Protection des investisseurs	Libéralisation des échanges entre le Canada et l'UE
Principes	Confiance mutuelle	Réciprocité
Nature de l'organe	Il ne s'agit pas d'une juridiction au sens de l'article 267 TFUE	Extérieur au système juridictionnel de l'UE, mais assumant des fonctions juridictionnelles et, partant, soumis à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux
Respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE	Risque d'application et d'interprétation du droit de l'UE	Le droit de l'UE étant interprété en tant que « fait », l'autonomie est préservée
Droit d'accès à un tribunal indépendant	----	Traitement non discriminatoire

46. Mais on peut se demander si les différences ne s'arrêtent pas là. Qu'ils soient traditionnels ou hybrides, les tribunaux d'investissement intra-UE et le nouveau mécanisme RDIE prévu par le CETA ne constituent pas des juridictions nationales. En outre, ils poursuivent un objectif unique: la soustraction de différends entre les investisseurs et les Etats aux juridictions nationales.

47. Ayant retenu les leçons de l'avis 2/13, les auteurs du CETA se sont livrés à un « véritable travail d'orfèvrerie juridique »¹⁵³ en multipliant à l'envi les clauses de sauvegarde dans le dessein de préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Plusieurs de ces balises confortent la solution retenue par la Cour, laquelle met tout d'abord en exergue le fait que les tribunaux d'investissement du nouveau « système juridictionnel » ne sont pas habilités à interpréter ou à appliquer les dispositions du droit de l'UE autres que celles du CETA. Par ailleurs, la Cour fait observer que, conformément à l'article 8.31, 2., le « système juridictionnel

des investissements » tient compte du droit interne d'une partie uniquement en tant que « question de fait »¹⁵⁴. Le droit de l'Union ne sera donc pris en considération que pour cerner les contours du contexte factuel. En outre, quand bien même il y aurait un risque d'interprétation du droit de l'Union, la C.J.U.E. n'est nullement liée par le sens que le tribunal arbitral pourrait donner au droit de l'Union¹⁵⁵. Enfin, aux yeux de la Cour, l'existence même du tribunal d'appel est une garantie supplémentaire de ce qu'il ne sera pas donné au droit de l'UE, pris en considération en tant qu'élément de « fait », un sens erroné¹⁵⁶.

On observera que la C.J.U.E. a pris soin de préciser que le RDIE constitue un « for » distinct, lequel est tenu de prendre « en considération » le droit de l'UE « comme un fait » à « prouver ». Aussi le RDIE n'aura-t-il pas à appliquer le droit UE au sens strict dans la mesure où l'objet de l'action portera sur la réparation d'un dommage dont le régime serait puisé dans le droit international général dans la mesure où le

¹⁵⁰. *Ibid.*, pt. 129.

¹⁵¹. En ce sens, Concl. Av. gén. BOT, pt. 107.

¹⁵². A. BERRAMDANE, « Quelques remarques à propos de l'avis 1/17 de la C.J.U.E. », *R.D.U.E.*, 2-2019, p. 190.

¹⁵³. P.-Y. MONJAL, « L'avis 1/17 de la Cour de justice et le système juridictionnel des investissements: le CETA comme Gold-standard trade pact », *R.D.U.E.*, 2-2019, p. 12.

¹⁵⁴. L'art. 8.31, 2., du CETA prévoit que les tribunaux arbitraux ne peuvent prendre en compte le droit UE que comme un « fait » et sont tenus de suivre l'interprétation de la C.J.U.E. Cf. pt. 130 de l'avis. Pour l'avocat général BOT, « cette disposition illustre l'approche retenue par les parties contractantes, en vertu de laquelle le Tribunal (...) doit interpréter le moins possible le droit interne de chacune des parties ». Cf. pt. 129 de l'avis.

¹⁵⁵. Concl. Av. gén. BOT, pt. 137.

¹⁵⁶. *Ibid.*, pt. 133; Concl. Av. gén. BOT, pt. 148.



CETA n'est guère prolix sur la question. De ce point de vue, le contenu de la règle de l'UE devra être présenté à l'instance par la partie qui s'en prévaut comme un élément de fait en vue de démontrer que l'UE ou l'Etat membre a enfreint une interdiction prévue par le CETA.

Ainsi, contrairement à ce qui est le cas pour les TBI intra-UE, tel celui en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Achmea*, le droit de l'UE ne fait pas partie du droit international applicable entre le Canada et l'UE¹⁵⁷. Etant donné que l'ordre juridique de l'Union est cloisonné « de manière parfaitement étanche au nom de son autonomie qui ne peut qu'être absolue », le risque d'interférence du système juridictionnel prévu par le CETA avec le droit de l'Union paraît donc exclu¹⁵⁸.

On rappellera tout d'abord que la C.J.U.E. est appelée à connaître du droit national en tant que juge du fond, lorsque sa compétence relève d'une clause compromissoire présente dans un contrat conclu par une institution de l'Union, clause qui contient le choix de la loi nationale applicable. Dans ce cas, la Cour se conforme à l'interprétation qui prévaut dans le système national de référence, « en particulier celle donnée par la jurisprudence nationale dominante ». Marc FALLON fait observer que la Cour se contente d'une « prise en considération » de la règle nationale en tant qu'élément de fait constitutif des conditions d'application de la règle européenne¹⁵⁹.

Le raisonnement de la C.J.U.E. prête toutefois le flanc à la critique. En premier lieu, la ligne de démarcation tracée par la Cour entre l'« examen » et l'« interprétation » paraît ténue¹⁶⁰. Ensuite, dans bien des cas, c'est la violation du droit interne, qui risque d'entraîner la violation du traité d'investissement¹⁶¹. Par ailleurs, que faut-il entendre par « interprétation dominante »? Celle de la Cour de justice, celle de la Cour européenne des droits de l'homme, celle des juridictions suprêmes de l'Etat membre défendeur? Même si le CETA prévoit que le tribunal arbitral est tenu de suivre « l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions », il se pourrait qu'une disposition de l'UE mise en cause dans une affaire arbitrale se prête à plusieurs interprétations plausibles.

Il en va de même des ordres juridiques nationaux, où il n'est guère aisé d'identifier « l'interprétation dominante donnée

au droit interne »¹⁶². Pour le dire simplement, les Cours de cassation, les juridictions constitutionnelles et administratives ne sont pas nécessairement du même avis. Il en résulte qu'en cas de controverse jurisprudentielle sur le sens à donner à la norme de droit de l'UE, le tribunal d'investissement sera appelé à interpréter ce dernier¹⁶³.

D'autres difficultés pourraient se poser.

Tout d'abord, si le tribunal d'investissement prend en compte la jurisprudence dominante des cours d'appel alors que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée, et rend sa sentence arbitrale, que se passera-t-il si cette jurisprudence est condamnée par la suite par la Cour de cassation?

Par ailleurs, que se passera-t-il si le RDIE outrepassa sa compétence qui est strictement délimitée par le CETA? Certes, on pourrait nous répondre que le comité mixte pourrait adopter des interprétations contraignantes. Encore faut-il rappeler que les décisions de ce comité mixte nécessitent l'approbation des deux parties.

En bref, en l'absence d'acte clair ou de jurisprudence constante, la préservation de l'autonomie d'un ordre juridique grâce à l'« examen » de la norme juridique en tant que « fait » relève, à notre avis, d'une pure fiction.

48. Alors que la faculté devant être réservée aux juridictions des Etats membres d'interroger à titre préjudiciel la C.J.U.E. avait été rappelée avec vigueur dans l'arrêt *Achmea*, la Cour de justice estime qu'il ne serait pas « cohérent » que le traité prévoit une procédure qui permettrait aux tribunaux d'investissement du CETA de la saisir à titre préjudiciel¹⁶⁴. En effet, ce mécanisme bilatéral est « extérieur à l'ordre juridique de l'Union »¹⁶⁵. C'est d'ailleurs l'essence même des RDIE lesquels prévoient un for juridictionnel distinct des systèmes juridictionnels des parties.

On se retrouve ainsi en face de deux systèmes juridictionnels parallèles: d'une part, le nouveau « système juridictionnel » qui applique et interprète les dispositions du CETA au regard du droit international, sans pour autant que son interprétation déborde sur le droit de l'UE, et, d'autre part, la C.J.U.E. qui applique et interprète le droit de l'UE tout en devant ignorer l'interprétation retenue par ledit « système juridictionnel »¹⁶⁶.

¹⁵⁷. Avis 1/17, pt. 110. En ce sens, A. BERRAMDANE, *o.c.*, p. 192.

¹⁵⁸. P.-Y. MONJAL, « L'avis 1/17 ... », *o.c.*, p. 12.

¹⁵⁹. Cf. « La condition procédurale du droit applicable en matière civile, selon la Cour de justice de l'Union européenne », in *Europa als Rechts und lebesraum. Liber amicorum Christian Kohler*, Gieseking Verlag, 2018, pp. 51-52.

¹⁶⁰. Avis 1/17, pt. 131.

¹⁶¹. Le droit interne, et partant le droit de l'Union lorsque ce dernier est mis en œuvre de l'état défendeur, devrait donc être apprécié en tant que « fait » plutôt qu'en tant que « droit ». Par conséquent, les griefs de l'investisseur devraient en principe être fondés sur des allégations de violation non pas du droit interne, mais du traité d'investissement.

¹⁶². Art 8.31, 2.

¹⁶³. Cette hypothèse ne semble en effet pas totalement exclue par l'avocat général BOT. Voy. pt. 137 de ses conclusions.

¹⁶⁴. Avis 1/17, pt. 134. On rappellera que l'accord d'association UE-Ukraine prévoit, à son art. 322, 2., un mécanisme de question préjudicielle.

¹⁶⁵. *Ibid.*

¹⁶⁶. A. BERRAMDANE, *o.c.*, p. 190.



49. Une difficulté supplémentaire vient aussi à se poser. Il se pourrait qu'un investisseur canadien agisse devant une juridiction nationale au lieu de se pourvoir devant le RDIE en vue d'obtenir un dédommagement en raison des restrictions posées à son investissement. Quand bien même les dispositions du CETA n'ont pas d'effet direct¹⁶⁷, les juridictions internes sont tenues de les prendre en considération puisqu'il s'agit d'un traité mixte¹⁶⁸. A ce titre, elles pourraient être appelées à interroger à titre préjudiciel la C.J.U.E. sur leur portée. L'arrêt de « chose interprétée » que cette dernière viendrait à rendre aura pour effet de lier la juridiction interne. Mais quelle position les tribunaux d'investissement du nouveau RDIE devront-ils prendre? Seront-ils tenus de se conformer à l'arrêt de la C.J.U.E. puisque « l'interprétation dominante donnée au droit interne » s'impose? Or, d'après l'avis 1/17, la compétence de la C.J.U.E. pour interpréter ces accords ne prévaut pas sur celle des juridictions internationales qu'ils instaurent¹⁶⁹.

2° Une épée de Damoclès suspendue au-dessus des institutions de l'UE?

50. Une condamnation répétée de l'Union pourrait-elle contraindre l'UE à renoncer à atteindre le niveau de protection requis par les traités¹⁷⁰, ce qui aurait pour effet de compromettre sa capacité « à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel »¹⁷¹? On le sait, en raison du caractère parfois vague des droits consacrés par les traités d'investissement, la mise en balance des intérêts des investisseurs et de l'intérêt général ne s'avère pas nécessairement favorable aux pouvoirs publics. Pour pallier aux déficiences des traités d'investissement, le CETA consacre à de multiples reprises le droit des pouvoirs publics de réglementer dans l'intérêt général, droit dont la portée est explicitée dans la note interprétative à l'accord¹⁷². En bref, une réglementation qui aurait des effets défavorables sur un investis-

sement n'aura pas pour effet de violer l'obligation de traitement juste et équitable.

On pourrait arguer que dans la mesure où le CETA condamne uniquement un traitement arbitraire ou discriminatoire, les réglementations de l'UE d'intérêt général qui sont, conformément à la terminologie du droit UE des entraves, « indistinctement applicables »¹⁷³ ne pourront pas facilement être mises en cause par les tribunaux de ce nouveau « système juridictionnel ».

Malgré la noria de proclamations du respect de l'autonomie réglementaire, le Chapitre 8 sur les investissements fait-il encore peser une épée de Damoclès au-dessus des pouvoirs publics? S'agit-il d'un effet d'annonce? La Cour fut ainsi invitée par l'Etat belge à vérifier si le CETA n'avait pas pour effet d'empêcher le fonctionnement des institutions de l'UE conformément à son cadre constitutionnel.

51. La Cour se contente d'une analyse très formelle: quand bien même une sentence rendue par le « système juridictionnel d'investissement » serait favorable à l'investisseur, elle n'a pas pour effet d'annuler la mesure de droit public lui ayant fait grief¹⁷⁴. A l'instar du droit de l'OMC, la condamnation d'une partie, en l'espèce à des dommages et intérêts, n'oblige pas cette dernière à abroger la norme contentieuse. Ainsi, l'architecture du mécanisme n'a-t-elle pas pour effet « de remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une partie »¹⁷⁵.

Le RDIE relève du principe de réciprocité entre l'UE et le Canada et, partant, ne risque de porter une atteinte significative ni au fonctionnement constitutionnel des institutions de l'Union ou de ses Etats membres ni à la fonction de la Cour de justice, ni à son autorité sur les Etats membres. Aussi, l'autonomie du droit de l'UE est-elle préservée¹⁷⁶.

52. On peut néanmoins se demander s'il ne s'agit pas là d'une vue de l'esprit. La multiplication des clauses procla-

¹⁶⁷. Art. 30.6, 1. Si l'on pousse de la logique jusqu'au bout, l'absence d'effet direct des dispositions du CETA signifierait que l'investisseur ne pourrait les invoquer ni devant les juridictions nationales ni devant le RDIE, ce qui aurait pour effet d'oblitérer tout effet utile au nouveau régime quasi juridictionnel.

¹⁶⁸. C.J.U.E., 3 juin 2008, C-308/06, *Intertanko*, EU:C:2008:312, pt. 52.

¹⁶⁹. Avis 1/17, pt. 116.

¹⁷⁰. L'obligation d'atteindre « un niveau élevé de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement » figure au titre des missions assignées à l'UE (art. 3, 3., TUE; art. 114, 3. et 191 TFUE). Les politiques de santé publique et de protection des consommateurs (art. 168, 1. et 169, 1., TFUE) reprennent à leur compte cette exigence qualitative. En outre, un niveau élevé en termes d'emploi est requis en vertu de l'art. 9 TFUE. Cf. N. DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, OUP, 2014, pp. 45-56.

¹⁷¹. Avis 1/17, pt. 150.

¹⁷². Voy. l'instrument interprétatif commun, pt. 6, sous a). Cf. Concl. Av. gén. BOT, pt. 131. L'« instrument interprétatif commun » constitue une nouveauté. Il s'attache à préciser l'interprétation commune qu'ont l'UE et le Canada de plusieurs matières controversées (le droit à réglementer, la coopération en matière de réglementation, la protection des investissements, la protection de l'environnement, etc.).

¹⁷³. M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002.

¹⁷⁴. Avis 1/17, pt. 153.

¹⁷⁵. *Ibid.*, pt. 160.

¹⁷⁶. Le président de la Cour, Koen LENAERTS, n'hésita d'ailleurs pas à enfoncer le clou dans une interview donnée au journal *Le Soir*: « Nous disons en effet dans l'avis, en toutes lettres, qu'un tel relèvement est la conséquence du processus législatif interne de l'Union et des Etats membres et qu'il est à ce titre intouchable en vertu des obligations que l'UE et ses Etats membres prennent à l'égard du Canada. C'est le nœud de notre constat. Et il faut qu'il en soit ainsi, parce que c'est la condition pour qu'un tel accord soit compatible avec le droit de l'Union. » *Le Soir*, « Personne n'a gagné, personne n'a perdu avec le verdict de la Cour de Justice sur le Ceta », 8 mai 2019.



mant que chaque partie est en droit de maintenir son niveau de protection est-elle vraiment de nature à rasséréner ces dernières? La crainte d'une condamnation à verser des dommages et intérêts, quand bien même elle ne mettrait pas en cause la légitimité de l'action des pouvoirs publics, n'est-elle pas susceptible d'affaiblir à terme le niveau de protection retenu? Ce raisonnement parviendra-t-il à apaiser les craintes exprimées par la société civile dans de nombreux pays d'Europe occidentale? De même, l'affirmation de la C.J.U.E. parviendra-t-elle à convaincre les juridictions constitutionnelles qui pourraient être appelées, notamment en Belgique, à apprécier, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, des législations d'assentiment du CETA? En effet, le contrôle de la conformité du CETA par rapport aux obligations constitutionnelles concernant le haut niveau de protection les travailleurs, des consommateurs, voire de l'environnement pourrait être envisagé. En effet, comme il s'agit d'une compétence partagée, rien n'empêche qu'une juridiction constitutionnelle vienne à conclure que, malgré le fait que les sentences arbitrales n'ont pas pour effet de contraindre le législateur à abroger la législation protectrice de l'intérêt général, ce dernier pourrait néanmoins renoncer à garantir le haut niveau de protection requis par sa constitution¹⁷⁷. Ceci pourrait remettre en cause, en droit belge, l'obligation de stand-still¹⁷⁸.

3° Principe d'égalité de traitement

– Principes

53. Force est de constater qu'une différence de traitement semble a priori être établie entre différentes catégories de personnes investissant dans un Etat membre dans la mesure où l'accès aux tribunaux d'investissement institués par le CETA est réservé aux seuls investisseurs canadiens. En effet, le CETA vise à conférer à ces derniers « une voie spécifique d'action » dans la mesure où ils investissent dans l'Union tandis que les investisseurs européens ne sont pas en droit d'accéder à cette voie spécifique parce qu'ils ne sont pas considérés comme des investisseurs étrangers. Assurément, les sociétés canadiennes qui investissent dans l'Union n'opèrent pas dans un environnement juridique qui leur est familier et, partant, assument davantage de risques que des investisseurs européens¹⁷⁹. Il est vrai que l'entreprise finlandaise investissant en Roumanie pourra toujours invoquer la liberté d'établissement devant le juge roumain alors que

l'entreprise canadienne investissant dans ce pays ne pourra le faire.

A cela, on pourrait rétorquer qu'un investisseur roumain investissant dans la province du Hainaut peut buter sur certains écueils que ce soit la fiscalité nationale et régionale ou la sécurité sociale. Leur situation est-elle à ce point différente? Si l'investisseur canadien est francophone, il éprouvera en tout cas moins de difficultés qu'un investisseur roumain à comprendre la réglementation wallonne. La différenciation opérée par le CETA s'apparente-t-elle à une discrimination à rebours qui serait justifiée par des considérations d'intérêt général? Dans sa décision du 31 juillet 2017, le Conseil constitutionnel français avait jugé que c'était le cas¹⁸⁰. La C.J.U.E. devait, à son tour, opérer une telle vérification par rapport au droit de l'UE.

54. A l'appui de sa demande d'avis sur la compatibilité du mécanisme RDIE avec le principe général d'égalité de traitement, la Belgique invoquait l'article 20 de la charte des droits fondamentaux qui garantit « l'égalité en droit » ainsi que l'article 21, 2., de la charte, lequel interdit les discriminations fondées sur la nationalité.

L'article 21 fut d'emblée écarté car il n'est pas d'application lorsque la différence de traitement a trait à des rapports entre des ressortissants des Etats membres et ceux d'Etats tiers¹⁸¹. En revanche, l'article 20 ne prévoit, quant à lui, aucune limitation expresse de son champ d'application. Dans la mesure où son champ d'application s'étend aux entreprises européennes et canadiennes investissant sur le territoire de l'Union, cette disposition pourrait s'appliquer en principe à une éventuelle discrimination à rebours. Cependant, la Cour va conclure, de manière assez laconique que dans la mesure où les situations ne sont pas comparables, la différence critiquée ne viole pas l'égalité en droit¹⁸². Par conséquent, le critère de comparabilité n'étant pas rempli, la distinction entre investisseurs étrangers et européens ne s'apparente pas à une discrimination à rebours violant l'article 20 de la charte.

Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que lorsque l'investisseur canadien détient ou contrôle une « entreprise établie localement »¹⁸³, les dommages et intérêts octroyés par le tribunal d'investissement doivent être versés à cette dernière. En effet, une entreprise française investissant en Belgique ne saurait tirer avantage, conformément au droit de l'Union, d'un régime similaire. Aux yeux de la Cour de justice, l'entreprise établie localement « est elle-même un investissement de cet investisseur canadien, de telle sorte

¹⁷⁷. S'agissant de l'exercice d'une compétence partagée, rien n'empêche un contrôle de constitutionnalité des législations d'assentiment d'un traité mixte. Aussi faut-il rappeler que l'art 4, 2., TUE stipule que « l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, inhérente à leur structure (...) constitutionnelle ».

¹⁷⁸. I. HACHEZ, *Le principe de stand-still dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

¹⁷⁹. Voy. l'argument avancé par les autorités allemandes, repris au pt. 207 des conclusions de l'avocat général BOT.

¹⁸⁰. Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, § 39.

¹⁸¹. Avis 1/17, pts. 168-169.

¹⁸². *Ibid.*, pts. 177, 180.

¹⁸³. Art. 8.39, 2., a).



que l'implication de cette entreprise (...) dans l'exécution de la sentence n'est pas de nature à altérer le résultat (...) de l'examen de la comparabilité de la situation » des deux catégories d'investisseurs¹⁸⁴. Si l'on comprend bien ce raisonnement, le fait que l'entreprise locale s'apparente en réalité à un « investissement étranger » a pour effet d'accentuer la différenciation entre les deux régimes.

Mais n'était-ce pas là chercher midi à quatorze heures? Il aurait été possible de justifier l'octroi des dommages et intérêts à la filiale slovaque ou slovène de la maison mère canadienne au motif que ce régime permet de garantir un développement économique durable, lequel constitue d'ailleurs un des objectifs poursuivi par le CETA. En effet, dans le cas où l'investisseur canadien serait lésé, autant éviter que les indemnités soient rapatriées au Canada.

On reste finalement sur sa faim car la multiplication des traités de nouvelle génération du genre CETA et, partant, les voies de recours prévues en faveur des investisseurs étrangers aura pour conséquence d'instaurer une classe de requérants privilégiés qui seront les seuls à pouvoir recourir à un mécanisme RDIE, alors qu'une telle voie de recours au sein de l'UE fut condamné par la jurisprudence *Achmea*.

– Effectivité du droit de la concurrence

55. Apparemment, le CETA constitue un modèle en termes de différenciation des régimes, notamment en droit de la concurrence. Côté cour, en matière d'aides d'Etat, lorsque la Commission déclare une aide incompatible avec l'article 108 TFUE et en ordonne le remboursement, le tribunal d'investissement instauré par le CETA n'a pas la possibilité de juger la décision comme contraire au CETA¹⁸⁵. En revanche, côté jardin, en matière de droit de la concurrence, le principe inverse s'impose: les amendes infligées par la Commission ou par les autorités nationales de la concurrence, en application des articles 101 et 102 TFUE, pourraient être jugées comme violant les dispositions de protection des investisseurs.

L'exclusion des aides d'Etat s'explique par les positions fermes adoptées par la Commission européenne. Dans l'affaire *Micula*, un tribunal d'investissement avait condamné la Roumanie à verser des dommages à un investisseur suédois, au mépris de la prise de position de la Commission selon laquelle l'octroi de tels dommages s'assimile à une aide

d'Etat au sens de l'article 107 TFUE¹⁸⁶. Par ailleurs, la question des aides d'Etat a récemment revêtu davantage d'importance dans les affaires relatives à la violation par l'Espagne de certaines obligations prévues par le TCE¹⁸⁷.

56. La C.J.U.E. estime que cette différence de traitement n'est pas susceptible de déboucher sur une discrimination dans la mesure où ce n'est que « dans des circonstances exceptionnelles » qu'une amende en droit de la concurrence pourrait être neutralisée par une sentence ultérieure d'un tribunal d'investissement¹⁸⁸. A cet égard, la Cour souligne que l'amende infligée par la Commission devrait être entachée d'un des vices mentionnés à l'article 8.10, 2., ce qui aurait pour effet de priver l'investisseur des attributs fondamentaux de son investissement¹⁸⁹. Or, force est de constater que le contentieux relatif aux amendes en matière de la concurrence n'a rien d'anodin et que les arrêts rendus par le tribunal de l'UE sont loin d'être toujours favorables à la Commission européenne¹⁹⁰. Peut-on, dès lors, si facilement en déduire que les amendes ne poseraient aucun problème par rapport à un traité d'investissement?

Il nous semble pourtant qu'il aurait été possible pour la Cour de mieux justifier la distinction entre ces deux régimes. En effet, de nombreuses autorités publiques tentent d'attirer des investisseurs en leur faisant miroiter des avantages financiers ou fiscaux. De telles promesses pourraient engendrer dans leur chef des « attentes légitimes », alors que l'autorité publique pourrait se douter que l'aide promise sera considérée comme illicite par la Commission. Or, il se fait que la protection des « attentes légitimes »¹⁹¹ se trouve au cœur du traitement juste et équitable accordé aux investisseurs. Aussi certains investisseurs pourraient-ils arguer que des promesses qu'ils auraient pu suspecter illégales engendrent néanmoins dans leur chef une attente légitime. C'est précisément en vue de contrecarrer de telles velléités que les parties au CETA ont exclu des indemnités en rapport avec l'octroi d'aides d'Etat. Les amendes en matière de concurrence relèvent d'une toute autre problématique, puisque le principe des attentes légitimes n'entre pas en jeu.

4° Principes d'indépendance et d'impartialité

57. Le principe de protection juridictionnelle effective a comme corollaire l'indépendance des juges. Il résulte de

¹⁸⁴. Avis 1/17, pt. 183.

¹⁸⁵. Art. 8.9, 4.

¹⁸⁶. Voy. ICSID award on Jurisdiction of 22 October 2012, Case No. ARB/05/20, *Micula and Others / Romania*. La décision de la Commission fut annulée par le Tribunal de l'UE le 18 juin 2019 (arrêt *Micula*, T 624/15, T 704/15, précité).

¹⁸⁷. Dans une décision du 10 novembre 2017, la Commission a averti que tout dommage versé à un investisseur étranger en raison des modifications apportées par l'Etat espagnol aux subsides pour le développement de l'énergie renouvelable dans ce pays constitue une aide d'Etat, que les tribunaux d'investissement ne sont pas en droit d'octroyer. Voy. la décision du 10 novembre 2017, C (2017) 7384. Voy. M. VILLAR EZCURRA, « Implicaciones del caso Achmea en asuntos fiscales », *Quincena Fiscal*, 1-2, 2019, pp. 147-182.

¹⁸⁸. Avis 1/17, pt. 186.

¹⁸⁹. *Ibid.*, pt. 185.

¹⁹⁰. Trib. UE, 13 juillet 2018, T-58/14, *Stührk Delikatessen Import*, T:2018:474.

¹⁹¹. La notion n'est pas définie dans le traité.



l'article 19 TUE que la garantie d'indépendance est inhérente à la mission de juger, tant pour les juges de l'Union que pour les juridictions nationales¹⁹². Le respect de cette exigence d'indépendance « suppose, notamment, que l'instance concernée exerce ses fonctions juridictionnelles en toute autonomie »¹⁹³.

Comme on l'a vu, les mécanismes ISDS traditionnels se caractérisent par le manque d'indépendance des arbitres par rapport aux parties intéressées, l'absence d'équité procédurale, un certain parti pris en faveur des investisseurs, etc.¹⁹⁴. Or, c'est précisément pour sortir de l'ornière du droit des investissements que le « système juridictionnel d'investissement », quoiqu'inspiré par l'arbitrage investisseur-Etat, marque un « changement important et radical » dans le domaine du règlement des différends¹⁹⁵.

Ce « système » se rapproche-t-il pour autant d'un régime juridictionnel de droit public? Malgré les améliorations, il ne remplit pas tous les critères de la *Magna Carta des juges* d'indépendance statutaire, de nomination, de promotion, d'inamovibilité, de rémunération et de durée des fonctions. Assurément, pour l'avocat général BOT, le nouveau mécanisme RDIE était de nature « hybride »¹⁹⁶. A lire les conclusions de l'avocat général, on prend la mesure de l'influence exercée par les règles d'arbitrage, notamment en rapport avec le consentement à l'arbitrage¹⁹⁷, la transparence des procédures¹⁹⁸ et l'exécution des sentences arbitrales¹⁹⁹. Qui plus est, s'agissant de la rémunération des membres du tribunal²⁰⁰ et les obligations en termes d'éthique²⁰¹, le CETA renvoie aux règles applicables en matière d'arbitrage. Enfin, le tribunal d'investissement n'est pas appelé à rendre des jugements mais bien des sentences²⁰².

La C.J.U.E. a dû ainsi vérifier si la procédure de RDIE ne

méconnaissait pas les principes d'indépendance et d'impartialité de droit²⁰³.

58. La Cour souligne d'emblée les avancées significatives qui découlent du RDIE, eu égard notamment à « ses caractéristiques juridictionnelles prédominantes »²⁰⁴. Au demeurant, ces tribunaux d'investissement « exerceront essentiellement des fonctions juridictionnelles »²⁰⁵. En raison de leur permanence, de leur origine légale, de la procédure contradictoire qui sera appliquée, de leur autonomie et du caractère définitif et obligatoire des décisions rendues²⁰⁶, ils pourraient être assimilés à des quasi-juridictions. Aussi la Cour n'a pas suivi la voie préconisée par son avocat général, estimant que le mécanisme s'apparente davantage à une juridiction internationale qu'à un tribunal traditionnel d'investissement²⁰⁷.

Les principes d'accessibilité et d'indépendance qui découlent de l'article 47 de la charte s'appliquent donc aux tribunaux du nouveau « système juridictionnel des investissements »²⁰⁸, même s'ils « sont indissociablement liés à l'objectif du commerce libre et équitable » proclamé à la fois par le traité sur l'Union européenne²⁰⁹ et le CETA²¹⁰.

59. La Cour a ainsi vérifié la conformité de deux facettes du nouveau « système juridictionnel d'investissement » par rapport à l'article 47: d'une part, l'exigence d'accessibilité des tribunaux d'investissement pour les petites et moyennes entreprises (PME) et, d'autre part, le respect de l'exigence d'indépendance.

– Exigence d'accessibilité des tribunaux d'investissement pour les PME

60. Le « fardeau financier »²¹¹ des procédures pourrait

¹⁹² C.J.U.E., 19 septembre 2006, C-506/04, *Wilson*, pt. 49; C.J.U.E., 14 juin 2017, C-685/15, *Online Games*, pt. 69; C.J.U.E., 13 décembre 2017, C-403/16, *El Hassani*, pt. 40.

¹⁹³ C.J.U.E., 27 février 2018, C-64/16, *Association syndicale des juges portugais*, C:2018:117, pt. 44.

¹⁹⁴ UNCITRAL, Working Group 3, 2017 to present, *ISDS Reform*. Voy. aussi T. TUCKER, « Inside the Black Box: Collegial Patterns on Investment », *J Intl Disp Settlement*, 2016, 7(1), pp. 183-204; M. LANGFORD, D. BEHN et R. LIE, « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, 2017, pp. 1-28.

¹⁹⁵ Instrument interprétatif commun, pt. 6, i).

¹⁹⁶ Pour l'avocat général BOT, « le modèle retenu est, à plusieurs égards, marqué par certains traits originaux qui lui confèrent un caractère hybride, forme de compromis entre un tribunal arbitral et une cour internationale ». Cf. pt. 18 de ses conclusions.

¹⁹⁷ Art. 8.25 CETA.

¹⁹⁸ Art. 8.36 CETA.

¹⁹⁹ Art. 8.41 CETA.

²⁰⁰ Art. 8.27, 14., CETA.

²⁰¹ Art. 8.30, 1., CETA.

²⁰² Concl. Av. gén. BOT, pt. 242.

²⁰³ Voy. sur ce point le § 34 de la décision n° 2017-749 DC.

²⁰⁴ Avis 1/17, pt. 190.

²⁰⁵ *Ibid.*, pt. 197.

²⁰⁶ *Ibid.*, pt. 197.

²⁰⁷ I. DAMJANOVIC et N. DE SADELEER, « Values and objectives of the EU in light of Opinion 1/17: 'trade for all', above all », *Europe and the World – A Law Review*, 2019, à paraître.

²⁰⁸ *Ibid.*, pts. 191 et s.

²⁰⁹ Art. 3, 5., TUE.

²¹⁰ Avis 1/17, pt. 200.

²¹¹ Les contentieux RDIE sont connus pour être extrêmement coûteux.



décourager les PME ainsi que les personnes physiques de se pourvoir devant les tribunaux d'investissement²¹². Si ce risque était avéré, il résulterait que le nouveau mécanisme RDIE ne serait accessible qu'aux seuls investisseurs qui disposent des ressources financières suffisantes. Une telle situation risquerait de faire naître « une incohérence », d'une part, avec le champ d'application *ratione personae* du régime de protection des investissements qui couvre l'ensemble des entreprises et des personnes physiques, et d'autre part, avec l'objectif du commerce libre et équitable évoqué ci-dessus²¹³. Si ce risque a bien été reconnu par les parties à l'accord, la Commission et le Conseil des ministres se sont néanmoins engagés, en adoptant une déclaration, à garantir l'accessibilité des tribunaux aux PME au mécanisme RDIE. De manière assez surprenante, la Cour prend pour argent comptant cet engagement purement politique, qui a pour effet de rendre l'accord envisagé compatible avec « l'exigence d'accessibilité desdits tribunaux »²¹⁴.

Fort bien. Mais l'engagement pris par l'Union pourrait ne pas être accepté par les autorités canadiennes, ce qui reviendrait à créer une discrimination entre les PME canadiennes et les PME européennes²¹⁵. En outre, on peut se demander pour quelles raisons aucune aide n'est envisagée pour les parties intervenantes, telles que les ONG, qui sont davantage susceptibles de défendre l'intérêt général qu'une PME.

– Exigence d'indépendance

61. Etant donné qu'il s'agit d'un mécanisme extérieur au système juridictionnel du Canada, de l'Union et de ses Etats membres²¹⁶, le CETA attribue à un comité mixte, de composition bipartite, des compétences importantes s'agissant de:

- la nomination des membres du tribunal ainsi que du tribunal d'appel²¹⁷;
- l'adaptation du nombre des tribunaux d'investissement de première instance en vue de leur augmentation ou de leur réduction en fonction du nombre d'affaires traitées;
- la fixation du montant de la rétribution mensuelle des membres du tribunal²¹⁸;
- l'adoption d'« interprétations » de l'accord qui auront pour effet de lier les tribunaux d'investissement²¹⁹, ces interprétations n'ayant pas pour autant un effet rétroactif ou un effet immédiat sur les affaires pendantes.

^{212.} Art. 8.39, 6.

^{213.} Avis 1/17, pt. 213.

^{214.} *Ibid.*, pt. 219.

^{215.} A. BERRAMDANE, *o.c.*, p. 190.

^{216.} Avis 1/17, pt. 200.

^{217.} Art. 8.27, 2. et 3.

^{218.} Art. 8.27, 12.

^{219.} Art. 8.31, 3.

^{220.} Avis 1/17, pt. 233.

^{221.} *Ibid.*, pt. 236.

^{222.} *Ibid.*, pt. 237. Les décisions prises par le comité mixte ne constituent pas des actes attaquables. En revanche, les conclusions du Conseil des ministres concernant la position adoptée au nom de l'Union dans le cadre de négociation d'un accord international constituent un acte attaquant. Voy., p. ex., C.J.U.E., 25 octobre 2017, C-687/15, *Commission / Conseil*.

^{223.} Art. 26.1 CETA.

62. Aux yeux de la Cour, le caractère évolutif de ces dispositifs, concernant notamment la rémunération des membres du mécanisme RDIE, n'est pas « inhabituel » en droit international étant donné que les parties se réservent la possibilité de préciser l'interprétation de l'accord qu'ils ont conclu « au fur et à mesure que leur volonté commune » concernant sa portée évolue²²⁰. Aussi l'exigence d'indépendance découlant de l'article 47 est-elle respectée, d'après la Cour.

La messe est-elle pour autant dite? La Cour de justice se réserve la possibilité de vérifier la conformité par rapport au droit de l'Union des interprétations contraignantes adoptées par le comité mixte. Encore faudra-t-il qu'une demande d'avis soit sollicitée par une des institutions ou par un Etat membre en vertu de l'article 218, 11., TFUE²²¹. A cet égard, on ne peut qu'être surpris par la frilosité dont font preuve les Etats membres lorsqu'il s'agit de solliciter l'avis de la C.J.U.E. quant à la compatibilité de traités internationaux avec le droit de l'UE. Au cas où cette occasion se présenterait, la Cour pourra alors contrôler si les interprétations du comité mixte respectent le droit à un recours effectif consacré à l'article 47 de la charte²²².

63. Les attributions réservées à ce comité mixte – organe technocratique par excellence – sont pour le moins significatives. On peut regretter qu'aucun contrôle *ex ante* ou *ex post* démocratique n'est prévu²²³. A titre d'exemple, ni le Parlement canadien ni le Parlement européen sont appelés à intervenir dans la procédure de nomination des membres du tribunal d'investissement.

De même, est-il sage que les membres de ce RDIE soient spécialisés dans le droit des investissements alors qu'un accord dit de « nouvelle génération » se caractérise par la recherche d'un équilibre entre l'intérêt général nimbé de développement durable et le droit des investissements? N'aurait-il pas été plus judicieux de prévoir une composition plus diversifiée de ce tribunal à l'instar d'une juridiction constitutionnelle? On le voit clairement, les auteurs du CETA n'ont pas, malgré leurs déclarations lénifiantes, voulu couper le cordon ombilical avec les mécanismes traditionnels ISDS. En effet, en interprétant trop généreusement les droits accordés aux investisseurs, les arbitres n'ont pas prouvé par le passé qu'ils étaient à même de prendre la mesure de l'intérêt général.



D. Conclusions de la deuxième partie

64. L'avis 1/17 était particulièrement attendu. Ainsi la Cour consacre-t-elle une solution inverse de celle dégagée dans l'affaire *Achmea* où elle avait jugé que les sentences arbitrales rendues par des tribunaux d'investissement intra-UE étaient susceptibles de porter atteinte au principe d'autonomie de l'UE.

En premier lieu, cet avis permet à l'UE de se doter d'accords commerciaux de nouvelle génération en vue de faire face aux défis résultant, dans un cadre économique globalisé, des différences de standards de protection des travailleurs, des consommateurs, et de l'environnement²²⁴. L'avis laisse donc à la Commission européenne la voie libre pour continuer la négociation d'un projet de traité établissant une cour multilatérale des investissements²²⁵. Cependant, les enseignements que l'on peut en tirer nous paraissent cruciaux pour garantir un commerce international plus équitable. Pour qu'un accord de nouvelle génération soit compatible avec le droit de l'Union, les parties devront prévoir de garanties analogues à celles incluses dans le CETA s'agissant du niveau de protection des normes sociales et environnementales²²⁶. S'agissant des accords actuellement négociés avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande, les institutions de l'Union devront s'assurer que les futurs accords prévoient des dispositifs aussi exigeants que ceux prévus par le CETA qui semble désormais constituer « l'étalon or » des accords de l'Union en raison de sa complétude sur le plan tant matériel que juridictionnel²²⁷. Si ce ne sera pas le cas, ces accords s'avéreront contraires au droit de l'Union.

En second lieu, la Cour admet la compatibilité d'un régime qui « exerce des fonctions essentiellement juridictionnelles »²²⁸ avec le droit de l'UE. Assurément, la C.J.U.E. est parvenue à desserrer le corset de sa jurisprudence traditionnelle concernant le respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et de ses propres compétences. En admettant l'existence de deux systèmes juridictionnels qui s'excluent mutuellement, elle s'est autolimitée au risque de laisser des tribunaux d'investissement « examiner » – et non pas « interpréter » – les règles de droit primaire et de droit secondaire. Sans doute les impératifs économiques paraissent-ils avoir justifié cet exercice d'équilibrisme.

Cependant, elle n'a pas osé exiger le respect plein et entier de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de

l'Union européenne au motif que ce nouveau régime relève du droit international²²⁹ et est appelé à connaître un certain nombre d'améliorations²³⁰. Elle se contente, en d'autres mots, de standards de protection juridictionnelle minimaux. L'avenir nous dira si les « professions de foi »²³¹ de la C.J.U.E. et de l'avocat général BOT seront confirmées par la mise en œuvre de ce dispositif. Au demeurant, rien ne l'empêchait de se montrer davantage exigeante quant à l'indépendance des membres de ce tribunal. De telles exigences n'auraient pas remis en cause à terme l'avènement d'une juridiction internationale *sui generis* en matière d'investissements. Si ce nouveau régime constitue incontestablement une amélioration par rapport aux régimes RDIE traditionnels fortement marqués par une certaine opacité, il offre une voie juridictionnelle parallèle particulièrement favorable aux investisseurs.

Enfin, pour éviter tout dérapage, les auteurs du CETA ont prévu que les interprétations adoptées par le comité mixte sont contraignantes. Or, la conclusion à l'avenir de plusieurs traités prévoyant ce nouveau « système juridictionnel » aura pour effet de multiplier ces tribunaux d'investissement, ce qui pourrait à terme mettre en cause la sécurité juridique en raison d'interprétations divergentes. Pour compliquer les choses, les comités mixtes instaurés par ces futurs traités pourraient fort bien interpréter différemment les obligations fondamentales des différents chapitres en matière d'investissement²³².

65. Ce mécanisme verra-t-il le jour? Même si la majorité des chapitres du CETA font l'objet d'une application provisoire depuis le 21 septembre 2017, et que le chapitre le plus controversé du CETA a obtenu le blanc-seing de la Cour de justice, ce traité doit encore obtenir l'assentiment des législateurs de 27, si ce n'est de 28 Etats membres, pour pouvoir entrer définitivement en vigueur. Ces législations d'assentiment ne sont en tout cas pas à l'abri de recours constitutionnels. Et rien ne dit que certaines juridictions constitutionnelles suivront le raisonnement de la C.J.U.E.

66. Enfin, une dernière observation s'impose: alors que l'UE se trouve de plus en plus en porte-à-faux avec l'opinion publique, les auteurs de ce traité ne sont pas parvenus à expliquer clairement l'opportunité de prévoir un cadre de protection spécifique aux investisseurs canadiens, sans doute plus favorable que le régime de protection des inves-

²²⁴ T. VON DANWITZ, « Les accords externes de l'UE en matière commerciale et la contribution de la C.J.U.E. », *R.D.U.E.*, 2/2018, p. 205.

²²⁵ CONSEIL DES MINISTRES, *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, 1^{er} mars 2018.

²²⁶ Voy., dans ce sens, l'interview du président Koen LENAERTS, *Le Soir*, 8 mai 2019.

²²⁷ P.-Y. MONJAL, *o.c.*, p. 13.

²²⁸ Avis 1/17, pt. 243.

²²⁹ Voy. tout particulièrement le pt. 233.

²³⁰ Voy. pt. 231. Au point 243 de son avis, la C.J.U.E. souligne d'ailleurs qu'il reviendra au Comité des services et de l'investissement d'apporter les améliorations sous la forme de « règles complémentaires » au standard d'indépendance. Cf. art. 8.44, 2., CETA.

²³¹ D. SIMON, *Europe*, juin 2019, n° 6, p. 14.

²³² A. BERRAMDANE, *o.c.*, pp. 195 et 196.



tissements entre les Etats membres de l'Union. Par ailleurs, on est en droit de se demander pourquoi le CETA prévoit un mécanisme RDIE alors que les projets de traités qui sont actuellement négociés avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande ne prévoient pas de protection des investisseurs et de mécanismes spécifiques de règlement de différends, au motif que les droits des investisseurs européens sont déjà suffisamment bien garantis dans ces deux ordres juridiques. Faut-il en conclure que les investisseurs européens ne peuvent avoir confiance dans les juridictions canadiennes, mais bien dans les juridictions australiennes et néo-zélandaises, alors qu'elles relèvent de la famille de la *common law*? C'est bien entendu là davantage un problème politique que juridique.

En outre, le développement durable fut brandi tel un talisman par les parties à cet accord. L'article 22.1 de ce traité précise en effet que « les parties reconnaissent que le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement sont interdépendants et forment

des composantes du développement durable qui se renforcent mutuellement, et elles réaffirment leur engagement à promouvoir le développement du commerce international d'une manière qui contribue à la réalisation de l'objectif de développement durable, pour le bien-être des générations présentes et futures ». Hormis ce succédané de bonnes intentions, le CETA ne prévoit aucune règle substantielle dans des matières comme la protection des travailleurs, des consommateurs et de l'environnement. Les questions liées au changement climatique, qui sont pourtant d'actualité, sont absentes de ce traité²³³. Proclamé en tant que principe général de droit par le Tribunal de l'Union²³⁴, le principe de précaution²³⁵, quant à lui, est émasculé²³⁶. En fin de compte, « la plupart des dispositions relatives à la protection de la santé et de l'environnement contenues dans le CETA n'imposent pas d'engagement supplémentaire aux parties contractantes » et de manière générale le traité « n'apporte pas de solution novatrice en ce qui concerne la question de la responsabilité des entreprises »²³⁷.

III. SYNTHÈSE: LA RECONFIGURATION DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

67. Dans l'arrêt *Achmea*, la Cour prit soin de distinguer l'arbitrage prévu par un TBI de l'arbitrage commercial. Le premier point de divergence résulte d'un traité bilatéral en vertu duquel les Etats membres soustraient à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système juridictionnel destiné à garantir la protection du droit de l'Union, des litiges qui sont susceptibles de porter sur l'application et l'interprétation de ce droit²³⁸. Si les sentences arbitrales rendues par ces tribunaux peuvent, dans certains cas, faire l'objet d'un contrôle par les juridictions étatiques, ce dernier s'avère trop restreint pour garantir la pleine effectivité du droit communautaire. Le second trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause et concerne essentiellement les dispositions d'un accord commercial conclu entre elles. A la différence de la première hypothèse, la C.J.U.E. accepte le contrôle restreint des juridictions nationales, lesquelles peuvent la saisir en vertu de

l'article 267 TFUE d'une question préjudicielle. Enfin, dans l'avis 1/17, la procédure d'arbitrage découle d'un accord international conclu par l'Union elle-même avec l'acceptation de cette dernière de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée *ad hoc*, tant que l'autonomie de l'Union et de son ordre juridique est respectée. En outre, ces nouveaux tribunaux d'investissement ne se prononcent pas sur la répartition des compétences au sein de l'UE, leur fonction étant limitée à l'octroi de dommages et intérêts en raison de la violation de standards de protection des investisseurs. Par conséquent, ce nouveau mécanisme RDIE est incompatible avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, le principe d'égalité de traitement, l'exigence d'effectivité et le droit d'accès à un tribunal indépendant.

68. Le tableau suivant met en évidence les singularités de ces trois mécanismes de règlement de différends.

²³³. Dans son rapport au premier ministre du 7 septembre 2017 (*L'impact de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé*), une commission indépendante a recommandé que l'UE négocie et conclut un accord climatique entre l'UE et le Canada prévoyant notamment la neutralité du CETA en matière de gaz à effet de serre, l'interconnexion des marchés carbone et une taxation spécifique du transport maritime.

²³⁴. N. DE SADELEER, « Le principe de précaution dans le droit de l'UE », *Rev. fr. dr. admin.*, 2017, pp. 1 à 28.

²³⁵. Art. 24.8.

²³⁶. P.-T. STOLL, W.Th. DOUMA, N. DE SADELEER et P. ABEL, *CETA, TTIP and the EU precautionary principle. Legal analysis of selected parts of the draft CETA agreement and the EU TTIP proposals*, Foodwatch, juin 2016.

²³⁷. *L'impact de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*, o.c., p. 19.

²³⁸. Arrêt *Achmea*, pt. 56.



	Arbitrage commercial	ISDS	ICS / MIC
Fondement juridique	Résulte de l'autonomie de la volonté des parties dans une convention d'arbitrage	Résulte d'un traité international entre EM contraire à l'article 344 TFUE	Résulte d'un traité bi/multilatéral auquel l'UE et les EM sont parties
Offre d'arbitrage	Offre accordée par les parties	Offre publique différée par l'EM accordée aux investisseurs de l'autre EM	Offre publique différée par l'EM et l'UE accordée aux investisseurs de l'Etat tiers
Contrôle par les juridictions des EM	Contrôle restreint à la validité de la convention d'arbitrage au regard de la loi applicable et à l'ordre public	<ul style="list-style-type: none"> • Contrôle pour les sentences non-CIRDI • Pas de contrôle pour les sentences CIRDI 	Régime autonome doté de son Tribunal d'appel
Autonomie de l'UE	Intacte (jp <i>Eco Swiss, Mostaza Claro</i>)	Violée (jp <i>Atchmea</i>)	Intacte (avis 1/17))

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

69. L'autonomie du droit de l'Union européenne est-elle à géométrie variable? Force est de constater que les rapports entre le droit de l'UE et le droit international se déclinent différemment en fonction de la participation au nom de l'Union à un accord en matière d'investissement. Alors que l'arrêt *Achmea* a pour effet d'obliger la grande majorité des Etats membres à mettre fin à environ 170 accords bilatéraux d'investissement et, partant, fait prévaloir le droit de l'UE sur le droit international, une autre solution se dégage à propos des accords d'investissement conclus par l'UE avec des Etats tiers, quitte à faire du CETA un ordre juridique à part entière.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour ne remet-elle pas en cause la tendance à la privatisation de la justice, permettant aux opérateurs économiques de se soustraire à la juridiction des cours et tribunaux; au mieux, elle permet d'institutionnaliser

celle-ci dans un cadre juridique unique. De manière plus fondamentale, c'est bien la légitimité de l'institutionnalisation d'un modèle de justice arbitrale destinée à attirer les investisseurs dans des Etats de droit qui est ici en cause. Au demeurant, l'Union a fait de la mise en place d'une juridiction internationale en matière d'investissement son cheval de bataille. Mais ne serait-il pas aussi judicieux d'entamer avec des Etats tiers des négociations en vue de la conclusion de traités mettant sur pied une juridiction internationale en matière d'environnement, voire en matière de protection des droits des travailleurs?

On peut en tout cas se réjouir que cette demande d'avis ait été formulée par la Belgique. Les autres états n'ont pas voulu se mouiller alors que les questions qui ont été posées paraissent pertinentes.

