



HAL
open science

L'influence de l'Union européenne sur le droit des investissements

Charline Vuillermoz

► **To cite this version:**

Charline Vuillermoz. L'influence de l'Union européenne sur le droit des investissements. Droit. 2015. dumas-04157811

HAL Id: dumas-04157811

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-04157811v1>

Submitted on 11 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



L'INFLUENCE DE L'UNION EUROPÉENNE SUR LE DROIT DES INVESTISSEMENTS

Charline Vuillermoz

Mémoire de Master 2 recherche Droit privé international et comparé

*Sous la direction de Malik Laazouzi
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 8

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2015

Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.

Il doit être cité comme suit :

Vuillermoz (Charline). – *L'influence de l'Union européenne sur le droit des investissements.* – Mémoire de Master 2 recherche Droit privé international et comparé / sous la direction du Professeur Malik Laazouzi. – Lyon : Équipe de Droit International, Européen et Comparé, 2015. – 73 p. – (Les Mémoires de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé : n° 8). – Document disponible sur le site web de l'**Équipe de Droit International, Européen et Comparé**, à l'adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>. ISSN : 2778-2441

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web :** <http://ediec.univ-lyon3.fr>



L'INFLUENCE DE L'UNION EUROPÉENNE SUR LE DROIT DES INVESTISSEMENTS

Charline Vuillermoz

Mémoire de Master 2 recherche Droit privé international et comparé

*Sous la direction de Malik Laazouzi
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 8

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2015

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – UNE COORDINATION NON ABOUTIE DU DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

CHAPITRE 1 – L’ÉVOLUTION D’UNE CONFRONTATION INÉLUCTABLE

CHAPITRE 2 – ENJEUX ET FINALITÉS DE LA COMPÉTENCE EUROPÉENNE

DEUXIÈME PARTIE – UNE INFLUENCE ÉTABLIE DE L’UNION EUROPÉENNE MENANT À UNE RÉFORMATION DU SYSTÈME D’ARBITRAGE D’INVESTISSEMENT

CHAPITRE 1 – UNE VOLONTÉ DE RÉFORMER L’ARBITRAGE À TRAVERS LA TRANSPARENCE ET LA COHÉRENCE

CHAPITRE 2 – LE RÉÉQUILIBRAGE DU CONTENU MATÉRIEL DES TRAITÉS BILATÉRAUX D’INVESTISSEMENT

INTRODUCTION

« Les sentences arbitrales rendues en matière de différends relatifs aux investissements sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur le comportement futur d'un État, le budget national et le bien-être des habitants. En conséquence l'intérêt manifesté par le public pour les différends relatifs aux investissements est compréhensible »¹

Dès 2005, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) prend conscience de l'importance du droit des investissements internationaux et des enjeux qui en découlent sur les politiques des États. Récemment, à travers la négociation d'accords de libre-échange par l'Union européenne, plusieurs acteurs de la société civile ont tenté d'alerter sur le danger des investissements internationaux concernant notamment l'arbitrage international et les garanties présentes dans les traités bilatéraux d'investissement susceptibles de constituer le fondement d'un litige entre un investisseur étranger et un État hôte.

Comme le définissent Dominique Carreau et Patrick Juillard, le droit international des investissements est « la résultante de deux forces qui se sont exercées successivement pour lui donner son contenu »².

Le droit international des investissements présente en effet une double composante :

Il est, d'une part, le prolongement du droit de la condition des étrangers et il possède en ce sens un fondement éthique. Auparavant, réglementer les investissements internationaux consistait à réglementer les activités d'investisseurs étrangers sur le territoire d'un État hôte. Or, si dans les prémisses de ce droit, la protection diplomatique était le meilleur moyen de protéger les ressortissants d'un État à l'étranger, les évolutions depuis plus soixante ans ont conduit à préférer une extension des protections à travers la conclusion de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements. L'élaboration de standards de droit international comme celui du traitement juste et équitable ou de la sécurité pleine et entière incarne cet aspect éthique.

D'autre part, le droit international des investissements est lié à l'activité économique ; évoluant en fonction de l'influence économique, il permet à l'investisseur de développer au mieux la rentabilité de son opération.

L'investissement se définit comme une opération à but lucratif d'une certaine durée nécessitant un apport de la part de l'investisseur et une prise de risque³. Cette définition arbitrale de l'investissement international a été reprise par les jurisprudences du Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) du fait de l'absence de définition dans une convention internationale comme la Convention de Washington. Cet aspect jurisprudentiel de l'investissement est symptomatique de la nature particulière du droit des investissements internationaux.

La source fondamentale de ce droit est l'accord conventionnel conclu entre deux États : le Traité bilatéral d'investissement (TBI), une convention contenant des garanties matérielles pour les investissements et prévoyant, dans la majorité des cas, une possibilité de faire appel à un arbitrage en cas de litige. Les litiges se fondent sur les protections et règles présentes dans les TBI et dans une moindre mesure sur les réglementations nationales de l'État hôte. Depuis le

¹ OCDE, Document de travail n° 2005-1, p. 14.

² D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Précis Dalloz, p. 432.

³ *Sentence Alini Costruttori SpA et Italstrade c/ Maroc*, CIRDI, 23 juill. 2001, aff. n° ARB/00/4.

premier TBI conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan, les tribunaux arbitraux (principalement ceux du CIRDI) ont permis de développer une sorte de « jurisprudence », plus ou moins cohérente, pour apprécier les standards de protection présents dans les conventions. Ces standards sont destinés à protéger les investisseurs étrangers de réglementations et d'actions arbitraires des États hôtes. La nécessité de lister les protections des investisseurs dans des conventions et l'utilisation de la justice privée en lieu et place des tribunaux nationaux illustrent la défiance initiale existante à l'encontre des États hôtes (majoritairement les pays en voie de développement). Cependant, les investissements internationaux se sont progressivement développés entre des États occidentaux. Cela a généré plusieurs problématiques quant au pouvoir restreint des États hôtes de légiférer, d'exercer un contrôle et une souveraineté limitée sur leur territoire du fait des TBI. Suite aux critiques formulées par plusieurs États⁴, a émergé le désir de réformer le droit des investissements internationaux.

La notion d'ordre public a participé à cette volonté des États de recouvrer une part de leur souveraineté.

Ce phénomène récent est apparu pour la première fois dans la sentence arbitrale *SIREXM*⁵. Il y était question de la validité de la Convention d'investissement relativement à des faits de corruptions. L'État hôte, le Burkina Faso, arguait qu'il y avait une contrariété avec l'ordre public burkinabé mais le tribunal arbitral choisit d'élargir la problématique à l'ordre public international : « La question pour le Tribunal est en effet de savoir si le fait qu'un contrat a été conclu à la suite d'une manœuvre correspondant à un cas de corruption est de nature à entraîner son invalidité, pas seulement par application des principes concernant le vol en droit civil, mais aussi par invocation de l'ordre public, compris soit dans le contexte national (en l'espèce burkinabé) soit dans un contexte international »⁶.

Le tribunal précisa ensuite que cette question n'avait jamais été tranchée, que si l'existence d'un ordre public international était contestée, cette existence n'était tout de même pas à écarter. Il annula ainsi la Convention d'investissements pour contrariété à l'ordre public⁷ sans toutefois préciser de quel ordre public il s'agissait (national ou international).

Deux autres sentences⁸ ont aussi utilisé cette notion d'ordre public et apprécié de même le comportement des investisseurs. Les cas sont soit des cas de corruption, soit d'investissements réalisés de mauvaise foi ou en violation des droits fondamentaux.

C'est une utilisation inhabituelle de la notion d'ordre public international car non invoquée pour écarter une règle de droit, mais pour annuler la Convention d'investissements.

Cette notion d'ordre public, bien que non clairement définie, a constitué une première étape de la part des États dans la prise de conscience que le droit des investissements internationaux leur échappait de plus en plus.

Emmanuel Gaillard⁹, en citant Jean-Michel Jacquet, présente le contenu de l'ordre public que les arbitres devraient prendre en considération. Il détermine ainsi que, du fait de

⁴ L'Australie a notamment décidé de ne plus faire figurer le mécanisme d'arbitrage dans son accord de libre-échange de 2004 avec les États-Unis.

⁵ Sentence *Société d'investigation de recherche et d'exploitation minière (SIREXM) c/ Burkina Faso*, CIRDI, 19 janv. 2000, aff. n° ARB/97/1.

⁶ Sentence *SIREXM*, préc., § 5.39.

⁷ Sentence *SIREXM*, préc., § 5.41.

⁸ Sentences *Inceysa Vallisoletana SL c/ Salvador*, CIRDI, aff. n° ARB/03/26 et *World Duty Free Co Ltd c/ Kenya*, CIRDI, aff. n° ARB/00/7.

⁹ Prof. E. Gaillard, Entretien 5, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ?, *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, sept. 2013.

l'évolution des activités économiques internationales, l'ordre public devrait être compris dans un sens nouveau, celui de *compliance* à l'ordre public et intégrer de ce fait la dimension éthique du droit du commerce international.

L'ordre public devient ainsi une manière pour les États d'influer sur le droit des investissements particulièrement dans sa dimension arbitrage.

La question de l'encadrement du droit des investissements n'est donc pas une nouveauté mais sa mise en place a été accélérée au cours des dix dernières années notamment par l'action de l'Union européenne.

Le droit des investissements internationaux faisant partie des compétences exclusives des États membres, l'Union européenne n'avait jamais eu à organiser ce pan du droit. De manière générale, l'Union européenne s'est toujours davantage préoccupée de l'interaction entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux plutôt que de sa place et de ses relations avec le droit international en général.

Suite à l'élargissement de l'Union européenne, des relations juridiques internationales, établies entre États et portant sur les investissements internationaux, se sont européanisées. Lorsque des litiges sont apparus entre des investisseurs européens et des États eux aussi européens, le droit des investissements internationaux s'est retrouvé confronté aux règles européennes. De ce fait s'est posée la question de l'articulation des normes d'ordres juridiques différents portant sur un objet, si ce n'est identique, du moins similaire. Cette problématique a trouvé une résonance particulière du fait de la volonté très stricte de l'Union de protéger son système juridique et ses normes matérielles. Par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union européenne a acquis une nouvelle compétence exclusive dans le domaine des investissements internationaux. Cette compétence a permis à l'Union d'asseoir sa position au niveau intracommunautaire et de réaffirmer son contrôle sur les relations juridiques établies entre États membres.

En outre s'est développé un droit européen de l'investissement. Il constitue, selon Bruno Poulain¹⁰, « l'ensemble des règles communautaires qui régissent les investissements intracommunautaires, l'exportation des investissements d'origine communautaire vers les États tiers et l'importation des investissements étrangers dans l'espace communautaire ».

Malgré l'absence d'unanimité concernant l'existence ou non d'un droit communautaire¹¹ de l'investissement, on ne peut nier la volonté de l'Union européenne, particulièrement depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, de légiférer dorénavant dans ce domaine.

Dans sa communication du 7 juillet 2010, la Commission a déterminé les grandes lignes de son projet de politique en matière d'investissements internationaux : « Une politique commune en matière d'investissements internationaux doit mieux répondre aux besoins des investisseurs (...) du stade antérieur à l'établissement à celui postérieur à l'établissement. La politique commerciale de l'Union européenne cherchera donc à intégrer la libéralisation et la protection des investissements »¹².

Les enjeux de la mise en place de cette compétence de l'Union consistent en des

¹⁰ B. Poulain, *RGDIP* 2009.873.

¹¹ Tout au long de cet ouvrage, le mot « communautaire » se réfère à l'Union européenne. Bien que ce mot ne soit plus d'actualité, il permet un style d'écriture moins lourd.

¹² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, COM(2010)343 final, p. 6.

modifications qui seront apportées au droit international des investissements tant sur un plan intracommunautaire qu'international au sens strict du terme. En effet, le droit des investissements est fondé sur un réseau de TBI mis en place entre États depuis des dizaines d'années et sur l'interprétation qu'il en est fait par les tribunaux arbitraux. Or l'instillation du droit européen au sein du droit des investissements entraînera des modifications substantielles tant sur le plan matériel que sur le plan procédural.

Sur le fond, le droit européen contient des règles s'appliquant aux États membres (par exemple, droit de la concurrence) plus strictes que les réglementations nationales et qui sont de ce fait susceptibles d'entrer en conflit avec des relations établies entre État hôte et investisseurs étrangers. En outre, le droit de s'établir dans un pays est historiquement une prérogative souveraine des États dans le droit des investissements internationaux. Mais l'UE a développé une législation importante dans ce domaine sur un plan intracommunautaire. Ainsi ces deux pans du droit seront-ils liés à l'intérieur de l'Union européenne. Sur un plan intracommunautaire, le droit européen et le droit des investissements internationaux ont dû trouver une manière de coexister sans pour autant dénaturer l'un ou l'autre de ces droits.

Au niveau international, la logique précédente était la protection des investissements face à des États hôtes susceptibles de prendre des décisions arbitraires. La tendance actuelle consiste davantage en un rééquilibrage entre souveraineté des États sur leur territoire et protection toujours maintenue mais plus contrôlée des investissements. L'Union européenne, dans le cadre de la conclusion d'accords de libre-échange, souhaite concrétiser cette tendance.

Il faut aussi évoquer le projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), négocié sous l'égide de l'OCDE, où la non-adoption de l'exception culturelle française avait conduit à l'échec des négociations ; à l'époque, le gouvernement français avait considéré que l'AMI était incompatible avec la culture française et s'était donc retiré des négociations menant ainsi à la fin du projet. La conclusion d'accords de libre-échange entre l'UE et ses partenaires économiques, sans être un accord multilatéral, contient les mêmes problématiques. Les États membres devront ratifier les accords et ce processus ne se fera pas sans difficultés. En effet, en juin 2015, le Parlement européen devait se réunir afin de déterminer le contenu du mandat donné aux négociateurs dans le cadre de l'accord transatlantique. Mais cette réunion fut annulée du fait du nombre trop important de divergences existantes, ce qui démontre la difficulté de s'accorder sur un accord global d'investissement.

Sur le plan procédural, le mécanisme de règlement des différends investisseur/État est remis en cause. Au niveau intracommunautaire, la création de tribunaux arbitraux susceptibles de mettre en œuvre le droit de l'Union n'avait jamais réellement constitué une difficulté. Cependant, récemment, la Cour de justice et la Commission ont considéré l'interprétation du droit de l'Union comme une prérogative de la Cour que ne possèdent pas les tribunaux arbitraux. La Cour souhaiterait ainsi juger elle-même les litiges entre investisseurs européens et États hôtes européens sous prétexte que le droit de l'Union est concerné. Or, en droit international, un tribunal national ou arbitral peut sans aucune difficulté interpréter une norme n'appartenant pas à son ordre juridique. De plus, le droit des investissements s'est construit à travers la jurisprudence des tribunaux arbitraux. Refuser la compétence de ces tribunaux est donc contradictoire avec les principes de cette matière. La position de la Cour se pose en contradiction avec les règles de droit international général et d'autant plus avec le droit des investissements.

Sur le plan international, la remise en cause du fonctionnement de la justice arbitrale n'est pas nouvelle. Il ne s'agit plus ici d'une opposition entre compétence de la Cour de justice et compétence des tribunaux arbitraux. L'Union souhaite réformer le mécanisme de l'arbitrage

sans en contester pour autant sa légitimité sur le plan international. De plus se pose la question du rôle et de la place de l'Union européenne dans un litige d'investissement concernant un État membre.

Les questions relatives à l'influence du droit de l'Union européenne et, plus généralement, l'influence de l'Union sur le droit de l'investissement international sont donc nombreuses et concernent tous les pans de ce droit. Les enjeux mis en avant sont particulièrement importants en cette période de transition où le droit de l'Union européenne se met peu à peu en place. En outre, l'actualité économique et juridique internationale se cristallise autour de la conclusion des traités de libre-échange entre l'UE et le Canada et l'UE et les États-Unis qui permettront d'organiser un volume très important d'échanges. La société civile semble prendre conscience seulement aujourd'hui des difficultés inhérentes à l'arbitrage d'investissement et à la rédaction de TBI. Cependant, plutôt que de freiner l'innovation en la matière, il est souhaitable de l'encadrer afin que l'action de l'Union européenne soit la plus utile possible.

Il convient ainsi de déterminer quels sont les enjeux et finalités de l'implication de l'Union européenne dans le droit des investissements internationaux.

L'incidence du droit de l'Union européenne s'est traduite par une confrontation du droit européen face au droit des investissements internationaux sur le plan intracommunautaire (Première partie). Sur le plan international, l'influence de l'Union européenne s'est mesurée par sa volonté de réformer en profondeur le droit des investissements internationaux, tant sur le plan de la procédure d'arbitrage que sur le contenu des TBI relatif aux protections des investissements (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE
UNE COORDINATION NON ABOUTIE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET DU DROIT
INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Le droit des investissements internationaux et le droit communautaire se sont tout d'abord rencontrés dans un cadre intracommunautaire à travers des sentences mettant en cause les deux droits à la fois. La question s'est très vite posée de l'articulation de ces deux ordres juridiques. Dans un premier temps, seule la confrontation des normes a été la solution trouvée, l'Union européenne préférant voir le droit communautaire appliqué dès qu'il s'agissait d'un litige intracommunautaire (Chapitre 1). Dans un second temps, suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le droit communautaire a pu légitimement prendre l'ascendant sur le droit international malgré la formulation de plusieurs critiques (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – L'ÉVOLUTION D'UNE CONFRONTATION INÉLUCTABLE

Jusqu'à récemment, le droit européen et le droit d'arbitrage international ou le droit international des investissements en règle générale étaient distants. Ceci ne s'explique pas temporellement, puisque les deux traités fondateurs de ces matières datent de la même époque. Il s'agit du Traité de Rome fondateur de la CEE et de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le premier TBI fut conclu immédiatement après, en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan.

La distance traditionnelle entre ces domaines juridiques¹³ relève de trois facteurs principaux. Dans un premier temps, il s'agit de l'écart classique entre le droit européen et le droit international en général. Ainsi la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans son arrêt *Van Gend en Loos*¹⁴ du 5 février 1963 a déterminé que l'ordre juridique communautaire est « un ordre juridique propre, spécifique, distinct à la fois de l'ordre juridique interne des États membres et de l'ordre international ». De ce fait, le droit de l'UE et le droit international ne sont dès le départ pas sur le même palier. De plus, la distance entre ces ordres juridiques se traduit aussi à l'époque par l'écart entre le droit européen et le droit international privé en général.

La deuxième cause de distance entre l'arbitrage international et le droit européen réside dans l'architecture de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I qui écartent volontairement la question de l'arbitrage.

Enfin, la troisième cause consiste en une impossibilité pour les tribunaux arbitraux de soumettre des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur l'application ou la validité du droit européen ou même sur la coordination entre texte international et texte européen.

La première cause présentée concernant la distance entre droit international privé et droit européen s'est peu à peu estompée à mesure que le droit européen se constituait un arsenal de textes en la matière. De même, et de façon bien plus récente, l'architecture du dernier règlement portant sur la compétence des tribunaux nationaux (Bruxelles I bis) remet en

¹³ E. Gaillard, Entretien 5 – L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ?, *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, sept. 2013, préc.

¹⁴ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26-62.

cause cette frontière entre arbitrage et droit de l'UE tout en éludant la question¹⁵. L'impossibilité pour les tribunaux arbitraux de présenter des questions préjudicielles demeure en revanche d'actualité. Mais on notera une habitude développée par la Commission de se positionner en tant qu'*amicus curiae* dans les arbitrages d'investissement afin de veiller notamment à ce que le droit de l'Union européenne soit correctement appliqué.

Cette distance traditionnelle entre droit européen et droit international des investissements a peu à peu diminué du fait de l'extension du champ d'application du droit européen, laissant ainsi moins de marge aux États pour appliquer leur législation nationale, et du fait de l'extension géographique de l'Union européenne menant à une confrontation plus ou moins directe entre ces deux droits.

SECTION 1 – UNE EXTENSION DES COMPÉTENCES EUROPÉENNES MENANT A UNE REMISE EN CAUSE DES TRAITÉS CONCLUS ENTRE ÉTATS TIERS ET ÉTATS MEMBRES

En 1986, un programme de libération des mouvements de capitaux dans la Communauté est instauré afin de perfectionner le marché intérieur et ce dans l'optique de favoriser le commerce entre les États membres.

Le 1^{er} janvier 1995, l'Autriche et la Suède deviennent membres de l'Union européenne. Par la suite, en 1997, une Communication sur certains aspects légaux concernant les investissements intracommunautaires est effectuée afin de préciser la portée de la liberté de circulation des capitaux et du droit d'établissement pour les investissements intracommunautaires.

Suite à cette communication, la Commission adresse, dans les années suivantes, des avis motivés à plusieurs pays voire saisit la Cour de justice pour certains.

En 2004, la Commission lance des procédures d'infraction contre l'Autriche et la Suède concernant des TBI conclus avec des États tiers avant adhésion à l'UE. La Commission craint que ces traités n'affectent « l'application des pouvoirs réservés au Conseil des ministres de l'UE concernant l'adoption de mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays non membres de l'Union européenne (en vertu des articles 64 (ex art 57 du TCE) paragraphe 2, 60 (ex art 59 du TCE) et 75 (ex art 60 du TCE)) du TFUE »¹⁶.

La Commission met ainsi en demeure ces États de dénoncer ou renégocier plusieurs TBI.

En 2005, la Commission adresse un avis motivé à l'Autriche, la Finlande et la Suède concernant ces TBI contenant des clauses empiétant sur la compétence exclusive du Conseil de l'UE quant à l'adoption de mesures relatives au mouvement de capitaux. Or, en vertu de l'article 351 du TFUE (ex-307 TCE), les États doivent recourir à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités avec ce Traité, découlant des obligations internationales qu'ils ont conclues avant leur adhésion.

Dans deux arrêts rendus le 3 mars 2009¹⁷, la CJUE condamne l'Autriche et la Suède pour avoir maintenu en vigueur des accords internationaux incompatibles avec le droit communautaire à la suite d'une procédure en manquement initiée par la Commission.

¹⁵ Voir considérant 12 du règlement Bruxelles 1 bis – commentaire par E. Guinchard, Le nouveau règlement Bruxelles I bis: Règlement n° 1215/2012 du 12 déc. 2012.

¹⁶ Press release IP/04/618 Bruxelles, le 10 mai 2004, Libre circulation des capitaux : procédures d'infraction contre le Danemark, l'Autriche, la Finlande et la Suède concernant les traités bilatéraux d'investissement avec des pays non membres de l'Union européenne.

¹⁷ CJCE, 3 mars 2009, *Comm. c/ Autriche et Comm. c/ Suède*, aff. C-205/06 et C-249/06.

La Cour constate que les dispositions précédemment citées du Traité TFUE confèrent au Conseil la compétence pour restreindre dans certaines hypothèses les mouvements de capitaux. Afin d'assurer l'effet utile de ces dispositions, il est nécessaire que les mesures du Conseil soient applicables immédiatement, y compris au regard des États avec lesquelles l'Autriche, et la Suède sont liés. La Cour relève qu'aucune disposition du TBI ou issue d'un mécanisme international ne permettrait d'atteindre ce résultat et que les possibilités de renégociation des conventions sont trop incertaines pour garantir l'effet utile des mesures éventuellement prises par le Conseil.

Outre la condamnation objective de la CJUE, il faut noter que la Commission utilise, en 2004, dans les trois cas, la même argumentation bien délimitée ce qui laisse penser que ce problème a été ciblé comme permettant le plus aisément possible la remise en cause de ces traités.

Les dispositions visées concernaient le volet « libre circulation des capitaux ». Il était en effet prévu dans ces traités l'obligation d'assurer sans aucune restriction « la liberté de transfert, sans retard indu, des paiements en rapport avec un investissement en monnaie librement convertible ».

Pour se défendre contre la supposée violation des articles susmentionnés, les États ont argué de leur liberté de légiférer sur la circulation des capitaux avec les pays tiers tant que le Conseil n'a pas adopté de restrictions à la circulation avec les pays tiers, sur le fondement de l'article 63 du TFUE (ex art. 56 TCE).

Ainsi, selon ces États, tant que l'hypothèse visée ne s'est pas réalisée, aucune incompatibilité n'existe entre l'obligation communautaire et l'obligation conventionnelle : de ce fait l'action en manquement n'aurait pas dû être initiée.

La Cour s'est cependant rangée aux conclusions de l'avocat général (qui suivait la Commission) en relevant que les mesures du Conseil devaient être immédiatement appliquées ce qui forcerait l'État à se mettre en contradiction avec ses obligations internationales, ce qu'il hésitera à faire¹⁸.

La Commission a donc préféré anticiper le risque de contradiction entre les deux ordres juridiques en condamnant les deux États plutôt qu'attendre que les deux obligations soient effectivement en conflit.

Cette solution a cependant été critiquée¹⁹, car jugée plus politique que juridique dans le sens où elle permettait de préparer l'affirmation de la compétence exclusive revendiquée aujourd'hui par la Commission. De plus, la Cour n'a relevé que ces incompatibilités, ce qui sous-entend que pour le reste du TBI, aucun autre problème n'est à remarquer. MM. Poulain et Roux soulignent en outre qu'il serait judicieux que la Commission finisse par admettre que, lorsque ces instruments font référence au droit de ses États contractants, cette référence incorpore nécessairement le droit de l'UE lorsque l'État contractant est également un État membre de l'UE. Ainsi, dans la sentence arbitrale *AES Summit*²⁰, le tribunal arbitral a pu préciser la double nature du droit communautaire : international lors de son adoption et national lorsque transposé par les États dans leur ordre juridique interne.

La confrontation entre droit européen et droit international s'est en outre traduite par

¹⁸ CJCE, 3 mars 2009, *Comm. c/ Autriche*, §§ 24-45.

¹⁹ B. Poulain, M. Raux, *Actualité du droit européen des investissements internationaux*, *RGDIP* 2011.

²⁰ Sentence *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erőmű Kft c/ Hongrie*, CIRDI, 23 sept. 2010, aff. n° ARB/07/22, § 10.3.2 (comm. par G. Aréou, *RGDIP* 2011/1, p. 223s.).

l'extension de l'UE avec l'adhésion de pays d'Europe de l'est en 2004²¹.

SECTION 2 – UNE EXTENSION DES FRONTIÈRES EUROPÉENNES MENANT A UNE REMISE EN CAUSE DES TRAITÉS CONCLUS ENTRE ANCIENS ET NOUVEAUX ÉTATS MEMBRES

Dès les années 1990, à la suite de l'explosion du bloc soviétique, de nombreux États d'Europe de l'Est concluent des TBI avec des États membres de l'UE, principalement d'Europe occidentale. Or, suite à l'élargissement du 1^{er} mai 2004, nombre de ces États tels la Hongrie, l'Estonie, la Slovaquie ou la République tchèque entrent dans l'Union européenne.

Une problématique assez classique du droit des traités va alors se poser : que deviennent les traités d'investissements conclus entre les nouveaux États membres et les « vieux États membres ?

Selon la CNUCED, environ 191 TBI intracommunautaires²² sont actuellement en vigueur entre les États membres de l'Union.

Dans son exposé ECOFIN²³, en 2006, soit deux ans après l'entrée dans l'UE des nouveaux États membres, la Commission exprimait ses craintes quant au maintien des TBI conclus entre États membres car des questions touchant au droit communautaire pouvaient échapper à la compétence exclusive de la CJUE, d'une part, et car un traitement différencié pouvait être réservé aux opérateurs du marché commun selon l'État d'origine et l'État d'accueil, d'autre part.

La Commission concluait à une inutilité de ces TBI car leur contenu était largement repris par le droit communautaire existant donc aucun vide juridique ne résulterait de leur dénonciation.

Ces trois problématiques ont été les raisons principales ayant conduit la Commission à vouloir s'arroger une compétence exclusive en matière d'investissements directs à l'étranger, ce que nous verrons dans un deuxième temps.

Mais, dans un premier temps, il convient d'examiner les cas d'espèce ayant provoqué une confrontation entre droit de l'Union et droit international issu des TBI. Cette confrontation s'est déroulée sur deux plans différents : l'arbitrabilité du litige, élément classique du droit commercial international et quasi-exclusivité du droit des investissements internationaux et droit applicable au litige.

De plus, il conviendra d'insister sur la participation extrêmement active de la Commission en tant qu'*amicus curiae* dans un but de représentation et de protection du droit de l'UE.

Pour finir, il conviendra d'étudier le cas atypique du Traité sur la Charte de l'Énergie, traité certes international mais dont tous les États membres sont parties.

Les deux problématiques principales résidaient dans la question de déterminer si les TBI intracommunautaires étaient automatiquement éteints du fait de l'adhésion des anciens États tiers à l'UE.

En droit international, il existe une présomption d'absence de conflits entre

²¹ Élargissement du 1^{er} mai 2004 : Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie et la Slovénie.

²² Chiffre cité par A. Van Aaken, *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment*, University of St Gallen Law School, *Law and Economics Research Paper Series*, Working Papers no. 2008-1.

²³ Réunion des ministres de l'Économie et des Finances de tous les États membres.

normativités parallèles.

Cependant, des frictions existent entre les deux ordres qui nous intéressent et les difficultés présentes lors des tentatives de résolution des incompatibilités à l'aide des mécanismes traditionnels de conflits de normes permettent de douter de la consistance réelle de ces contradictions²⁴. On ne peut vraiment affirmer que les TBI imposent des obligations aux États membres qui soient contradictoires avec le droit communautaire. Les incompatibilités éventuellement présentes sont plutôt contingentes, comme nous l'avons déjà vu avec la libre circulation des capitaux. Un autre exemple, symptomatique de la problématique envisagée concerne les aides d'État qui sont interdites d'après l'article 107 du TFUE qui dispose, en son paragraphe 1^{er}, que : « 1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

Cette législation a été au cœur du débat juridique dans les affaires *Ioan Micula c/ Roumanie*²⁵ et *Electrabel c/ Hongrie*²⁶. Mais, dans un premier temps, il conviendra d'étudier la sentence *Eastern Sugar c/ République tchèque*²⁷.

À travers ces sentences, nous verrons que l'Union européenne considérait que son droit devait s'appliquer directement ou, du moins, qu'il devait être pris en considération pour déterminer le sens des traités bilatéraux d'investissement, voire que ses instances juridictionnelles avaient une compétence exclusive pour se prononcer sur les litiges soumis aux tribunaux arbitraux²⁸.

§ I – Sentence *Eastern Sugar c/ République tchèque* du 27 mars 2000

Eastern Sugar B.V., producteur néerlandais de sucre en République Tchèque, a déposé, contre cet État, une demande d'arbitrage auprès de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, sur le fondement du TBI Pays-Bas/République tchèque de 1991 et le règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). L'investisseur étranger arguait que la République tchèque avait, par ses législations, réduit les quotas de production qui lui étaient alloués. De ce fait, elle avait manqué à plusieurs de ses obligations notamment celles d'assurer un traitement juste et équitable, non discriminatoire, pleinement sécurisé et protégé [art. 3(1) et 3(2) du TBI].

Le tribunal s'est prononcé sur cette question dans une sentence partielle rendue le 27 mars 2007. L'intérêt de cette décision réside dans l'analyse de l'argument de la République tchèque pour faire obstacle à la compétence du tribunal arbitral, argument reposant sur une incompatibilité du TBI conclu entre les deux États membres avec le droit communautaire.

La question principale consistait donc pour le tribunal à déterminer si sa compétence était fondée. La République tchèque soutenait que, du fait de son adhésion à l'UE,

²⁴ S. Robert-Cuendet, Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ?, *RGDIP* 2011.874.

²⁵ Sentence *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill S.R.L. and SC Multipack SRL c/ Roumanie*, CIRDI, aff. n° ARB/05/20.

²⁶ Sentence *Electrabel SA c/ Rép. de Hongrie*, CIRDI, aff. n° ARB/07/19.

²⁷ Sentence *Eastern Sugar BV c/ Rép. tchèque*, CNUDCI, aff. SCC n° 008/2004, sentence partielle du 27 mars 2007.

²⁸ *Eastern Sugar BV*, préc., §§ 180 et 186. – *Eureko BV c/ Slovaquie*, CPA, CNUDCI, aff. n° 2008-13 du 26 oct. 2010, § 282. – *Electrabel SA*, préc., §§ 4.146 à 4.157.

l'engagement conclu dans le TBI de soumettre tout litige à l'arbitrage prenait fin.

Dans un premier temps, le tribunal a examiné une réponse donnée par la Commission à une question de la République tchèque. Cette réponse était suffisamment ambiguë pour que les deux parties à l'arbitrage la considèrent en leur faveur.

Dans cette lettre de la Commission était précisé que le droit communautaire prévaut sur les dispositions du TBI qui lui sont non conformes et de fait serait le seul droit applicable dans les rapports intracommunautaires.

De plus, la République Tchèque a demandé au tribunal de soumettre une question préjudicielle à la CJUE quant au devenir du TBI suite à l'adhésion du pays à l'UE. Le tribunal arbitral refuse d'accéder à cette requête qui n'est réservée qu'aux tribunaux nationaux²⁹.

Le tribunal, en outre, refuse l'interprétation de la Commission de considérer le droit communautaire comme hiérarchiquement supérieur aux obligations internationales. De plus ni les traités européens ni le traité d'accession ne disent clairement que le TBI est fini du fait des acquis communautaires. Ainsi le tribunal préfère-t-il examiner l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatif à « l'extinction implicite d'un Traité du fait de la conclusion d'un Traité postérieur ». Le tribunal a considéré que le TBI n'était pas éteint car il ne porte pas sur le même objet que le TFUE ; de ce fait ils sont complémentaires et non concurrents.

Tandis que le TFUE (à l'époque des faits TCE) assure une liberté de capitaux, le second vise une protection de l'investisseur et un traitement juste et équitable.

De ce fait le tribunal se déclare compétent.

Par cette sentence, la Commission exprime clairement sa volonté de s'infiltrer dans l'arbitrage d'investissement. On peut noter que cette position est atypique dans le sens où le Traité sur la Charte de l'Énergie prévoit aussi qu'en cas de litige un recours à l'arbitrage, même entre États membres, sera réalisé.

Le Traité sur la Charte de l'Énergie permet l'accès à l'arbitrage et s'applique aux situations intracommunautaires et on ne peut soutenir qu'il existe une contradiction entre ce Traité et le droit communautaire³⁰ étant donné que l'Union est partie à ce traité. Certains auteurs (Tjetje et Coop³¹) se fondent sur l'absence de clause de déconnexion (cette clause consiste en une obligation pour les États membres d'appliquer les règles communes existantes, dans leurs relations mutuelles, en lieu et place des prescriptions conventionnelles. Cette règle prend ainsi la forme d'une clause de prévention d'un éventuel conflit entre les différentes obligations des États membres). Cette clause est pourtant monnaie courante dans les accords mixtes (accord prévoyant à la fois la mise en œuvre d'une compétence de l'Union et de compétences des États membres). Les auteurs soulignent aussi le fait que, dans sa déclaration relative à l'article 46 du Traité, la Communauté n'a pas exclu l'hypothèse d'un arbitrage intracommunautaire.

En effet les deux textes présentent les mêmes objectifs de libéralisation, le Traité sur la Charte de l'Énergie étant issu de la Commission européenne : la Charte européenne de l'Énergie du 17 décembre 1991. C'est la suite juridique et économique de la politique économique communautaire qui vise à « développer le potentiel énergétique des pays

²⁹ CJCE, 27 janv. 2005, *Guy Denuit and Betty Cordenier c/ Transorient*, aff. C-125/04.

³⁰ S. Robert Cuendet, Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ?, *RDGIP* 2011.854.

³¹ C. Tjetje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs EU Members States, *TDM* 2009 ; G. Coop, Energy Charter Treaty and the European Union: is Conflict Inevitable?, *Journal of Energy and Natural Resources Law* 2009.417.

d'Europe centrale et orientale » et à « assurer la sécurité des approvisionnements énergétiques de l'Union »³².

Plusieurs arbitrages tels *Electrabel* ou *AES Summit* ont été fondés sur cette Charte. Et la question de l'arbitrabilité du litige ne s'est jamais posée alors qu'il s'agissait de pays membres et que la compétence du tribunal arbitral était fondée sur un traité international.

Mais, du fait qu'il s'agissait d'une suite logique à une politique européenne, la Commission ne s'est pas prononcée en sa défaveur comme elle l'a fait à chaque fois qu'un arbitrage d'investissement fondé sur un TBI était mis en place.

Un autre aspect de cette confrontation du droit de l'Union et du droit des investissements réside non dans l'arbitrabilité du litige mais dans la mise en œuvre des règles contenues dans le TBI par rapport au droit matériel de l'Union.

§ II – Sentence CIRDI, *Ioan Micula e.a. c/ Roumanie* du 11 décembre 2013

Les frères Micula (deux suédois d'origine roumaine), actionnaires de trois sociétés roumaines, ont agi contre la Roumanie. En 2005, la Roumanie a révoqué des mesures d'incitation fiscale, adoptées dans les années 1990 pour attirer les investisseurs dans des régions sinistrées, dont les frères Micula avaient profité. De ce fait, une requête a été déposée devant le CIRDI précisant que la Roumanie s'était engagée à maintenir cette mesure jusqu'en 2009 et qu'elle avait donc violé plusieurs standards présents dans le TBI Roumanie/Suède.

Une première sentence de 2008 a rejeté l'ensemble des arguments de la Roumanie concernant la contestation de la compétence du tribunal arbitral.

Les griefs invoqués par les demandeurs étaient la violation de l'*umbrella clause* et du traitement juste et équitable (TJE) inséré dans le TBI. L'État roumain s'est défendu en invoquant les exigences imposées par l'UE dans le cadre de son accession à l'espace communautaire. Il n'y a pas eu de franche majorité, seulement deux alliances entre le président et les arbitres. *In fine* la sentence a condamné la Suède pour violation du TJE.

Cette sentence apporte des éléments pour apprécier ce standard du TJE mais contribue aussi à une meilleure compréhension de la relation entre droit du TBI et droit de l'UE.

Un an à peine après *Eastern Sugar*, un tribunal arbitral se retrouve une nouvelle fois confronté à la question du traitement d'un TBI conclu entre un ancien et un nouvel État membre.

De façon schématique deux avis divergents se présentent. D'un côté, les États nouvellement entrés qui souhaitent l'abandon de ces TBI qu'ils jugent incompatibles avec le droit de l'Union. De l'autre côté, les États de l'ouest, favorables à l'application de ces TBI afin d'assurer la meilleure protection possible à leurs ressortissants qui investissent dans ces pays nouvellement européens.

Plus précisément, les débats se sont cristallisés autour des offres d'arbitrage. Les États nouveaux entrants estimaient qu'elles n'étaient plus d'actualité mais ce raisonnement n'a jamais été corroboré par les tribunaux arbitraux, notamment dans *Eastern Sugar*.

Actuellement, les oppositions portent davantage sur le fond du problème, notamment

³² Préambule de la décision du Conseil et de la Commission du 23 sept. 1997 concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la charte de l'Énergie et du protocole Euratom 98/181/CE, CECA/Euratom.

sur la question de l'articulation des TBI et du droit matériel de l'UE.

Dans les affaires *AES c/ Hongrie* de 2010 et *Electrabel c/ Hongrie* de 2012, deux tribunaux CIRDI se sont prononcés sur la conformité de la suspension en 2008 d'aides étatiques hongroises imposée par l'UE au Traité sur la Charte de l'Énergie.

À cette occasion, les arbitres se sont prononcés sur les relations entre le Traité en cause et le droit de l'Union afin de déterminer lequel de ces droits devait prévaloir.

Dans l'affaire *AES*³³, le droit de l'Union a été qualifié de « simple fait » au regard du droit international, ce qui, en tout état de cause, devait interdire à la Hongrie de s'en prévaloir pour justifier une éventuelle violation du Traité invoqué³⁴.

En revanche, dans la sentence *Electrabel*, alors que les faits étaient quasiment identiques, il a été jugé que le droit de l'Union faisait partie intégrante du droit international³⁵. Par ailleurs, le tribunal a estimé que dans l'éventualité d'un conflit, l'article 251 du TFUE impose qu'entre États membres le droit de l'Union prime sur le TBI invoqué. Ainsi, en suivant cette logique, le droit de l'UE permettrait de faire écran entre les obligations internationales et la responsabilité d'un État membre³⁶.

Jean-Sylvestre Bergé³⁷ a pu considérer cette sentence louable dans le sens où elle accordait une place au droit de l'Union européenne tout en critiquant l'approche dogmatique du tribunal arbitral pour essayer de classer les droits. Cependant, il nous semble intéressant qu'une tentative de classification ait été opérée bien qu'elle n'ait aucune conséquence juridique à l'intérieur de l'Union européenne.

Se pose ainsi la question de la nature du droit de l'UE qui, outre son aspect *sui generis*, doit être positionné par rapport au droit national et au droit international.

Du fait des incompatibilités et afin de déterminer un ordre hiérarchique entre la norme internationale et la norme communautaire, a été développée l'hypothèse de considérer les règles communautaires comme relevant du droit interne de l'État membre.

Selon cette hypothèse, le droit communautaire ne serait qu'un simple fait conformément au principe posé par la CPJI dans l'affaire de « *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*³⁸ » : « Les lois nationales sont de simples faits au regard du droit international ».

Ainsi, d'après la CPJI, ce que décide un État dans son ordre juridique interne est privé et dénué de toute autorité juridique en droit international.

C'est de cette manière que le tribunal (*AES Summit c/ Hongrie*, 23 oct. 2010, concernant le Traité sur Charte de l'Énergie) a détourné la difficulté. Les deux parties voulaient que le droit national soit considéré comme un fait. De plus, le tribunal a rappelé la nature duale du droit communautaire : régime de droit international qui, une fois intégré dans l'ordre juridique interne des États membres, devient partie intégrante. Cela repose sur une conception dualiste des rapports entre droit communautaire et droit interne mais la place du droit international

³³ S. Lemaire, M. Laazouzi, Chronique de droit arbitral, droit des investissements, *Revue de l'arbitrage* 2014-2.

³⁴ V. Sentence *AES Summit*, préc. (§§ 7.6.6s.).

³⁵ V. Sentence *Electrabel*, préc., § 4.189 : "EU Law would prevail over the ECT's substantive protections and (...) the ECT could not apply inconsistently with EU law to such a national claim against an EU Member State".

³⁶ *Ibid.*, §§ 4.120s.

³⁷ J.-S. Bergé, La doctrine des interactions du droit international et européen (à propos d'un ouvrage sur « Union européenne et droit international »), *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, juill. 2013, chr. 5.

³⁸ CPJI, 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, arrêt n° 6.

n'avait alors pas été envisagée lors de la définition du droit communautaire.

Le tribunal arbitral a considéré que le droit communautaire, une fois intégré dans les ordres juridiques des États membres, devait être pris en compte comme un droit interne : « If the applicable law... is the law of a state of the European Union, such law includes the rules of Community law, and these rules should therefore be applied ».

Or il est parfaitement admis que le droit interne d'un État ne saurait jamais être invoqué pour justifier une violation du droit international³⁹. Ainsi le droit communautaire doit-il être appréhendé comme un simple fait susceptible d'être pris en compte lors de l'examen de la licéité des mesures litigieuses. C'est donc au moment de s'interroger sur la légitimité des fins poursuivies par la Hongrie que le tribunal s'est posé la question de la réintroduction des tarifs réglementés.

S. Robert Cuendet⁴⁰ a pu s'interroger sur la pertinence de classer le droit communautaire dans le droit interne⁴¹. Cependant, le raisonnement du tribunal ne paraît pas dénué de tout intérêt. Le droit communautaire souhaiterait se positionner à la fois comme norme intégrée, produisant des effets de droit directs dans l'ordre interne et comme norme internationale ayant un degré supérieur aux « véritables » normes internationales. Cette double facette laisse supposer une mainmise complète de l'UE sur la capacité des États à conclure des traités internationaux, même dans des domaines échappant initialement à la compétence de l'Union.

S. Rober Cuendet se questionne aussi sur la pertinence de cette règle⁴² dans le domaine en question.

Dans l'affaire *Micula*, il s'agit encore de traiter la question des relations entre le traité invoqué (cette fois ci un TBI et non le Traité sur la Charte de l'Énergie) et le droit de l'Union.

Les parties s'étaient entendues, au titre de l'article 42 de la Convention de Washington, pour une application du TBI complété par le droit roumain et le droit international public, mais il n'était nullement fait mention du droit de l'UE.

Les demandeurs excluaient le droit de l'UE car les faits étaient antérieurs à l'entrée de la Roumanie dans l'UE. En revanche, l'État roumain (et la Commission européenne intervenue en tant qu'*amicus curiae*) optaient pour la primauté du droit de l'Union, laquelle, s'agissant des aides d'État, leur semblait fondée sur la base de trois éléments :

- Principe de *specialia generalibus derogant* : or le droit de l'UE est le seul à apprécier spécifiquement la question des aides d'État. En revanche, il faut retenir que le droit international est le seul à s'appliquer spécifiquement à travers les TBI aux problématiques d'investissements internationaux ;
- Interprétation téléologique du TBI dont le but ultime était le développement économique de la Roumanie en prévision de l'accession à l'UE (§ 311) ;
- Jurisprudence de la CJCE (§ 312⁴³) : « Le droit européen s'impose sur tous les TBI

³⁹ B. Poulain, M. Raux, Actualité du droit européen des investissements internationaux, *RGDIP* 2011.

⁴⁰ S. Robert Cuendet, préc.

⁴¹ Les traités UE et le droit dérivé restent des normes internationales déployées dans un « ordre juridique interne d'origine internationale » selon l'expression de l'Avocat général Maduro dans l'affaire *Kadi*.

⁴² Ph. Strik, From Washington with Love- Investor – State arbitration and the jurisdictional Monopoly of the Court of justice of the european Union, *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 2010, p. 438-441.

⁴³ Sentence *Ioan Micula c/ Roumanie*, § 132 : "The European Court of Justice ("ECJ") has ruled that EU law takes precedence over all pre-accession bilateral treaties concluded between Member States".

intracommunautaires conclus avant l'accession de l'État membre ». Cependant, cette jurisprudence est contestable dans le sens où le droit de l'UE et les TBI ne portent pas sur le même objet, comme plusieurs tribunaux arbitraux l'ont affirmé.

L'État roumain et la Commission, afin de protéger la Roumanie contre une éventuelle condamnation du fait d'une action destinée à assurer la conformité de la législation au droit communautaire, sont allés cependant plus loin que ce raisonnement assez classique fondé sur trois éléments.

Ils ont ainsi affirmé qu'une sentence qui condamnerait la Roumanie à payer les requérants constituerait une aide étatique et ne pourrait donc pas être exécutée sur le territoire de l'Union (§ 330)⁴⁴.

Cette prise de position est difficilement tenable dans le sens où elle enferme la Roumanie entre ses obligations communautaires et ses obligations internationales. Ainsi, plutôt que de privilégier un dialogue des juges, c'est une confrontation directe qui est organisée et qui n'offre aucune issue dans la mesure où la seule solution possible est la soumission d'un des deux ordres juridiques à l'autre.

Au soutien de son argumentation la Commission s'est tout d'abord référée à l'arrêt *Eco Swiss*⁴⁵, rendu par la CJCE en 1999, afin de rappeler l'obligation pour les juges nationaux d'examiner la légalité des sentences au regard des règles communautaires de concurrence dans le cadre de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Cependant, elle n'ignorait pas que les sentences CIRDI bénéficiant automatiquement de la force exécutoire échappent en principe à un tel examen (art. 54 de la Convention de Washington⁴⁶) dans les 150 États ayant ratifié la Convention. De ce fait, la Commission opte pour une approche ferme et rigoureuse sans s'attacher aux principes du droit des investissements internationaux.

La Commission a préféré rappeler que l'UE n'était pas soumise à cette Convention car n'étant pas un État partie, puis a détaillé la procédure qui pourrait selon elle permettre de tenir à l'écart une sentence CIRDI contraire au droit communautaire : « Si une cour nationale était sollicitée pour exécuter une sentence CIRDI contraire au droit de l'UE et à sa politique en matière d'aides d'État, la procédure devrait rester soumise à l'article 234 du Traité CE [237 TFUE] pour que la Cour de justice puisse décider de l'application de l'article 54 de la Convention CIRDI tel que transposé dans le droit national »⁴⁷.

Mais ces arguments n'ont pas convaincu le tribunal arbitral.

La sentence est en effet très claire sur la place du droit de l'UE dans le litige. Parce que la Roumanie avait volontairement accepté de se soumettre au modèle communautaire en modifiant sa législation pour entrer dans l'Union à un moment où elle n'était pas automatiquement soumise au droit communautaire, alors la place donnée aux règles invoquées en matière d'aides d'État ne pouvait être que limitée.

⁴⁴ Sentence *Ioan Micula*, préc., § 330 : "The Respondent and the Commission contend that any payment of compensation arising out of this Award would constitute illegal state aid under EU law and render the Award unenforceable within the EU".

⁴⁵ CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*.

⁴⁶ "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State".

⁴⁷ § 336, sentence préc., « car la convention CIRDI ne fait pas partie de l'ordre juridique européen ».

Le tribunal reconnaissait que le contexte général d'accession à l'UE devait être pris en compte au moment d'interpréter le TBI, notamment pour déterminer si le défendeur avait violé certaines obligations présentes dans la convention. Mais il concluait que les règles européennes ne forment qu'une partie de la « matrice factuelle » de l'affaire, ce qui exclut son application.

Toutefois, il ne faut pas comprendre la sentence *Ioan Micula* comme une redite du raisonnement développé dans *AES Summit*, lequel consiste à n'envisager le droit de l'UE que comme un simple fait. D'une affaire à l'autre, la question des relations entre le TBI et le droit de l'Union s'est déplacée. En effet, dans l'affaire *Micula*, la suspension de la législation incriminée était antérieure à l'adhésion à l'Union européenne. Cet élément justifie amplement le fait que le droit de l'UE n'ait pas été déclaré directement applicable aux faits incriminés.

Ainsi en l'espèce, « le droit de l'Union ne devait occuper qu'une place mineure : inapplicable ici parce que pris en considération par anticipation de l'adhésion de la Roumanie à l'UE, il pourrait au mieux être pris en compte, au titre de "matrice factuelle", lors de l'examen au fond de la conformité du comportement de l'Etat roumain aux standards du TBI invoqué »⁴⁸.

In fine, que le droit de l'UE soit vu comme un fait, un droit inférieur ou un droit supérieur au droit international, la position isolationniste n'est pas souhaitable. La difficulté de la solution isolationniste revient lors de la phase d'exécution des sentences car les États membres craindront le recours en manquement. De ce fait, il faut passer par une phase initiale, non de détermination générale de la place du droit communautaire mais d'interprétation systémique des traités⁴⁹.

Celle-ci est prévue à l'article 31§3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des Traités : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

Cela permet de tenir compte du milieu normatif de la convention qu'on veut analyser. On utilise le plus souvent cette interprétation pour les règles générales et spéciales mais, de fait, le degré de spécification n'a pas d'incidence. Cette façon de procéder pourrait permettre de savoir quel texte doit être interprété au regard de quel autre⁵⁰.

Ainsi les dispositions d'un TBI devraient être interprétées à la lumière du droit communautaire, notamment le TJE et selon les contraintes communautaires pesant sur l'Etat et l'investisseur.

S. Robert Cuendet soutient donc la position de la Commission et se fonde sur une argumentation juridique non dénuée de pertinence. Cependant, la question demeure de l'antériorité d'un Traité par rapport à un autre. Dans les cas où le TBI était antérieur à une adhésion effective à l'UE, comment les parties auraient pu considérer les « règles de droit international applicables dans leurs relations » sans même en avoir connaissance ?

Le même raisonnement ne serait-il pas tout autant valable de façon inverse, c'est-à-dire interpréter le droit communautaire à la lumière des TBI conclus précédemment ?

Il faut néanmoins souligner l'extrême fermeté dont a fait preuve le tribunal arbitral dans *Ioan Micula*, face aux menaces de la Commission pour ce qui est de la non-exécution de la sentence, en rappelant les termes des articles 53 et 54 de la Convention de Washington. De

⁴⁸ S. Lemaire, M. Laazouzi, préc., p. 461.

⁴⁹ S. Robert Cuendet, préc.

⁵⁰ G. Anou, Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI, *Journal du droit international (Clunet)* n° 2, avril 2015, doct. 5.

plus, ce tribunal est le premier à avoir fixé des règles strictes de participation de la Commission à la procédure en tant qu'*amicus curiae* en rappelant notamment qu'elle n'était pas l'alliée de l'État défendeur mais qu'elle n'était admise à participer que pour éclairer les arbitres.

SECTION 3 – L'*AMICUS CURIAE*

Il convient d'apprécier le rôle d'*amicus curiae* de la Commission dans plusieurs sentences mettant en jeu le droit de l'UE.

Cette pratique consiste pour un tiers à l'arbitrage à faire valoir son point de vue devant un tribunal arbitral sur l'issue du litige.

De telles interventions ont tout d'abord été acceptées par l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) puis, par la suite, dans les règlements du CIRDI et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA).

Concernant le règlement CIRDI, il y a été introduit l'article 37 à la suite d'une sentence rendue sous l'égide de ses statuts. Cet article prévoit que le tribunal peut permettre à une personne ou à une entité non partie au différend de déposer une soumission écrite, relative à une question s'inscrivant dans le cadre du différend. La décision reste à l'appréciation du tribunal arbitral et est appréciée selon les critères définis à l'article 37 : apport pour le litige, éclairage particulier, lien entre la soumission et le différend, etc.

Certains auteurs⁵¹ ont pu considérer l'intervention de l'*amicus curiae* comme peu compatible avec le fondement contractuel de l'arbitrage. En effet, l'intervention d'un tiers n'est en principe possible qu'avec l'accord des parties. Or les règlements d'arbitrage mentionnés ci-dessus admettent cette intervention indépendamment d'accord préalable des deux parties ou même d'une seule.

Dans le nouveau règlement CNUDCI, il n'est en revanche fait aucune mention de l'*amicus curiae*. De plus, dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* ou CCI, l'autorisation des parties serait un prérequis à l'acceptation de cette intervention. Mais E. Loquin et S. Manciaux doutent que cette pratique soit conforme avec le règlement d'arbitrage CCI.

Si la communication⁵² de la Commission devait être mise en œuvre, alors la pratique de l'*amicus curiae* se généraliserait dans les arbitrages où un État membre ou l'UE serait partie, dès lors que les clauses d'arbitrage inscrites dans les accords d'investissements le prévoient expressément.

La Commission souhaite une généralisation de l'*amicus curiae* parce qu'elle entend intervenir dès lors que le droit européen ou la politique commune européenne sont concernés par le litige.

Elle a déjà été acceptée en tant qu'*amicus curiae* dans plusieurs affaires où existait une incompatibilité entre les obligations issues du droit communautaire et celles issues du droit international, notamment dans les affaires *AES*, *Electrabel* et *Ioan Micula*. Mais l'existence d'une clause d'*amicus curiae* dans un TBI ne consistera pas en un droit à cette intervention dans le sens où le tribunal arbitral restera libre de la décision de l'admettre ou de la refuser. Cependant la question demeure ouverte.

⁵¹ Eric Loquin, Sébastien Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement », *Arbitrage et droit de l'UE* / dir. Pierre Mayer, Actes du colloque du 4 nov. 2011 – Paris, Comité français de l'arbitrage en partenariat avec Credimi et Collège européen de Paris, p. 160.

⁵² Communication Commission (343)final, préc.

Quel est le poids de cet *amicus curiae* ?

On a vu dans les arbitrages précédents que la Commission prend ouvertement position en faveur d'une protection stricte du droit européen et des politiques européennes (telle l'interdiction des aides d'État).

Dans les sentences arbitrales appréhendées, on remarque que la Commission soutient la position de l'État attaqué (souvent un nouvel État membre) qui se réfugie derrière la réglementation européenne pour ne pas respecter ses engagements internationaux présents dans les TBI.

Ainsi, à travers son argumentation, la Commission essaye de faire pression sur le tribunal. Le moindre risque est que la sentence ne soit pas appliquée sur le territoire de l'Union européenne. Dans la pire des possibilités, la Commission a prévenu qu'elle entamerait une procédure contre l'État qui respecterait la sentence contraire au droit de l'Union.

Tel fut le cas de la sentence *Ioan Micula c/ Roumanie* où l'État roumain a été condamné pour avoir retiré ses aides d'État. La Roumanie a donc dû indemniser les frères Micula. Dans une décision du 26 mai 2014⁵³, la Roumanie a été condamnée à suspendre toute action susceptible de mener à l'exécution ou à la mise en œuvre de la sentence, dans la mesure où son exécution était considérée par la Commission comme une aide d'État illégale. En mars 2015, la Commission s'est prononcée de façon définitive sur cette incompatibilité, continuant ainsi la saga juridique du conflit entre droit des investissements et droit de l'Union européenne.

Pourquoi accepter la Commission en tant qu'*amicus curiae* ?

Contrairement aux *amici curiae* habituellement présents lors des arbitrages devant des instances internationales comme les ONG⁵⁴, la Commission se distingue par sa démarche très discrète. En effet au lieu de publiciser son action et de rendre public les ordonnances autorisant ou rejetant leurs demandes de participation, la Commission se focalise sur son rôle de « conseiller juridique du droit européen » plutôt que sur un hypothétique rôle d'aide à la transparence de l'arbitrage.

Qu'en est-il du rôle alloué à la Commission en tant qu'*amicus curiae* ?

Le champ d'intervention de la Commission a été limité notamment aux questions relatives au droit communautaire et non celles concernant la compétence du tribunal. Concernant les *amici curiae* en règle générale, l'arbitre fixe le contenu de la mission qu'il leur assigne.

La délimitation du champ d'intervention de l'*amicus curiae* entraîne deux réactions opposées⁵⁵.

On distingue, d'une part, l'approche processualiste qui considère cette délimitation comme essentielle au bon fonctionnement de la justice et intrinsèque au mécanisme de l'*amicus curiae*, outil essentiellement procédural dont l'arbitre a pleine liberté pour user.

Cependant et d'autre part, les restrictions matérielles imposées par les tribunaux

⁵³ Décis. Comm. C(2014)3192 final du 26 mai 2014, adoptée dans l'affaire d'aides d'État SA.38517 (2014/NN).

⁵⁴ Exemple : Rapport de l'organe d'appel, États-Unis/Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, 12 oct. 1998, WT/DS58/AB/R.

⁵⁵ S. Menétray, La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires, *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, oct. 2010, doctr. 13.

privent le mécanisme d'efficacité au détriment des intérêts dont les *amici curiae* sont porteurs.

E. Triantafilou⁵⁶ a pu regretter à cet effet qu'un rôle plus important ne soit pas donné à la Commission notamment dans l'arbitrage d'investissement.

Toutefois, rien n'empêche matériellement et juridiquement un tribunal arbitral de laisser une marge de manœuvre plus importante à l'*amicus curiae* s'il le juge opportun.

Par ailleurs, en considérant que la Commission ne représente pas les mêmes intérêts que les autres *amici curiae* qui ont présenté des mémoires devant les tribunaux CIRDI, on ne peut néanmoins pas considérer qu'elle a un intérêt juridique suffisant dans un litige concernant les investissements communautaires pour prétendre au statut d'intervenant.

Quel est l'intérêt de l'*amicus curiae* en matière de légitimation de l'arbitrage ?

L'internationalisation de cette procédure démontre la volonté de rendre plus transparent l'arbitrage international afin d'assurer la pérennité du système régulièrement remise en cause par ses détracteurs, notamment la société civile. Cette procédure a un intérêt double : permettre aux tiers d'orienter la règle de droit mise en œuvre et permettre au tribunal de légitimer sa décision⁵⁷.

Contrairement à des sentences arbitrales⁵⁸ qui concernaient des problématiques d'intérêt général, proche des préoccupations des populations locales, les sentences *Electrabel* et *Ioan Micula* présentent un intérêt lié aux opérateurs économiques dans l'UE et au principe de libre concurrence à travers les questions de compatibilité du droit international des investissements et du droit communautaire. De ce fait, l'acceptation de la Commission en tant qu'*amicus curiae* sert à légitimer l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne afin que le pouvoir du tribunal arbitral ne soit pas contesté par les institutions communautaires.

Cependant, comme nous l'avons analysé précédemment, cette démarche d'ouverture des tribunaux arbitraux visant à favoriser le dialogue avec l'UE s'est avérée être un échec puisque la Commission a bloqué l'exécution de la sentence.

Comment analyser ce refus de coopération entre l'UE et les tribunaux arbitraux ?

Le droit de l'UE et le droit des investissements sont censés avoir le même but : favoriser les échanges et le développement⁵⁹.

De plus, à travers la Convention de Vienne sur le droit des Traités, les éventuelles difficultés de conflits de normes devaient pouvoir être résolues. Cependant, l'interprétation systémique devant conduire à une harmonisation des normes internationales ne s'est pas produite. Les tribunaux arbitraux ont refusé de faire prévaloir le droit de l'UE. L'argumentation de la CJUE, qui avait décidé que le droit de l'Union européenne devait prévaloir sur tous les accords internationaux conclus par les États membres avant leur adhésion, n'a pas non plus incité les tribunaux arbitraux à accepter un « mariage de raison »⁶⁰, certes inégalitaire mais

⁵⁶ E. Triantafilou, A More Expansive Role For Amici Curiae In Investment Arbitration ? : <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/05/11/a-more-expansive-role-for-amici-curiae-in-investment-arbitration>.

⁵⁷ S. Menétray, préc.

⁵⁸ Sentence *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA c/ Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/97/3 et sentence *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/ Rép. de Tanzanie*, CIRDI, aff. n° ARB/05/22.

⁵⁹ Sentence *Electrabel SA*, op. cit., § 4.177.

⁶⁰ B. Remy, Chronique des sentences arbitrales, *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, janv. 2014, chr. 2.

constituant une solution viable.

Ce raisonnement inégalitaire aurait conduit à renier les règles gouvernant l'arbitrage d'investissement et à remettre en cause les TBI. Comment un tribunal arbitral pourrait accepter de ne pas appliquer un TBI alors qu'aucune norme juridique internationale ne le prescrit, seulement un communiqué de la Commission et un avis de la CJUE qui ne lient aucunement les tribunaux arbitraux ?

Le refus de ce mariage de raison a conduit la Commission à prendre des mesures visant à bloquer l'action du droit des investissements à travers le refus d'exécuter les sentences arbitrales. Cette position n'étant pas viable ni à court ni à long terme, une solution juridique devait être mise en œuvre pour y remédier. C'est par le Traité de Lisbonne que cette solution fut trouvée.

CHAPITRE 2 – ENJEUX ET FINALITÉS DE LA COMPÉTENCE EUROPÉENNE

Toutes les sentences précédemment évoquées mettaient en cause le droit international et le droit communautaire. Nous avons pu en conclure qu'en l'absence de compromis entre les tribunaux arbitraux et la Commission, la situation de conflit et d'étau subie par les États membres allait perdurer. Pour remédier à ce problème, il fallait soit que l'un des deux ordres juridiques s'incline, soit que l'Union européenne décide se positionner sur la scène des investissements internationaux. C'est cette dernière solution qui a été préférée à travers l'adoption du Traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009. Celui-ci prévoit que l'UE dispose d'une compétence exclusive en matière d'investissements internationaux directs (ce qui exclut les investissements de portefeuilles).

Cette compétence est basée sur deux fondements principaux : le principe de non-discrimination (à relier avec la confiance mutuelle existant entre les États membres et donc entre leurs juridictions) et la compétence exclusive de la CJUE en matière d'interprétation du droit européen.

Cette compétence a pu être critiquée, tant sur ses fondements juridiques, politiques ou économiques. Certains auteurs ont notamment ciblé le risque pesant sur le réseau de TBI mis en place par les États membres au fil des ans qui constituait une structure suffisamment sûre pour répondre aux attentes des États et des investisseurs.

Plusieurs interrogations se posent quant à la mise en place effective de cette compétence notamment concernant le régime transitoire actuellement en place qui démontre la hâte de la Commission d'acquiescer cette compétence sans avoir au préalable réglé tous les détails. L'autre interrogation soulevée concerne la nature des accords futurs mis en place, notamment sur leur caractère mixte qui semble inévitable.

SECTION 1 – LES FONDEMENTS DE CETTE COMPÉTENCE

Les articles 206 et 207 du TFUE ouvrent le chapitre sur la politique commerciale commune. Ils précisent désormais que, par la réalisation de l'Union douanière, l'Union contribue notamment « à la suppression progressive des restrictions (...) aux investissements étrangers directs ».

L'article 207.1 précise ensuite que la politique commerciale commune « est fondée sur des principes uniformes en ce qui concerne (...) les investissements étrangers directs ». Cette

nouvelle compétence, héritée du Traité constitutionnel rejoint la liste des compétences exclusives de l'Union. L'article 3.1 (e) classe en effet la politique commerciale commune par les compétences exclusives de l'Union. Ainsi la compétence de l'Union se substitue juridiquement à celle des États membres concernant la négociation d'accords d'investissements comme il l'est précisé à l'article 207§2.

Il convient dans un premier temps d'apprécier les fondements de cette compétence.

Dans sa communication⁶¹, la Commission a précisé que les TBI sont des instruments utiles pour promouvoir et attirer les investissements, surtout dans des pays dont les institutions et politiques économiques nationales ne sont pas considérées comme suffisantes en elles-mêmes pour accorder une protection efficace. Cependant la Commission considère que ce bilatéralisme crée une distorsion de concurrence⁶² à l'intérieur de l'espace communautaire. Par exemple, un investisseur français ne sera pas traité de la même manière qu'un investisseur hongrois au Royaume-Uni du fait qu'un TBI existe entre la Hongrie et le Royaume-Uni et non entre la France et le Royaume-Uni où les règles européennes s'appliquent exclusivement.

L'absence d'uniformité mène à des conditions de concurrence déséquilibrées pour les sociétés de l'UE qui investissent à l'étranger⁶³.

Il faudrait ainsi réunir dans un même instrument des règles de protection post-établissement (présentes dans les TBI) et des règles de libéralisation pré-établissement (présentes dans le droit de l'Union)⁶⁴.

La Commission considère donc souhaitable qu'une partie « protection des investissements » soit intégrée aux accords de libre-échange, ce qui conduira progressivement à la caducité des TBI.

Il convient à ce propos d'examiner les différences existant entre le droit européen et le droit des investissements internationaux d'un point de vue matériel.

L'intérêt de cette étude réside dans les divergences existantes dans les argumentations des sentences arbitrales concernant le maintien ou non des TBI. Certaines parties⁶⁵ souhaitant voir ces TBI non appliqués, arguaient que les traités européens, ayant le même objet, avaient remplacé les TBI lors de l'accession de l'État à l'Union européenne.

Les tribunaux arbitraux se sont toujours positionnés pour un refus de considérer les traités européens comme remplaçant les TBI.

Une étude de ces éventuelles différences permet de déterminer ce qu'il en est.

Tout d'abord, il convient de remarquer une différence assez importante entre les buts poursuivis par les deux droits en présence⁶⁶.

L'objectif du droit communautaire est d'établir un marché unique européen (art. 26 TFUE) se définissant comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre

⁶¹ Communication Comm. (2010)343 final, préc.

⁶² Cette idée n'est pas isolée et a pu être retrouvée dans la pensée de plusieurs auteurs comme S. Westerberg (www.kommers.se/trade&growth).

⁶³ Idée non isolée www.kommers.se/trade&growth, « A common investment policy for the EU » par Hjälmsroth & Westerberg.

⁶⁴ Cf. doc de travail de l'OCDE de 2006, *Analyse économique des dispositions relatives aux investissements dans les accords commerciaux régionaux*, n° 36, 11 juill. 2006.

⁶⁵ Sentence *Eastern Sugar*, préc.

⁶⁶ L. Azoulai, W. Ben Hamida, « La protection des investissements par le droit primaire - droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches », *Le droit européen et l'investissement*, éd. Panthéon Assas, Colloque, 2009, p. 69.

circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ». Ainsi le droit communautaire doit permettre aux entreprises de s'installer et d'exercer leurs activités librement sur le territoire de tous les États membres et aux investisseurs de placer librement leur capitaux. Ce droit se caractérise donc par une volonté de non-discrimination autant dans la phase d'établissement que dans la phase suivante. Il faut préciser que la phase d'établissement s'est toujours traditionnellement distinguée de la phase d'investissements⁶⁷.

Le droit international des investissements possède en revanche des objectifs tout à fait différents puisqu'il vise à encourager les investissements internationaux notamment en protégeant les investisseurs étrangers. Cette protection est la clé de voûte du droit des investissements internationaux et se décline en un volet de règles matérielles et un volet procédural prévus dans les TBI.

Quelles sont les garanties de protection des investisseurs prévues en droit communautaire ?

L. Azoulai et W. Ben Hamida ont déterminé que « le principe est la liberté de l'investisseur opposable à l'Etat, l'exception étant qu'une réglementation étatique peut restreindre le régime des investissements étrangers pour des raisons d'intérêt général. Cette structure est le reflet de fondements idéologiques résultat de la nécessité de construire un marché unique européen ».

C'est à travers la fusion des marchés nationaux⁶⁸ que peut être créée l'unité économique recherchée. Cette unité est possible du fait de la mise en place de droits subjectifs bénéficiant aux opérateurs économiques européens. D'un côté, le droit primaire permet aux investisseurs étrangers d'exercer leurs activités dans les mêmes conditions que les investisseurs nationaux, mais il permet aussi le droit d'accéder au marché national des autres États membres et ce sans restrictions de droit ou de fait. La Cour de justice a une interprétation large de ces restrictions. Ainsi, même les réglementations nationales non discriminatoires mais dissuadant les opérateurs économiques d'exercer leur liberté économique sont prohibées.

En revanche le droit international des investissements est à la fois plus restrictif et plus large puisque l'objet n'est pas le même.

Ce droit est plus restrictif dans le sens où l'accès au marché n'est pas réglementé mais est laissé à la discrétion des législations nationales des États hôtes. Seule la phase post-admission sur le territoire est régie par les TBI. Ainsi l'investisseur ne dispose d'aucune protection particulière lors de la phase d'admission. Cependant, ce point n'a jamais soulevé de difficulté dans le droit international du fait de la reconnaissance d'un droit absolu et souverain de l'État de contrôler l'admission et l'entrée des investisseurs étrangers sur son territoire.

Pour remédier à cette restriction, les États-Unis ont préféré réduire la marge des États hôtes et soumettre l'admission des investissements aux standards de droit international tels la clause de la Nation la plus favorisée et le traitement national.

Le droit international contient aussi des garanties plus larges tant sur le fond que sur la procédure.

Les garanties substantielles portant sur le fond prévoient tout comme le droit communautaire la règle du traitement national. Dans ce cadre-là sont appréhendées les restrictions discriminatoires et celles *de facto*.

⁶⁷ G. Bastid-Burdeau, et voir sentence *M. Patrick Mitchell c/ Rép. du Congo*, CIRDI, 9 févr. 2004, aff. n° ARB/99/7.

⁶⁸ CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. 15/81.

De plus, le droit des investissements contient aussi une protection conséquente à travers la règle du traitement de la Nation la plus favorisée. Cette règle permet que tout avantage accordé à un ressortissant d'un État tiers soit appliqué aux ressortissants d'un autre État tiers avec lequel un TBI a aussi été conclu. Le droit communautaire n'accorde pas expressément une telle égalité puisque si deux investisseurs ne sont pas placés dans la même situation alors un traitement différencié pourra être opéré⁶⁹.

Outre ces standards du droit international assez classiques, les TBI contiennent des garanties propres au droit des investissements et ayant donné lieu à une jurisprudence très importante.

On y retrouve ainsi la notion de traitement juste et équitable qui consiste, selon la conception majoritaire, en une obligation pour l'État « d'agir d'une manière cohérente, sans aucune ambiguïté et dans le respect de la transparence et des attentes légitimes de l'investisseur »⁷⁰.

Toutefois, il faut préciser que cette idée « d'attentes légitimes » pose un certain nombre de problèmes concernant son interprétation du fait de sa précision toute relative.

La question de protection et de sécurité pleine et entière est aussi envisagée dans les TBI afin de protéger au mieux les investisseurs. Cependant cette protection est aussi sujette à une interprétation litigieuse dans le sens où il n'est pas précisé si cette sécurité concerne la sécurité personnelle de l'investisseur et de ses biens ou si elle s'étend aussi à sa sécurité juridique notamment à travers l'interdiction de rétroactivité des lois.

La notion d'*umbrella clause* est une protection supplémentaire pour l'investisseur puisqu'elle permet d'internationaliser les litiges liés non à un non-respect d'un TBI mais à une mauvaise mise en œuvre d'un contrat conclu avec l'État.

Une autre innovation des traités d'investissement réside dans la protection qu'ont les investisseurs étrangers contre l'expropriation non justifiée. Cette interdiction d'expropriation arbitraire n'est en revanche pas présente dans le droit communautaire puisque c'est une prérogative souveraine des États qui reste en dehors du champ de compétence de la Commission⁷¹.

Le droit international des investissements présente donc plus d'avantages et de protections substantielles pour les investisseurs du fait notamment qu'il a été spécifiquement créé et développé dans ce but-ci.

Les TBI sont désignés comme des traités de promotion et de protection des investissements alors que le but du marché intérieur est uniquement de favoriser les échanges en supprimant les barrières aux entrées du marché et les législations discriminatoires. Mais tout le volet « protection » est beaucoup moins mis en avant.

SECTION 2 – LA CONTESTATION DU RECOURS À L'ARBITRAGE

La seconde problématique ayant incité l'UE à se prévaloir d'une compétence en matière d'investissements réside dans le mécanisme arbitral mis en place dans les TBI.

Le droit international des investissements s'est fondé initialement sur les risques que supportaient les investisseurs de pays développés qui réalisent leurs opérations dans des pays

⁶⁹ CJCE, 5 juill. 2005, aff. C-376-03.

⁷⁰ Sentence *TECMED c/ Mexique*, CIRDI, 29 mai 2013, aff. n° ARB(AF)/00/2.

⁷¹ V. *infra*, les accords mixtes.

en voie de développement n'offrant pas forcément un système juridique réellement indépendant en cas de litige. Il a ainsi été jugé préférable de développer l'arbitrage d'investissement afin d'avoir des juges impartiaux et indépendants plutôt que des juges étatiques plus susceptibles de trancher en faveur de l'État hôte.

Les tribunaux arbitraux sont organisés selon des règlements (CIRDI, CNUDCI, CCI ou *ad hoc*) et ne sont que temporaires. Souvent constitués de trois arbitres (deux choisis par les parties et un président choisi par les deux arbitres nommés), ces tribunaux ne sont rattachés à aucun ordre de juridiction et offrent un grand niveau d'indépendance et d'impartialité.

Mais l'Union européenne considère que ces tribunaux arbitraux entraînent une discrimination pour les citoyens européens.

Il faut rappeler que ce mode de règlement des conflits n'est pas totalement étranger à l'ordre juridique communautaire. Le Traité sur la Charte de l'Énergie en son article 26 y faisait notamment référence, c'est un mode que l'Union n'interdit pas, quitte à le regretter ensuite. Dans des sentences⁷² rendues sur la base du Traité sur la Charte de l'Énergie, la Commission dans le rôle d'*amicus curiae* n'a pas soulevé l'incompétence du tribunal arbitral prévue dans le Traité. De ce fait, il semble qu'il s'agisse d'un débat plus politique que juridique⁷³.

Pour l'Union, le risque de faire appel à l'arbitrage dans le cadre communautaire consiste dans le fait qu'une discrimination serait instaurée entre les investisseurs, que le droit ne serait plus homogène et qu'un phénomène de *forum shopping* serait mis en place.

Mais peut-on réellement refuser une innovation utile par peur des dérives plutôt que de réglementer les difficultés déjà présentes ?

§ I – La lutte contre la discrimination

Concernant la discrimination on peut relever qu'implicitement la position de la Commission peut être analysée comme la reconnaissance que le recours au juge interne constitue un traitement « moins favorable » que le recours à un arbitre international⁷⁴.

Le risque de *forum shopping* renvoie à s'interroger sur la légitimité de l'arbitrage dans un ordre juridique abouti dont la compétence n'est pas remise en cause. Mais ce risque de *forum shopping* remet en cause les fondements de l'arbitrage. Celui-ci est prévu dans les TBI, c'est un mode particulier de règlement des différends qui doit être engagé dès lors qu'un litige surgit (pour non-respect du TBI ou du contrat en cas de présence d'une *umbrella clause*). Les parties ont aussi la possibilité de se présenter devant les instances nationales mais, même si le litige se situe dans un pays où la justice est suffisamment indépendante et impartiale, le recours à l'arbitrage constitue tout de même une protection supplémentaire donc le risque de *forum shopping* n'existe pas réellement.

Dans la continuité de cette idée de discrimination, il faut analyser le principe de « confiance mutuelle » présent au sein de l'UE et notamment dans les relations entre les juridictions nationales des États membres. Ce principe particulièrement illustré à travers les règlements de droit international privé (notamment Bruxelles 1 bis) consiste pour les juges à accorder confiance et respect aux décisions rendues dans les autres États membres.

⁷² Sentence *Electrabel*, préc.

⁷³ B. Poulain et M. Roux, préc.

⁷⁴ Une contradiction apparaît dans le discours de la Commission qui invoque à la fois le principe de confiance mutuelle pour éviter de se soustraire à la juridiction du juge interne et, de l'autre côté, le principe de non-discrimination.

À l'origine, l'arbitrage a été mis en place pour soustraire les investisseurs à la partialité des juridictions étatiques. Mais les considérations ont évolué et certains TBI maintenant ne prévoient plus le recours à l'arbitrage car il y a un respect et une confiance dans leur système juridictionnel respectif⁷⁵. Cependant, cette clause d'accès aux tribunaux arbitraux est encore beaucoup utilisée dans les accords conclus entre pays développés ou en développement.

Les considérations ont évolué et outre l'impartialité de la juridiction, un autre avantage consiste en la possibilité de recourir à un juge spécialiste qui statue de manière définitive par une sentence obligatoire. La confiance mutuelle n'est donc plus un contre-argument à l'arbitrage.

Un dernier argument à analyser est l'idée que le juge communautaire serait « plus approprié » pour connaître un différend en matière d'investissement plutôt qu'un arbitre. On retrouve ici l'idée du *forum non conveniens* et du juge naturel. Mais cette notion présente en droit anglais n'est que peu appliquée dans le sens où elle manque de précision⁷⁶ et où elle va à l'encontre de la sécurité juridique pour les investisseurs pour qui il vaut mieux savoir à l'avance quelle juridiction les jugera.

Pour S. Robert Cuendet⁷⁷, sans hésitation, le juge communautaire de droit commun, c'est-à-dire le juge national, est le juge naturel des investissements communautaires de par le coût de l'accès, la possibilité d'invoquer le droit interne, communautaire et européen et la possibilité de recourir à la CEDH et à la CJUE. Ainsi l'arbitrage ne serait que le privilège de quelques-uns et il suffit de laisser au juge interne le soin de faire ses preuves.

Cette solution nous semble biaisée dans le sens où ne recourir qu'au juge étatique fausserait l'internationalité du système mis en place. En outre, se profile le retour de la protection diplomatique avec des États risquant de prendre fait et cause pour leurs investisseurs en cas de décision critiquée rendue par une juridiction nationale.

De plus, cette solution ne serait pas applicable pour les investissements purement internationaux où l'idée de confiance mutuelle n'est pas toujours présente, ce qui reviendrait à créer une discrimination entre les investisseurs étrangers et les investisseurs européens pour les investissements réalisés sur le territoire de l'UE.

§ II – L'interprétation exclusive de la Cour

Une autre interrogation pesant sur le concept d'arbitrage est le deuxième fondement principal de la critique de la Commission envers le système des TBI. Il s'agit de la question de l'interprétation du droit de l'UE par un tribunal extérieur à l'Union européenne et, d'autant plus, un tribunal arbitral c'est-à-dire rattaché à aucun ordre juridique national.

L'un des obstacles que l'on peut relever à la saisine d'un tribunal arbitral international est le monopole juridictionnel que possède la CJUE pour l'interprétation et l'application du droit communautaire. C'est un argument développé dans l'affaire *Eureko*⁷⁸ par la Commission, mais facilement réfutable, car seule la Cour a la compétence exclusive pour l'interprétation définitive des normes européennes mais pas leur interprétation provisoire. Ce monopole de la Cour permet d'assurer l'unité et la cohérence du droit communautaire. Le droit des

⁷⁵ Cas par exemple de l'accord de libre-échange conclu le 18 mai 2004 entre l'Australie et les États-Unis.

⁷⁶ *Contra*. Piste suggérée par J. Cazala pour concilier monopole juridictionnel du juge communautaire et compétence des autres juridictions internationales.

⁷⁷ S. Robert Cuendet, préc.

⁷⁸ §193, « These provisions conflict with EU law on the exclusive competence of EU courts for claims which involve EU law, even for claims where EU law would only partially be affected ».

investissements n'a pas à être écarté de la possibilité d'interpréter le droit de l'Union européenne dans les sentences arbitrales. Cependant, la Commission ne partage pas cet avis puisqu'elle conseillait aux investisseurs à l'occasion de l'affaire *Eureko* qu'en cas de différend avec l'État hôte, ils disposaient de deux alternatives : saisir le juge interne ou demander à la Commission européenne d'exercer un recours en manquement devant la CJUE.

Tout l'enjeu des arbitres internationaux se trouve dans leur attitude vis-à-vis du droit communautaire et de la Commission dont il faut ménager la susceptibilité.

C'est ce que le tribunal arbitral d'*Eureko* a essayé de faire en se définissant non sur la base du règlement d'arbitrage CNUDCI (qui est pourtant son fondement) mais en tant que « tribunal arbitral *ad hoc* allemand » (§224 de la sentence). Cette proposition doit bien évidemment être contestée car dans le cadre d'un tribunal créé par deux États, il ne peut être rattaché à l'un ou l'autre des ordres juridiques internes⁷⁹. Mais on peut relever le souhait d'écarter les objections communautaires car, en se définissant ainsi, le tribunal arbitral insiste sur le fait que les juridictions internes allemandes seront compétentes en cas de demande d'annulation. Ce qui fait qu'en suivant la hiérarchie interne classique, la CJUE serait compétent en dernier ressort pour statuer sur le différend.

À la suite de la décision du 26 octobre 2010, la Slovaquie a demandé l'annulation devant la Cour de Francfort et, à la demande de la Commission, a demandé au juge interne de poser une question préjudicielle à la Cour sur le fait de savoir si la sentence était contraire au droit communautaire.

Ainsi, en suivant ce raisonnement seulement les tribunaux arbitraux réellement internationaux comme ceux créés sur la base du règlement CIRDI constitueraient une difficulté. Cependant, ce raisonnement est erroné car le postulat de départ d'appartenance à un ordre juridique interne est faux. De plus, d'un point de vue pratique, les États ont en globalité choisi un arbitrage CIRDI, donc cette solution miracle n'est pas en réalité la clef de tous les maux.

L'article 344 du TFUE dispose que : « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des Traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ». Ce principe a notamment été rappelé dans l'affaire de l'*Usine Mox*⁸⁰. Mais S. Robert Cuendet doute que ce principe lie les tribunaux arbitraux dans la mesure où ces derniers ont la compétence de leur compétence et donc n'ont aucun devoir de réduire leur droit à exercer leur compétence du fait de la présence d'une obligation propre à l'ordre juridique communautaire.

Pour beaucoup d'auteurs, le monopole juridictionnel du juge communautaire n'est pas opposable en dehors du cadre européen.

Ce raisonnement suit l'exemple de l'OMC : la centralisation et l'intériorisation des modes de règlement des différends commerciaux exigées à l'article 23 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends dans le cadre de l'OMC ne peut empêcher, en droit international, deux États membres de s'en remettre à une juridiction extérieure pour régler leur différend.

Quid cependant de la réception de cette décision arbitrale externe dans l'ordre juridique communautaire ? On peut craindre que la Commission initie un recours en manquement envers l'État qui devrait exécuter la sentence réputée contraire au droit communautaire. C'est ce qu'il s'est passé pour la sentence *Ioan Micula* par exemple.

⁷⁹ D'autant plus qu'un investisseur privé ne peut créer une juridiction internationale.

⁸⁰ CJCE, 30 mai 2006, *Usine Mox*, aff. C-459/03.

La question qui se pose est donc de savoir si un tribunal extérieur peut appliquer le droit de l'Union. La réponse est positive, des juridictions l'appliquent et l'interprètent quotidiennement, notamment l'organe de règlement des différends de l'OMC. Se poser la question de la possibilité d'appliquer le droit communautaire revient à opérer une interprétation première de ce droit.

S. Robert Cuendet s'interroge sur le fait de savoir si cette décentralisation de l'application du droit communautaire constitue une menace à l'encontre de l'unité du droit communautaire. Il n'y a pas de raison à cela car une interprétation externe n'est pas opposable aux institutions communautaires et un tribunal externe peut également mettre en œuvre les interprétations de la CJUE.

La meilleure solution serait la possibilité d'un dialogue entre les institutions communautaires et un tribunal arbitral afin que l'État ne soit pas bloqué entre deux obligations inconciliables. Mais Y. Kerbrat⁸¹ considère que, dans l'arrêt *Usine Mox*, la CJCE a clôturé toute possibilité de collaboration avec les autres juridictions internationales notamment lorsqu'est en cause l'interprétation et l'application d'un accord pourtant mixte. Dans cette affaire, l'Irlande a attaqué l'usine responsable de troubles environnementaux sur le fondement de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer qui prévoyait la création d'un tribunal arbitral *ad hoc*. La CJCE, en suivant les recommandations de la Commission, a considéré que sa compétence était exclusive concernant le volet environnement de la Convention de Montego Bay et donc que l'Irlande avait violé son devoir de coopération loyale.

La CJCE affirme que sa compétence exclusive jouant en matière d'accords mixtes, elle a priorité sur les juridictions *ad hoc* prévues par les clauses contenues dans ce type de conventions. Elle réaffirme ainsi et élargit donc le principe de sa compétence exclusive aux dépens des procédures d'arbitrage.

§ III – Le recours impossible à la question préjudicielle

L'hypothèse de la question préjudicielle doit aussi être écartée car l'article 267 du TFUE ne prévoit pas une ouverture aux tribunaux internationaux. C'est ce que la Cour a très tôt précisé dans l'affaire *Nordsee*⁸². Cette jurisprudence a été confirmée par la suite⁸³.

La raison invoquée est que les arbitres ne sont pas des juridictions d'un État membre car ils ne réunissent pas trois conditions déterminées : une origine légale, un caractère permanent et un caractère obligatoire.

Dans l'affaire *Usine Mox*, le tribunal arbitral du droit de la mer a sursis à statuer le temps que la CJCE soit éventuellement saisie de l'affaire. Il s'agit d'une attitude innovante, une sorte « d'exception de connexité » et de courtoisie juridique qui a permis de forcer le dialogue.

Dans *Eureka*, la Commission avait demandé le sursis à statuer du tribunal arbitral afin que la Cour puisse se prononcer sur le recours en manquement mais le tribunal n'avait pas accédé à sa requête.

Cependant, cette solution de courtoisie est aléatoire et ne repose sur aucun réel fondement juridique. Si un tribunal s'estime compétent, il n'a pas à ménager la Cour de justice

⁸¹ Y. Kerbrat, L'affaire de l'usine Mox: la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres, *RTD Eur.* 2007-43 n° 1

⁸² CJCE, 23 mars 1982, *Deutsche Hochseefischerei GmbH c/ Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG et Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG (Nordsee)*.

⁸³ CJCE, 27 avr. 1994, *Almelo* et CJCE, 27 janv. 2005, *Denuit*, aff. C-125/04.

en choisissant de surseoir à statuer, le risque étant qu'elle se déclare compétente à chaque fois qu'une partie, même minime, du droit européen soit concerné.

Cette attitude protectionniste et toute-puissante de la Cour de justice n'était pas compatible avec le droit des investissements internationaux car la Cour préférait privilégier la cohérence du droit de l'Union européenne plutôt que la cohérence du droit international des investissements.

SECTION 3 – LES CRITIQUES DE LA COMPÉTENCE DE L'UNION

Les raisons d'une impossibilité de coopération et de coexistence des deux droits sont certes bien implantées, cependant le choix de la Commission d'opter pour une compétence exclusive n'a pas fait l'unanimité parmi les auteurs et soulevé des critiques.

§ I – L'extrapolation de la compétence

Une des premières critique concerne l'extrapolation de sa compétence⁸⁴.

La Commission utilise une interprétation large des termes du TFUE. La compétence exclusive en matière de politique commerciale commune ne peut être reniée, ainsi que l'intégration des investissements étrangers directs, mais cela implique-t-il une compétence exclusive aussi sur les questions relatives à la « promotion » et à la « protection » de ces investissements ? Ce n'est pas sûr dans le sens où ce sont des notions relativement éloignées de celle de « libéralisation ».

Du fait de cette faiblesse de source de compétence, l'UE se sent obligée d'utiliser l'article 352 du TFUE et d'agiter le spectre des conflits entre règles communautaires relatives à la libre circulation des capitaux et TBI entre États membres et États tiers.

Il faut rappeler que l'origine des TBI était la protection et la promotion des investissements. Il y a donc une distinction à faire avec la libéralisation. Ces TBI permettaient qu'un investissement soit mis en œuvre et protégé mais la systématisation de ces traités a conduit à brouiller la frontière. Cependant, ils ne peuvent se confondre avec les instruments de libéralisation des échanges.

Cette critique de la compétence de l'Union est assez sévère dans le sens où les « anciens » États membres ont pu développer leurs investissements internationaux entre eux sans avoir recours aux TBI, principalement du fait, il faut l'avouer, qu'une confiance régnait entre les différents États pour la protection des investissements autant d'un point de vue matériel que procédural. Assurer que la libéralisation, d'une part, et la protection et la promotion des investissements, d'une autre part, ne remplissent pas les mêmes objectifs est un fait mais il est vrai qu'au sein de l'Union européenne, les prérogatives de protection sont de moins en moins nécessaires.

§ II – L'obligation de passer par une phase de transition

Une autre critique formulée à l'encontre de cette compétence concerne la transition plutôt délicate à effectuer entre l'avant et l'après Lisbonne.

⁸⁴ J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissement », *Le droit européen de l'investissement, op. cit.*, p. 27s.

La Commission reconnaît le caractère *sui generis* des TBI et reconnaît ne pas être apte à reprendre à son compte toute la substance de ces instruments dont des composantes essentielles relèvent encore formellement du domaine réservé aux États membres notamment dans le cadre de la fonction promotion.

La Commission juge « ni faisable, ni souhaitable » de se substituer aux efforts de promotion des investissements étrangers des États membres si ceux-ci sont compatibles avec la politique commerciale commune et la législation de l'UE.

Or les TBI sont justement l'instrument de promotion et d'encouragement des investissements internationaux à part entière et en priver les États membres reviendrait à les priver d'un outil bilatéral de promotion et de coopération économique.

De plus les TBI ne sont pas tous identiques, ils peuvent concerner des secteurs d'activité déterminés selon les besoins et spécialisations de chaque partie contractante. Se pose ainsi la question de *l'intuitu personae* et de *l'intuitu operis* dans les accords de libre-échange conclus au niveau de l'Union.

§ III – La transmission délicate de la substance des Traités bilatéraux d'investissement

Qu'en est-il aussi de la transmissibilité de l'ensemble de la substance des TBI ?

Par exemple, la Commission réduit le volet « protection » aux garanties de traitement accordées aux investisseurs par l'État hôte. Il se pose alors un problème : la garantie de « sécurité pleine et entière » présente dans les TBI implique des devoirs, que les institutions communautaires ne sont pas capables de reprendre à leur compte. Ainsi la sécurité des biens et des personnes relève encore aujourd'hui principalement des autorités des États membres et seuls ceux-ci sont en mesure de s'engager valablement sur de telles garanties⁸⁵.

Cette protection ne se limite pas à celle due par l'État hôte à l'investisseur étranger mais aussi à la protection que l'État d'origine de l'investisseur peut être conduit à exercer en cas de difficultés rencontrées par cet investisseur sur le territoire de l'État hôte dans le cadre d'un TBI ou à l'occasion de sa conclusion.

L'arbitrage investisseur/État résultant de la Convention de Washington est parfois présenté comme un moyen de mettre un terme à la protection diplomatique, exercice vu comme discrétionnaire et source de tensions internationales⁸⁶. Cependant, la Convention de Washington prévoit encore la possibilité de l'intervention de l'État d'origine dans le cadre du règlement du différend à son article 27 qui précise que des démarches diplomatiques visant à faciliter le règlement du différend sont possibles et que l'investisseur peut exercer sa protection diplomatique si l'État reconnu responsable par un tribunal CIRDI s'abstient de se conformer à la sentence rendue par ce tribunal.

L'arbitrage investisseur/État n'est donc en quelque sorte que la part visible du différend qui résulte encore de la matière *quasi* diplomatique très souvent au vu des intérêts en jeu.

Or, en Europe, on identifie parfaitement les notions d'entreprises nationales ou d'intérêts économiques et stratégiques nationaux mais pas européens (sauf EADS).

Plus généralement le volet de protection diplomatique reste la prérogative des États et

⁸⁵ G. Moss, "Full protection and security" in A Reinisch, *Standards of investment protection*, Oxford university press, 2008, p. 131s.

⁸⁶ Sentence *Banro american resources et sociétés aurifères du kivot et du maniema SARL c/ RDC*, CIRDI, 1^{er} sept. 2000, aff. n° ARB/98/7.

le transfert à l'échelle européenne n'est pas envisagé car, bien que l'Union européenne gagne des compétences, traités après traités, l'échec du Traité instituant une constitution pour l'Europe a démontré que la création d'un « État fédéral européen » n'est pas d'actualité.

La Commission dans cette phase de transition a admis que les États puissent conserver leur pouvoir de conclure des TBI mais seulement sous certaines conditions. Ainsi les TBI conclus avant 2009 disparaîtront progressivement au fur et à mesure que l'Union conclura de nouveaux accords avec les pays tiers. Cette phase de transition est nécessaire car il serait dangereux de supprimer tous les traités actuels et car la Commission ne souhaite conclure de traités qu'avec les États partenaires répondant à certains critères (notamment celui de l'État de droit et présentant un intérêt économique).

En 2012, a été adopté un règlement⁸⁷ établissant des dispositions transitoires pour les TBI conclus entre États membres et États tiers afin de permettre aux États membres de maintenir en vigueur leurs accords existants voire d'en conclure de nouveaux, ceci sans prise en compte de la future politique commune.

Cette solution a été mise en place dans un objectif de sécurité juridique pour les investisseurs.

Selon le règlement, les États membres devront avoir transmis à la Commission leurs TBI conclus avant 2009. Ils resteront en vigueur tant que l'Union n'aura pas conclu de Traité avec le pays tiers en cause. Cependant, si la Commission considère qu'un Traité présente « un obstacle sérieux à la négociation ou à la conclusion par l'Union d'accords bilatéraux d'investissement avec les pays tiers⁸⁸ », l'État membre devra coopérer avec la Commission pour remédier à cette difficulté.

Pour modifier des traités existants ou en conclure de nouveaux, les États membres devront préalablement faire une notification à la Commission et respecter plusieurs conditions (art. 9⁸⁹) :

- Ne pas être incompatibles avec le droit de l'Union ;
- Ne pas être superflus par rapport à l'intention de l'Union de négocier un Traité avec ce même État tiers ;
- Ne pas être incompatibles avec les objectifs de politique étrangère de l'Union ;
- Ne pas constituer un obstacle sérieux à la négociation/conclusion de traités par l'Union.

La Commission est forcément associée aux négociations et il faudra qu'elle autorise ou non la signature. Ces conditions valent aussi pour les traités conclus entre le 1^{er} décembre 2009 et le 9 janvier 2013.

De plus, les États membres doivent informer la Commission⁹⁰ des réunions prévues par un accord (la Commission peut demander par exemple aux États de maintenir une position déterminée), informer des réceptions d'une demande de règlement d'un différend faite par un État tiers (une coopération efficace sera faite entre l'État membre et la Commission) ou encore informer de l'activation par l'État membre d'un mécanisme de règlement des différends

⁸⁷ Règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers.

⁸⁸ *Ibidem.*, articles 5-6.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 9, intitulé : Autorisation d'ouvrir des négociations officielles.

⁹⁰ *Ibid.*, art 13 : Conduite des États membres en ce qui concerne un accord bilatéral d'investissement conclu avec un pays tiers.

(nécessité de l'assentiment de la Commission).

L'adoption de ce règlement fut compliquée car la Commission a dû abandonner le pouvoir qu'elle souhaitait initialement. Certains États membres ne souhaitaient pas en effet voir remis en cause de façon unilatérale les règles favorables pour leurs investisseurs⁹¹. Il subsiste donc un maintien de principe du pouvoir des États membres de conclure des TBI avec une coopération forcée en cas de difficultés. On peut apprécier ce pragmatisme de la Commission qui ne souhaitait pas s'engager dans des négociations portant sur des TBI avec des États qu'elle n'estimait pas présenter un intérêt économique suffisant. Le principe de sécurité juridique pour les États et surtout pour les investisseurs permet ainsi d'être respecté. En outre, les devoirs des États membres vis-à-vis de la Commission concernant l'information et la dénonciation d'incompatibilités avec le droit de l'UE ne présentent pas une difficulté majeure et rentrent dans la logique européenne de protection du droit communautaire.

§ IV – La solution de l'accord mixte

La solution qui se profile est celle d'un accord mixte, ce qui va à l'encontre du caractère exclusif de la compétence de la Commission.

Ces accords seraient mixtes dans le sens où la Commission serait l'organe compétent pour décider de la politique économique poursuivie dans l'accord, et pour rédiger les clauses dépendant de sa compétence, notamment concernant la phase de pré-investissement et les protections garanties à l'investisseur (non-discrimination, sécurité pleine et entière, etc.). Mais les États seraient libres de choisir leurs propres modalités concernant les expropriations puisqu'il s'agit encore d'une compétence exclusive des États membres et qu'il est difficilement envisageable qu'elle soit déléguée à la Commission.

Pour effacer le déséquilibre dans les conditions de concurrence, résultant du bilatéralisme selon la commission, B. Poulain et M. Roux ont proposé d'autres moyens.

La solution la plus simple consisterait à imposer aux États membres de ne pas opérer de discriminations entre leurs investisseurs et ceux des autres États membres. Il suffirait pour cela d'avoir une rédaction adaptée des TBI.

On peut s'interroger sur l'opportunité de préciser par une mention explicite l'extension du bénéfice d'un TBI conclu par un État membre à tous les ressortissants communautaires car la jurisprudence développée sur la clause de la nation la plus favorisée et les principes de non-discrimination fondant les traités communautaires permettent, par leur combinaison, de faire bénéficier le traitement le plus favorable, accordé par un État tiers à un investisseur communautaire, à n'importe quel autre État membre.

La Commission considère la disparition des TBI conclus entre États membres et États tiers comme une conséquence naturelle de l'absorption de leur substance par les accords de libre-échange. Mais rien ne s'oppose à la coexistence d'instruments bilatéraux et multilatéraux⁹².

Ainsi la Commission se fixe des objectifs (intégration des dispositions de protection de l'investissement dans les accords de libre-échange et caducité des TBI) qui peuvent sembler disproportionnés au regard des outils disponibles pour gommer les supposés désavantages

⁹¹ Voir N. Lavranos, "In Defence of Member States' BITs Gold Standard : The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member State's Perspective", *TDM* 2013.7.

⁹² Ex : Traité sur la Charte de l'Énergie, art. 16, qui prévoit la coexistence et l'accès de l'investisseur au traitement le plus favorable en cas d'applications concurrentes de plusieurs instruments.

(déséquilibre des conditions de concurrence) qui résulteraient aujourd'hui du bilatéralisme.

Pour l'auteur, ce déséquilibre est lié à la propension naturelle des autorités communautaires à systématiquement surjouer leurs compétences. Ce sera aux États membres de réagir s'ils souhaitent rétablir l'équilibre et leur souveraineté économique.

§ V – Le futur du réseau des Traités bilatéraux d'investissement

Que va-t-il se passer pour le réseau des TBI mis en place ?

La Commission considère le *statu quo* comme une solution adéquate pour gérer les TBI conclus entre États membres et États tiers. Cette position se justifie par des impératifs de sécurité juridique des investisseurs car, tant que les accords conclus entre l'UE et les États tiers n'offrent pas de protection et de garanties équivalentes, l'investisseur ne peut utiliser que les protections présentes dans les TBI.

La Commission a pu déclarer que « la question de savoir dans quelle mesure les accords d'investissement des États membres sont incompatibles avec le droit de l'UE pourra faire l'objet de discussions »⁹³.

Or il faut relever que ces incompatibilités ont déjà été mises en avant dans les arrêts du 3 mars 2009 rendus contre l'Autriche et la Suède concernant la libre circulation des capitaux et étudiés précédemment. Comme vu précédemment, si la Commission reconnaissait que lorsque les TBI font référence au droit de ses États contractants, cette référence incorpore nécessairement le droit de l'UE alors il n'y aurait plus de conflits entre les deux droits.

La question du transfert définitif et intégral du contenu des TBI sera ainsi réglée en opportunité en veillant à ne pas interférer dans le développement de la politique commerciale de l'Union.

La Commission a en outre décidé « d'autoriser le maintien en vigueur d'accords bilatéraux d'investissement conclu entre des États membres et des pays tiers »⁹⁴.

Or la Commission ne dispose pas en la matière d'un pouvoir d'autorisation ou d'interdiction.

Pour les traités conclus avant leur adhésion, l'article 351 du TFUE impose seulement « d'éliminer les incompatibilités éventuellement constatées ».

La Commission ne peut que rechercher le manquement de l'État membre qui se serait abstenu de respecter l'article 251 TFUE sur la base d'une incompatibilité prouvée entre engagements internationaux et engagements communautaires de cet État mais elle ne peut pas mettre fin au Traité.

Le régime transitoire est paradoxal car la Commission se réclame de l'exercice d'une compétence exclusive mais considère que la sécurité juridique et le traitement uniforme des investisseurs justifient le maintien en vigueur des TBI ainsi que la renégociation voire la conclusion de nouveaux traités, ceci pour compléter une « toile incomplète ».

On peut saluer le pragmatisme de la Commission qui admet que le réseau de TBI mis en place fonctionne et que dans l'attente de la création d'un nouveau réseau à travers des accords

⁹³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, Bruxelles, le 7.7.2010 COM(2010)344 final 2010/0197 (COD) C7-0172/10, p. 3.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 2.

de libre-échange contenant un volet « investissements internationaux » conclus par l'Union européenne, le maintien de ces TBI est indispensable.

Il aurait cependant été préférable qu'un régime transitoire soit mis en place au cas par cas en exerçant à la fois la nouvelle compétence de l'UE non exclusive et en organisant de manière structurée la résolution des TBI.

Il s'agit de la toute première expérience d'une délégation complète et organisée de l'exercice d'une compétence exclusive.

On peut remettre en cause le caractère général de la réglementation envisagée. Le but de la Commission semble pour l'immédiat d'exercer sa compétence selon un planning de négociations spécifique.

Ainsi à court terme sont prévus des accords de libre-échange contenant des dispositions relatives aux investissements internationaux avec le Canada, l'Inde, Singapour. Et à long terme sont prévus des accords spécifiques d'investissements avec de grandes puissances économiques comme la Chine ou la Russie.

On comprend que les États ne veulent pas adopter une position qui gênerait les négociations mais il serait excessif d'arriver à une mise sous tutelle de l'entière activité des États.

De plus, les priorités des négociations de l'UE ne sont pas forcément celles des États membres qui peuvent vouloir, selon leurs affinités diplomatiques et économiques, souhaiter renforcer leur coopération avec certains États tiers, ceci en dehors de toute intervention de l'Union.

En outre, la Commission reconnaissait particulièrement l'intérêt des TBI dans des régions où les institutions politiques économiques nationales n'étaient pas considérées comme suffisamment indépendantes pour apporter des garanties substantielles aux investissements. Et pourtant, elle préfère accorder une priorité aux régions dont la croissance économique est élevée et vers lesquelles le flux d'investissement peut être massif.

S. Robert Cuendet⁹⁵ en conclut donc que « cela confirme que les autorités communautaires considéreraient la promotion et la protection de l'investissement comme un outil de consolidation et de libéralisation des échanges plutôt que comme un outil de coopération et de développement économique. L'absence de toute référence aux États ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique) et d'un cadre multilatéral de promotion et de protection des investissements avec ces États est une illustration parfaite de cette orientation ».

Malgré une mise en œuvre laborieuse de cette nouvelle compétence européenne et une manière de procéder peu respectueuse de l'idée de « dialogue des juges », l'action de l'Union européenne aura permis d'aplanir les difficultés pesant depuis plusieurs années sur le droit des investissements intracommunautaires. Sans toujours être persuadé de la réalité d'un droit des investissements communautaires, il faut tout de même considérer que le droit communautaire peut être un substitut satisfaisant au droit des investissements, du moins à l'intérieur d'un bloc régional offrant des garanties et des protections satisfaisantes aux investisseurs. En revanche, la stratégie adoptée en matière d'investissements internationaux se distingue tout à fait de celle adoptée en matière intracommunautaire. Il ne s'agit plus de droits qui s'opposent mais de la construction d'un nouveau droit de l'investissement international sous l'impulsion de l'Union.

⁹⁵ S. Robert Cuendet, préc.

DEUXIÈME PARTIE

UNE INFLUENCE ÉTABLIE DE L'UNION EUROPÉENNE MENANT À UNE RÉFORMATION DU SYSTÈME D'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Outre l'aspect intracommunautaire du droit des investissements internationaux, les conséquences sur le plan purement international de la nouvelle compétence de l'Union européenne sont aussi très importantes. L'UE a décidé d'entreprendre la réalisation de plusieurs accords de libre-échange de grande ampleur contenant un volet sur le droit des investissements internationaux. Ces accords, notamment ceux conclus avec le Canada et les États-Unis engloberont une part significative des échanges économiques mondiaux. Parallèlement à cet aspect économique, l'aspect juridique de ces conventions a provoqué beaucoup de questionnements.

Les problématiques soulevées par ces accords se sont rassemblées autour de deux axes : le règlement des différends investisseurs/État et le contenu des accords d'investissements notamment concernant les protections des investissements.

Par sa nouvelle compétence, l'UE a entrepris de réaliser des accords en tenant compte des critiques formulées au cours des dernières années tant sur la forme de l'arbitrage (Chapitre 1) que sur le fond des accords (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – UNE VOLONTÉ DE RÉFORMER L'ARBITRAGE À TRAVERS LA TRANSPARENCE ET LA COHÉRENCE

L'Union européenne n'a eu de cesse de mettre de souligner les dérives de l'arbitrage tout au long de ses argumentations visant à critiquer le recours à l'arbitre dans des procédures intra-communautaires. Cette hostilité permanente, loin des réalités économiques démontrant que l'usage de l'arbitrage est bienvenu du côté des investisseurs, laissait présager qu'au moment venu de jouer son rôle dans le droit des investissements internationaux, elle préférerait trouver un autre moyen de régler les litiges en la matière. Et pourtant ce n'est pas la solution qui a été envisagée, la Commission souhaite en effet être totalement intégrée au processus arbitral.

Cependant cette introduction de la Commission à l'arbitrage d'investissements ne pourra pas être réalisée en l'état. La Commission souhaiterait en effet que les fondements de l'arbitrage d'investissement soient réévalués afin de créer un processus plus équilibré, plus transparent et plus cohérent. Ces travaux de réforme procédurale sont salutaires dans le sens où l'arbitrage d'investissement souffrait depuis plusieurs années de nombreuses critiques récurrentes. Cette réforme est possible du fait de la nouvelle compétence dont dispose l'Union européenne. Elle représente désormais un poids économique très important sur la scène économique internationale en matière d'investissement et est donc tout à fait légitime d'organiser une modification profonde de la procédure d'arbitrage.

Dans un premier temps il conviendra d'analyser le rôle encore hypothétique de la Commission dans la procédure d'arbitrage (Section 1) avant de présenter les différentes réformes envisagées (Section 2).

SECTION 1 – LA PLACE DE L’UNION AU SEIN DU SYSTÈME D’ARBITRAGE ACTUEL

Du fait de la compétence acquise suite à la ratification du Traité de Lisbonne, l’Union européenne a désormais la capacité de conclure des accords de libre-échange englobant une partie « investissement international » ainsi que des accords concernant uniquement les investissements.

Outre le contenu matériel de ses accords se pose la question de l’organisation procédurale en cas de litige. Car si l’Union européenne est la partie signataire d’un TBI, c’est sur le territoire d’un ou de plusieurs États européens que l’investissement sera réalisé. Ainsi la question du rôle précis de la Commission européenne est fondamentale, afin de déterminer précisément comment se dérouleront les procédures d’arbitrage d’investissement.

Dans sa communication (2010)343 final, la Commission a précisé que « les futurs accords de l’UE comportant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l’État ».

Par la suite, la Commission précise qu’il s’agit d’un parcours « semé d’embûches » du fait de son absence de participation à ce mécanisme dans le passé et du fait du caractère unique de ce procédé en droit international économique.

Elle liste ensuite les trois éléments qui représentent le plus de difficultés selon elle, à savoir la transparence, la fragmentation des différends et des interprétations et les règles relatives à la conduite de l’arbitrage. Dans ce premier chapitre nous nous contenterons d’étudier les règles relatives à la conduite de l’arbitrage.

La Commission a précisé qu’elle veut assortir la violation des engagements en matière de protection des investissements d’un mécanisme de sanction effectif. Ceci serait via l’outil « arbitrage investisseur/État ». Elle prend ainsi de court les critiques pensant qu’elle ne souhaitait pas s’introduire dans le cercle de l’arbitrage international.

« Ce type de règlement des différends est si bien ancré dans les accords d’investissements que son absence aurait en réalité pour effet de décourager les investisseurs et de réduire l’attrait d’une économie hôte par rapport aux autres »⁹⁶.

Il est étonnant de constater que la Commission accepte si bien l’arbitrage pour les différends internationaux alors qu’elle avait durement bataillé pour que la Cour de justice de l’UE soit la seule compétente pour traiter de ces différends pour les investissements intra-communautaires. Il convient d’analyser dans un premier temps la possibilité pour l’Union de rejoindre le CIRDI.

Il s’agit ici de la question de la crédibilité de la Commission qui souhaitait adhérer de manière inconditionnelle à l’arbitrage investisseur/État en tant qu’institution allant jusqu’à proposer une modification de la Convention de Washington.

Un premier problème se pose car ce mécanisme de règlement des différends se rattache aux principes généraux de responsabilité internationale des États.

La proposition de la Commission consisterait à être la défenderesse unique à une instance arbitrale qui aurait à connaître de la violation de standards de promotion et de protection de l’investissement par l’un de ses États membres. Cette proposition présente une difficulté majeure dans le sens où la logique de responsabilité internationale est notamment

⁹⁶ COM(2010)343 final, préc.

fondée sur la notion « d'imputabilité ». Il s'agit d'une difficulté dans la mesure où si une réglementation d'un État est à l'origine d'un différend donnant lieu à l'arbitrage, alors l'imputabilité de la faute repose sur l'État et non sur l'Union européenne.

La Commission invente donc la notion de « l'endossement » de la responsabilité de ses États membres du fait d'un acte internationalement illicite qui leur serait imputable.

Que penser de cet endossement et quels sont les avantages/inconvénients que cette action entraîne ?

Bruno Poulain et Mathieu Raux⁹⁷ estiment que les États membres devraient soulever des exceptions de principe. Ils posent notamment trois problématiques :

Qu'en sera-t-il de la contestation des griefs vis-à-vis de leur comportement ?

Quid de la formulation de demandes reconventionnelles ?

Comment régler cela si ces États membres ne sont même pas parties à l'instance ?

La proposition de l'Union européenne s'éloigne fortement de la répartition des rôles qui prévaut encore aujourd'hui dans les textes, notamment en ce qui concerne le règlement des différends en vertu du Traité sur la Charte de l'Énergie.⁹⁸

Dans la résolution législative sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur/État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, adoptée par le parlement le 16 avril 2014, il y est précisé que « conformément au principe de coopération loyale visé au Traité sur l'Union européenne, la Commission et l'État membre concerné devraient prendre toutes les mesures nécessaires en vue de défendre et de protéger les intérêts de l'Union et de l'État membre concerné ».

Ainsi une coopération sera mise en place entre la Commission et l'État membre concerné afin que les deux intérêts en cause soient le mieux protégés. On ignore encore cependant comment se déroulera cette coopération.

Concernant l'institution majeure en matière d'arbitrage international d'investissement, le CIRDI, le système n'est actuellement pas ouvert aux organisations régionales d'intégration.

Pour passer outre cette modification technique il faudrait organiser une refonte des statuts du CIRDI c'est-à-dire obtenir l'accord des 151 membres. On peut craindre que cet accord soit difficilement réalisable, dans la mesure où de plus en plus d'États remettent en cause l'arbitrage et que la présence de l'Union européenne sur la scène des investissements internationaux peut représenter une menace pour les États étant donnée son poids économique indéniable.

Du fait du fonctionnement du CIRDI, l'Union ne pourra pas, avant son éventuelle modification, intervenir devant cet organe d'arbitrage.

Enfin, la Commission souhaiterait interdire l'introduction d'instances parallèles et donner plus de latitude aux instances arbitrales sur le plan des demandes déraisonnables.

La question du choix de l'institution ou du mécanisme de règlement des différends reste donc entière. Et cette question est d'autant plus compliquée que le Parlement européen

⁹⁷ B. Poulain, M. Raux, préc.

⁹⁸ Traité sur la Charte de l'Énergie, 2009/4, p. 889-890, <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1347409&t=e&l=fr>.

précise dans sa résolution⁹⁹ qu'avant toute procédure d'arbitrage doit être introduite « l'obligation d'épuiser les recours juridiques locaux lorsqu'ils sont suffisamment fiables pour garantir une procédure équitable ».

Si ce souhait était mis en œuvre, il signifierait la fin de l'unité procédurale pourtant prônée puisque chaque litige devrait d'abord connaître une phase contentieuse devant les juridictions de l'État hôte. Ainsi l'Union européenne pourrait être susceptible d'être défenderesse devant une juridiction nationale d'un de ses États membres.

De plus, le Parlement précise que cet épuisement des voies de recours aura lieu si la procédure locale est équitable mais comment expliquer à un partenaire économique que cette phase sera écartée car ses juridictions nationales ne sont pas suffisamment fiables ?

L'impression globale ressortant des volontés de la Commission et du Parlement favorables à une unité procédurale est donc assez confuse. On peut ainsi comprendre l'attitude attentiste de la Commission qui préfère recevoir les propositions de ses partenaires économiques comme le Canada pour négocier les traités comportant un volet investissement.

Enfin, on peut relever l'attitude paradoxale de l'Union européenne qui, tout en critiquant le CIRDI pour son manque de cohérence du fait de la fragmentation des sentences, souhaite y adhérer.

Notre deuxième section s'attache à suggérer plus de cohérence à l'arbitrage international d'investissement.

SECTION 2 – LA RECHERCHE DE COHÉRENCE AU SEIN DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Dans sa communication du 7 juillet 2010, la Commission soutenait que « La cohérence et la prévisibilité sont des questions essentielles et il conviendrait de prévoir des arbitres *quasi* permanents (comme dans la pratique relative aux ALE de l'UE) ou des mécanismes d'appel dès lors que de nombreux recours sont susceptibles d'être formés au titre d'un accord donné ».

En outre, il convient tout d'abord dans cette optique de cohérence de déterminer quelles seront les parties à l'arbitrage.

« Qu'en un lieu, en un jour, un seul fait accompli
Tienne jusqu'à la fin le théâtre rempli »¹⁰⁰.

Comme l'ont remarqué E. Loquin et S. Manciaux¹⁰¹, l'unité procédurale envisagée par l'UE ressemble aux règles de théâtre classiques énoncées ci-dessus. Pour l'unité de temps, on considère déjà la procédure arbitrale comme une procédure rapide par rapport aux procédures nationales, même si cette affirmation se vérifie de moins en moins.

L'unité de lieu serait assurée en privilégiant une institution de règlement des différends plutôt que des arbitres nommés à chaque nouveau différend. L'unité d'action serait accomplie par un défendeur unique.

⁹⁹ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, 2010/2203(INI).

¹⁰⁰ Boileau, *L'art poétique*, chant 3, vers 45-46, 1674).

¹⁰¹ E. Loquin, S. Manciaux, « Les propositions de l'UE en matière d'arbitrage d'investissement », *Arbitrage et droit de l'UE*, dir. Pierre Mayer, Lexis Nexis, 2012, vol. 38, Actes du colloque du 4 nov. 2011, Paris, Comité français de l'arbitrage.

§ I – Un défendeur unique

La plupart des développements présents dans la communication de la Commission manquent de précision, en particulier son point « e » concernant la « responsabilité internationale ».

Dans ce développement assez court, la Commission explique que l'UE devrait être l'unique partie prenante aux procédures contentieuses engagées en matière d'investissements internationaux : « L'Union européenne, représentée par la Commission, défendra toutes les actions menés par les institutions de l'UE ». L'hypothèse visée ici est celle de l'Union européenne demanderesse. Mais la Commission a aussi anticipé l'hypothèse de l'UE en position de défenderesse : « En raison de la compétence externe exclusive (...), l'Union européenne aura également qualité de défenderesse unique à l'égard de toute mesure adoptée par un État membre et ayant une incidence sur les investissements effectués par les ressortissants ou les entreprises des États tiers relevant de l'accord concerné ».

D'un point de vue juridique, l'Union peut se positionner comme demanderesse ou défenderesse devant une institution du fait de la personnalité juridique acquise par l'article 47 du Traité de Lisbonne. Cependant il faudra que l'institution soit compétente *ratione materiae* et *ratione personae* pour connaître du litige et cette dernière condition pose une grande difficulté car le règlement du tribunal CIRDI ne prévoit pas qu'une organisation puisse être partie mais seulement un État. Cette difficulté est contournable en modifiant la Convention de Washington instituant le CIRDI ou en se plaçant plutôt sous l'égide d'un tribunal CNUDCI.

L'Union européenne souhaite donc se positionner comme défenderesse dans toutes les procédures d'arbitrage initiées par un investisseur d'un État tiers contre un État membre.

La Commission n'envisage pas que les investisseurs puissent se plaindre d'une mesure adoptée par l'Union européenne elle-même. Or dans l'affaire *Ioan Micula*, il s'agissait bien d'une mesure européenne issue directement du TFUE qui était mise en cause. Par ailleurs, si un État, pour respecter une directive européenne, change sa législation, il est fort probable que ce sera l'UE qui sera attaquée plutôt que l'État membre.

D'autre part, en raison de l'extension du champ d'intervention de l'Union, particulièrement en matière économique, cette hypothèse n'est pas improbable.

On peut supposer que cet oubli de traiter cette hypothèse relève de considérations conjoncturelles liées au Traité sur la Charte de l'Énergie. En effet, l'UE est membre à part entière de ce Traité mais elle n'a pas pour l'instant été assignée sur ce fondement-là. Il faut préciser que la Commission ne pouvait être attaquée sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Énergie par un ressortissant d'un État membre car cette personne possède à la fois la nationalité de l'État membre et la nationalité européenne. Or l'arbitrage prévu dans le Traité n'envisage pas cette solution¹⁰².

Se pose aussi la question de savoir si le problème dont il est question relève de la responsabilité internationale, comme le suggère la Commission, ou de la représentation internationale. On ignore encore si la Commission n'entend se substituer aux États membres que pour les seuls besoins de leur défense ou non. Cela constituerait alors une représentation internationale.

¹⁰² M. Burgstaller, « Les aspects procéduraux de l'arbitrage- qui est partie ? Le rôle de la Commission européenne », *Le droit européen de l'investissement, op. cit.*, p. 126-127.

Cette possibilité trancherait avec la responsabilité de la Commission prévue dans le Traité sur la Charte de l'Énergie. Dans un communiqué de 1998¹⁰³, la Commission a précisé qu'en cas de litige engagé par un État tiers contre l'Union ou un État membre, ces deux derniers conviendraient de l'identité du défendeur dans un délai de 30 jours : la Commission ou l'État membre.

En revanche, si la Commission entend également assumer les conséquences d'une éventuelle condamnation il s'agirait alors d'une véritable responsabilité internationale proche de celle que les États fédéraux ont pour les États fédérés.

On peut légitimement comprendre que certains États (Allemagne, France, Espagne, par exemple) s'offusquent d'un tel scénario où ils assumeront les conséquences financières d'une instance où ils n'étaient pas parties, et cela d'autant plus dans le cas où ils ne puissent suffisamment faire entendre leur position.

A l'inverse, une mutualisation des conséquences financières entre États membres d'un acte accompli seulement par l'un d'eux pourrait apparaître comme une prime à l'irresponsabilité.

Cette difficulté a été perçue par le Parlement qui demandait dans sa résolution du 6 avril 2011 au paragraphe 35 que la Commission présente un règlement sur la manière dont les responsabilités devraient être réparties, en particulier sur le plan financier.

Le 21 juin 2012, la Commission a publié une proposition du règlement. Celui-ci fut adopté en lecture unique le 16 avril 2014. Concernant le point sensible de la responsabilité financière, il a été indiqué dans les amendements ajoutés par le Parlement¹⁰⁴ :

« La responsabilité financière résultant d'un différend intervenant dans le cadre d'un accord serait répartie selon les critères suivants :

L'Union assumerait la responsabilité financière découlant du traitement accordé par les institutions, organes ou agences de l'Union ;

L'État membre concerné assumerait la responsabilité financière découlant du traitement qu'il a accordé ;

Par dérogation, l'Union assumerait la responsabilité financière découlant du traitement accordé par un État membre lorsque ce traitement a été requis par le droit de l'Union ».

Cette répartition des rôles concernant le coût financier des sentences rendues sous l'égide d'un tribunal arbitral nous apparaît tout à fait satisfaisante dans le sens où si une réglementation est issue de l'Union et qu'elle est remise en cause par un investisseur étranger, ce sera l'Union qui devra assumer la responsabilité financière. En revanche, l'Union se désistera concernant des réglementations purement nationales, afin de ne pas encourager les États membres à agir de façon inconsidérée.

Il est en outre précisé que « La Commission adopterait une décision déterminant la responsabilité financière de l'État membre concerné. Le Parlement européen et le Conseil seraient informés d'une telle décision ».

Dans ce même texte ont été précisés d'autres points importants relevant de la qualité de défenderesse de la Commission. Il y est indiqué que la Commission décidera si l'Union agira en qualité de défenderesse dans certaines circonstances, ce qui sous-entend que cette qualité de défenderesse unique n'est pas automatique.

¹⁰³ Communiqué de la Commission au secrétariat de la charte de l'Énergie, *JOUE* L 69/115.

¹⁰⁴ 2012/0163(COD) – 16/04/2014 Texte adopté du Parlement, 1^{re} lecture/lecture unique.

En outre, la Commission pourra décider que l'Union sera la partie défenderesse lorsqu'un recours relevant du même point a été porté devant l'OMC, afin d'avoir une argumentation cohérente.

Il y est aussi inscrit que la Commission doit veiller à ce que les intérêts financiers de l'État membre soient protégés lorsque l'Union sera la partie défenderesse. Ce point peut constituer une difficulté, dans le sens où les États membres peuvent considérer qu'assurer eux-mêmes leur défense soit préférable. Cependant, si un dialogue suffisant est instauré entre la Commission et l'État membre alors cette solution pourrait être la plus adaptée et la plus cohérente.

Lorsque l'Union est partie défenderesse, il y aura une consultation avec l'État membre portant sur l'argumentation mise en place avec une représentation de l'État membre lors de toutes les auditions.

Lorsque l'Union est partie défenderesse dans un différend engageant à la fois sa responsabilité financière et celle d'un État membre, l'utilisation d'un accord transactionnel ne sera possible qu'après approbation de l'État membre concerné. Toutefois, si l'État membre n'accepte pas cette solution, la Commission pourra toujours s'en prévaloir si l'accord transactionnel n'a pas d'incidence financière ou budgétaire pour l'État membre concerné.

On observe de nouveau une volonté de coopération entre l'Union et les États membres ; cependant il est clair que la Commission possède le dernier mot en la matière.

Lorsqu'un État membre est partie défenderesse, il devra informer la Commission du déroulement de l'affaire, communiquer les documents importants, procéder à des consultations... La Commission devra pour sa part relever tout point de droit présentant un intérêt pour l'Union.

L'État membre, bien que défendeur, resterait donc soumis à une tutelle de la Commission qui sera le référent unique lorsque le droit de l'Union est mis en cause.

Le fait de considérer la Commission comme défendeur unique n'est donc pas à l'ordre du jour. Il est positif de considérer que le Parlement a conscience que les États membres doivent rester défendeurs lorsque leur politique législative est remise en cause dans le cadre d'un différend porté devant un tribunal arbitral. Cependant la Commission reste au centre du dispositif. Elle démontre par là sa volonté de prendre en charge la politique européenne en matière d'investissements internationaux.

Outre le rôle de la Commission au sein de l'arbitrage international et les modifications que cela occasionne sur cette procédure si particulière, l'Union souhaite aussi réformer les fondements de l'arbitrage, notamment la place des arbitres et le manque de transparence.

§ II – Une institution permanente et plus cohérente permettant une unité de lieux

La Commission européenne suggère de « prévoir des arbitres *quasi* permanents (...) ou des mécanismes d'appel dès lors que de nombreuses recours sont susceptibles d'être formés au titre d'un accord donné »¹⁰⁵ afin de contrebalancer la fragmentation des différends et des interprétations.

Pour MM. Loquin et Manciaux¹⁰⁶, cette proposition apparaît incongrue car elle porte atteinte à l'essence même de l'arbitrage, car sa mise en œuvre paraît difficilement réalisable et

¹⁰⁵ Communication de la Commission du 7 juill. 2010, préc., p. 11.

¹⁰⁶ E. Loquin, S. Manciaux, préc. p. 167.

parce que le remède proposé serait inefficace.

Instituer des arbitres « *quasi* permanents » revient à transformer les arbitres en des juges permanents. Cette idée révèle une méconnaissance de la réalité de l'arbitrage car le principe du libre choix des arbitres par les parties ou les modalités de leur désignation est l'un des piliers de l'arbitrage. La Convention de Washington prévoit dans ses articles 12 à 16 la nomination par chaque État membre d'arbitres pour constituer une liste d'arbitres. Mais son article 40 précise bien que les parties ont une entière liberté pour désigner un arbitre ne figurant pas sur la liste. La seule exception présente est celle de la procédure d'annulation devant des Comités *ad hoc* : l'article 52 précise que le Président de la Banque Mondiale choisit les membres parmi les personnes figurant sur la liste d'arbitres.

Ainsi créer un corps d'arbitres *quasi* permanents limiterait de façon drastique le choix des parties. Or cette liberté de choix est un des atouts majeurs de l'arbitrage puisque elle permet de choisir l'arbitre le plus apte du point de vue des parties. Ainsi bafouer ce choix reviendrait à contrebalancer l'extrême diversité des arbitres. Outre les arbitres professionnels dont l'activité première est l'arbitrage – et dont le nombre est assez réduit – la grande majorité des arbitres sont des avocats, magistrats, hommes politiques ou universitaires.

Certes, cette grande diversité n'est pas exempte de critiques notamment avec le risque de conflits d'intérêts résultant du cumul des fonctions, mais il ne s'agit pas d'un risque propre à l'arbitrage d'investissement et la légitimité générale de l'arbitrage n'a jamais été remise en cause pour cette raison. En outre, des règles existent pour éviter ces conflits d'intérêts notamment l'obligation de révélation ou la procédure de récusation à l'initiative des parties.

À l'inverse, créer un corps *quasi* permanent d'arbitres en limitant l'accès à cette fonction pose la question de la légitimité de ceux qui les désignent et donc la légitimité même de ces arbitres. La légitimité des arbitres ne provient que du fait qu'il s'agit d'un choix des parties.

La communication de la Commission fait référence aux pratiques de l'Union européenne en matière d'accords de libre-échange. Certains accords conclus prévoient la constitution de listes de personnes qui pourront être désignées comme arbitres en cas de futurs litiges portant sur l'interprétation et l'exécution de l'accord. Ainsi l'accord conclu entre l'UE et la Corée du sud contient un article 14.18 qui précise l'organisation du panel de ces arbitres ayant le monopole du contentieux propre à ce Traité. Mais il s'agit de litiges entre les deux États parties, donc *in fine* les parties au litige auront choisi les arbitres antérieurement au litige, la légitimité reste assurée par le choix des parties.

Or, en matière d'investissements internationaux, l'instauration d'une telle clause conduirait à imposer aux investisseurs, qui accepteraient l'offre d'arbitrage la désignation d'arbitres qu'ils n'ont pas choisis.

De ce fait, il n'est pas sûr que ce mécanisme soit compatible avec la plupart des règlements d'arbitrage qui, malgré une liste déterminée d'arbitres, prévoient que les parties puissent choisir en dehors de cette liste.

De manière plus concrète, que se passera-t-il si l'investisseur entend désigner un autre arbitre que ceux figurants sur la liste prévue par le Traité ? Devra-t-on considérer que le tribunal arbitral est irrégulièrement constitué, que l'arbitre doit être écarté du tribunal arbitral par l'institution chargée d'organiser l'arbitrage, voire que la sentence rendue dans ces conditions devra être annulée ? Ou doit-on considérer que l'offre d'arbitrage conclue dans le Traité n'a pas été acceptée par l'investisseur dès lors que son acceptation a modifié l'offre et qu'en conséquence il ne peut s'en prévaloir utilement ?

Sans réponse en temps utile à ces questions, tout le système de l'arbitrage d'investissement pourrait en sortir fragilisé.

De plus, les résultats attendus demeurent assez incertains. La volonté de la Commission est d'assurer une interprétation cohérente d'un traité, voire une affirmation cohérente des principes généraux constituant le droit de l'investissement international.

Il est concevable que le risque d'une interprétation contradictoire d'un Traité soit moins important lorsque l'interprétation est assurée par un faible nombre d'arbitres. Cependant, une grande part du manque d'homogénéité du droit des investissements provient non pas d'une interprétation divergente d'un Traité mais de l'existence de divergences importantes, notamment parmi les 2 800 TBI conclus dans le monde. Or la constitution d'un corps d'arbitres *quasi* permanents ne réglera pas du tout cette particularité de l'arbitrage international, puisqu'elle n'aura aucune influence sur les divergences de contenu.

Cette affirmation, bien qu'intéressante, ne nous semble cependant pas justifiée dans la mesure où certains grands principes du droit des investissements internationaux restent débattus parmi les tribunaux arbitraux. Ainsi la force majeure est un élément dont les critères demeurent trop flous pour faire consensus et entraîner une « jurisprudence » constante. Nous avons pu observer à travers les arbitrages engagés contre l'Argentine suite à sa crise économique que des tribunaux pouvaient apprécier différemment cette clause présente dans le TBI, aboutissant à une sentence totalement différente des autres.

Il faut d'autre part considérer que concernant des traités similaires, les arbitres désignés ne seront pas forcément les mêmes car il faudrait que les États nomment toujours les mêmes 5 personnes parmi le panel d'arbitres préalablement choisis.

Ainsi bien que tous les traités conclus par l'UE devaient être identiques, ce qui paraît fort peu probable, ce ne seront pas toujours les mêmes arbitres qui les appliqueront en cas de différends. De ce fait le risque de fragmentation de l'interprétation subsiste.

Dans sa communication¹⁰⁷, la Commission énonce que dans la mesure où cohérence et prévisibilité des sentences arbitrales sont des questions essentielles, il conviendrait de prévoir un mécanisme d'appel.

Dans le droit international de l'arbitrage, l'appel se distingue des procédures ouvertes en vue de l'annulation d'une sentence arbitrale. La procédure d'annulation a pour but de vérifier la légalité de la sentence tandis que l'appel est un nouvel examen au fond du litige et conduit à vérifier que la solution du litige est correcte aux vues des faits de l'espèce et de l'application des règles de droit. C'est ce mécanisme en question que la Commission souhaiterait voir mis en place.

Or vouloir créer cette procédure d'appel revient à prendre à contrepied le droit positif de l'arbitrage international.¹⁰⁸ La Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères exclut toute révision au fond de la sentence et c'est également la solution retenue par l'ensemble des législations étatiques portant sur l'arbitrage commercial international.

Le contrôle de la décision du tribunal arbitral, dans le cadre d'un recours en annulation ou d'une procédure d'*exequatur* se limite ainsi à vérifier la réalité du consentement à l'arbitrage, le respect des règles fondamentales de procédures et l'absence de contrariété de la décision des arbitres à l'ordre public international.

¹⁰⁷ Communication de la Commission, préc.

¹⁰⁸ P. Tercier, « Voie de recours », *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, op. cit., p. 165.

Le règlement CIRDI prévoit une procédure devant un Comité *ad hoc* mais il s'agit d'un recours en annulation et non d'un appel au sens strict du terme¹⁰⁹. On peut retenir cependant que les critères de contrôle sont plus larges que ceux du droit commun de l'arbitrage dans le sens où le Comité *ad hoc* peut sanctionner « l'excès de pouvoir de l'arbitre ». Ce critère peut servir de fondement pour contrôler la pertinence de la motivation de la sentence c'est-à-dire la contradiction de motifs afin de vérifier la logique du dispositif de la sentence.

En revanche, le contrôle ne peut pas porter sur l'application correcte de la règle de droit. Cette procédure CIRDI, de même que les recours plus classiques en annulation ne constituent pas une procédure de cassation pour violation de la règle de droit. De ce fait, on ne peut pas considérer que les Comités *ad hoc* exercent une fonction régulatrice de la cohérence du droit international de l'investissement.

MM. Manciaux et Loquin¹¹⁰ comprennent mal comment les autorités européennes pourraient imposer une procédure d'appel, qui avait un temps été envisagée par les États-Unis, alors qu'elle n'existe pas encore dans le droit positif de l'arbitrage international.

Une des solutions serait de prévoir dans chaque Traité d'investissements la constitution d'un organe arbitral d'appel *ad hoc* pour statuer sur les appels dirigés contre les sentences rendues dans le cadre de ce Traité (et fixer par ailleurs la composition de ces organes).

Se pose la question de la compatibilité de telles clauses avec la Convention de Washington et l'arbitrage par exemple du CIRDI. La procédure d'appel avait été envisagée en 2006 avant d'être rejetée.

De plus, la Convention de Washington prévoit l'exécution de plein droit des sentences devenues définitives dans le cadre de l'arbitrage CIRDI donc une procédure d'appel extérieure au CIRDI semble difficilement envisageable, puisqu'il y aurait une sorte de superposition avec le recours en annulation de la Convention de Washington.

Ainsi la volonté de rendre « plus cohérent » l'arbitrage international d'investissement se heurte aux fondements mêmes de l'arbitrage et risque de créer un déséquilibre dans l'indépendance de l'arbitrage.

La Commission semble refuser de reconnaître le caractère indépendant et impartial de l'arbitrage international vis-à-vis des États. Contrôler la composition du corps arbitral et prévoir une remise en cause juridique des sentences *via* un mécanisme d'appel reviendraient à mettre sous tutelle l'arbitrage international et à lui retirer son caractère impartial et sa légitimité.

SECTION 3 – LA RECHERCHE D'UNE TRANSPARENCE ACCRUE

Pendant longtemps l'arbitrage d'investissement était calqué sur le modèle d'arbitrage commercial mis en place entre opérateurs privés malgré quelques nuances telles l'absence de nécessité de l'*exequatur* dans le système CIRDI.

Rapidement des reproches ont été formulés à l'encontre de ce système arbitral concernant le fait de ne pas prendre en compte la dimension publique des litiges jugés, qui souvent vont concerner l'intérêt général de l'ordre juridique de l'État partie à l'arbitrage.

Rendre ces procédures transparentes permettrait de donner une « légitimité démocratique » à un arbitrage qui concerne tous les citoyens de l'État mis en cause.

¹⁰⁹ V. aussi M. Rubino-Smartano, « Le degré arbitral d'appel dans l'arbitrage international », *L'arbitrage. Questions contemporaines*, textes réunis par Y. Strickler, L'Harmattan, 2012, p. 112.

¹¹⁰ S. Manciaux, E. Loquin, préc., p. 172.

E. Gaillard¹¹¹ écrivait d'ailleurs à ce propos que, « dans la mesure où elle met en cause la responsabilité des États, cette forme d'arbitrage se prête, plus qu'une autre à un contrôle des citoyens ».

Ainsi E. Loquin et S. Manciaux¹¹² préconisent que le secret de l'arbitrage soit levé afin que citoyens, presse, opposants politiques puissent avoir connaissance des raisons de l'arbitrage et des fondements de la décision rendue. Ils souhaitent également que « la société civile » ait accès à l'arbitrage afin de pouvoir exprimer son point de vue.

Ce point de vue ne nous semble pas forcément juste, dans le sens où l'un des avantages majeurs de l'arbitrage en règle générale est son caractère secret. Certes, il est concevable que pour des problématiques intéressant l'intérêt général d'un État, susceptibles d'affecter ses politiques législatives et économiques, l'arbitrage pourrait être plus public. Mais le mécanisme de l'*amicus curiae* peut être une alternative suffisamment efficace et encadrée permettant de prendre en compte l'opinion de la société civile sans détériorer l'esprit de l'arbitrage.

§ I – La levée du secret de l'arbitrage

Le secret de l'arbitrage, matérialisé notamment par les obligations de confidentialité est une des qualités essentielles attendue des parties dans l'arbitrage commercial entre opérateurs privés, afin de protéger le secret des affaires. Cette obligation de confidentialité est une obligation implicite découlant de la procédure même de l'arbitrage.

Le secret de l'arbitrage est notamment consacré en droit français à l'article 1487 du CPC qui énonce que « sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ». Conformément à son fondement contractuel, les parties peuvent ainsi renoncer à la confidentialité de l'arbitrage. Mais celle-ci s'impose à défaut d'accord contraire.

Le secret de l'arbitrage recoupe plusieurs aspects : existence de l'arbitrage, audience devant les arbitres, écritures des parties, témoignages, déclarations des experts et sentence arbitrale.

Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, on a pu considérer que le secret de l'arbitrage était un obstacle à la prise en compte de l'intérêt général dans la mesure où, selon un document de travail de l'OCDE, « Les sentences arbitrales rendues en matière de différends relatifs aux investissements sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur le comportement futur d'un État, le budget national et le bien-être des habitants. (...) Le renforcement de la transparence peut contribuer à améliorer l'effectivité et l'acceptation du système d'arbitrage des différends relatifs aux investissements. ¹¹³»

A – Le recul du secret de l'arbitrage dans le droit positif de l'arbitrage du contentieux des investissements

Ce recul peut être observé à toutes les étapes de l'arbitrage.

Cela peut venir de la pratique des institutions de l'arbitrage comme le CIRDI, qui annonce désormais sur son site le dépôt des requêtes d'arbitrage et informe de l'avancement des procédures.

¹¹¹ E. Gaillard, L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, *Rev. Arb.* 2007.857.

¹¹² E. Loquin, S. Manciaux, préc., p. 156.

¹¹³ OCDE, Document de travail n° 2005-1, p. 14.

L'évolution des règlements d'arbitrage a permis cette innovation. Ainsi le règlement CIRDI prévoyait déjà en son article 48 que les sentences rendues pouvaient être publiées avec voire sans le consentement des parties. Et dans les faits on assiste à une systématisation de la publication des sentences du fait d'un consensus existant sur leur publication.

Désormais, le règlement CIRDI en son article 32 prévoit que sauf opposition des parties, le tribunal peut permettre à certaines personnes d'assister aux audiences. Ainsi comme le disait Brigitte Stern¹¹⁴, « le principe est celui d'audiences ouvertes ». Le secret de l'arbitrage s'est ainsi décalé puisque sa levée est désormais implicite.

En outre le règlement CNDUCI, révisé en 2010, prévoit à son article 34 que la sentence peut être rendue publique s'il y a consentement des parties ou si la publication est requise pour raisons légales.

B – La volonté de la Commission de dépasser le droit positif

Le secret de l'arbitrage demeure la norme puisque, comme le précisait Mme Stern¹¹⁵, l'évolution à consister à passer « d'un consensus positif à un consensus négatif ».

De plus, le tribunal arbitral est celui qui possède le pouvoir d'appréciation pour refuser la publicité d'une audience. En revanche, rien n'est précisé dans les règlements concernant le caractère secret des documents produits dans le cadre de l'instance arbitrale. De ce fait le droit commun s'applique, c'est-à-dire que ces documents sont secrets sauf accord contraire des parties. Ainsi le droit positif reste le principe de base.

La Commission dans son communiqué s'est positionnée en rupture totale avec ce principe en posant une règle nouvelle : la transparence totale qui ne dépendra plus du consensus des parties une fois le litige né. La Commission souhaiterait dans l'idéal que le contentieux des investissements soit une procédure publique.

Ainsi les futures TBI conclus par les États membres de l'UE devront comporter une clause de transparence ressemblant à celle présente dans les TBI conclus par les États-Unis. Cette clause prévoit notamment la publication de la notification, la notification de la procédure d'arbitrage, les mémoires, ordonnances, sentences...

Cette volonté de favoriser la transparence soulève plusieurs questions.

Ces clauses seront-elles réservées aux seuls accords conclus par l'UE elle-même ?

Pendant la période de transition, la Commission influencera-t-elle les États membres à négocier des TBI contenant de telles clauses de transparence accompagnant les clauses compromissoires ?

Si les États membres acceptent de se soumettre au souhait de la Commission, il n'est en revanche pas certain que les États tiers acceptent ces clauses.

Dans ce cas précis, la Commission refusera-t-elle d'autoriser la conclusion des TBI ne contenant pas de clauses de transparence ?

Est-ce que ces clauses peuvent s'organiser avec les règlements des institutions d'arbitrage ? Notamment vis-à-vis des dispositions du règlement CIRDI qui soumet la publication à la volonté du tribunal arbitral et qui ne l'étend pas aux écritures des parties.

¹¹⁴ B. Stern, Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseurs, *Rev. Arb.* 2007

¹¹⁵ *Ibidem.*

§ II – L'intervention des *amici curiae*

Cette pratique, présentée dans le titre premier, permet de favoriser la transparence de l'arbitrage notamment via les ONG. Celles-ci publient les documents qui leur sont transmis afin de rendre les arbitrages publics.

Cette pratique permet de satisfaire la société civile qui se pose en garant de la protection de l'intérêt général et en « lanceur d'alertes ».

Cependant les *amici curiae* sont acceptés dans les arbitrages à la discrétion des tribunaux arbitraux qui se fondent sur plusieurs critères (exemple de l'article 37 pour les tribunaux CIRDI). Il ne s'agit absolument pas d'un droit d'être présent en tant qu'*amicus curiae* à l'arbitrage.

Concernant les garanties d'indépendance et d'impartialité des arbitres, elles seront consignées dans un code de conduite « contraignant » qui sera annexé aux accords (notamment pour le Canada et Singapour). Ce code ne modifie pas les obligations ordinaires des arbitres internationaux¹¹⁶.

Outre les modifications liées à la procédure et au fonctionnement de l'arbitrage international d'investissements, la Commission européenne s'est aussi penchée sur le fond de l'arbitrage à travers les clauses présentes dans les TBI et notamment leur interprétation.

Cette préoccupation va de pair avec les modifications souhaitées dans la procédure d'investissement. Des États comme l'Allemagne¹¹⁷ se sont catégoriquement opposés à l'introduction d'un mécanisme d'arbitrage d'investissement dans le Traité transatlantique (Traité de libre-échange entre l'UE et les États-Unis).

Ce refus d'introduire ce mécanisme repose tant sur le manque de transparence de l'arbitrage, et l'absence d'appel que sur les dispositions des traités sur lesquelles peuvent se fonder les investisseurs étrangers. Ainsi le fond de l'investissement international, à travers le contenu des TBI est aussi remis en cause.

CHAPITRE 2 – LE RÉÉQUILIBRAGE DU CONTENU MATÉRIEL DES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT

La modification de la procédure d'arbitrage présentait un important volet « cohérence » destinée à rendre cette institution plus accessible et mieux organisée.

Nous avons souligné la volonté de l'UE d'instaurer des arbitres permanents dans un souci de cohérence et dans le but de créer une « jurisprudence » arbitrale et donc d'améliorer la sécurité juridique. Cependant, ce n'est pas tant l'organisation des tribunaux arbitraux que la grande diversité de TBI qui participent à une absence de cohérence jurisprudentielle.

Ainsi, pour remédier à cette incohérence du système, l'Union européenne souhaiterait que certains standards prévus dans les TBI soient précisés pour encadrer l'arbitrage et le rendre plus prévisible.

¹¹⁶ N. Hachez, J. Wouters, « International Investment Dispute Settlement in the 21st Century: does the preservation of the Public Interest require an Alternative to the Arbitral Model ? », F. Baetens (ed.), *Investment Law with International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 417-449.

¹¹⁷ B. Hendricks, ministre de l'Environnement allemande : « Tant que le mécanisme de règlement des différends fait partie du TTIP, je reste très sceptique (...). Je pense qu'il n'est tout simplement pas nécessaire ».

En outre, on assiste depuis plusieurs années à une remise en cause du fond des TBI. À l'origine, ces instruments ont été créés afin de protéger des investisseurs exerçant leur activité dans des pays en voie de développement où les décisions de l'État hôte pouvaient se révéler être discriminantes. Aujourd'hui, les TBI entre États développés présentent des garanties substantielles dans leur législation ont augmenté. Les États hôtes se retrouvent ainsi liés à la volonté des investisseurs étrangers, leur droit de réglementer n'est plus assuré.

Ainsi l'Union européenne souhaiterait un rééquilibrage des standards de protection présents dans les TBI afin que les États hôtes retrouvent une grande partie de leur souveraineté économique et afin que l'arbitrage soit mieux encadré par des standards définis collectivement et non déterminés différemment à chaque nouvel arbitrage.

Nous verrons dans cette partie que les accords de l'ancienne génération et de la nouvelle génération s'opposent notamment sur ce point d'équilibre entre droits des investisseurs et droits des États hôtes.

SECTION 1 – UNE NÉCESSITÉ DE RÉGLEMENTER

Dans sa résolution du 6 avril 2011, le Parlement européen¹¹⁸, tout en signalant que la protection des investissements devait rester « la première priorité des accords d'investissement de l'UE », a critiqué le choix de la Commission¹¹⁹ d'uniquement se focaliser sur cette partie-là des accords « alors qu'elle devrait mieux évoquer le droit de protéger la capacité de réglementation publique ». Le fait que ce soit le Parlement qui évoque cette difficulté est symptomatique de l'organisation européenne en matière d'investissements internationaux. Tandis que la Commission se focalise sur la mise en place d'un régime le plus libéral possible et le plus favorable aux investissements, le Parlement européen se concentre sur les besoins et les revendications des États membres. À travers cette critique de la Commission, le Parlement révèle la crainte des États de voir leur « capacité de réglementation publique » réduite de plus en plus. Le Parlement a incité la Commission à intégrer dans ses futurs accords des clauses réservant le droit aux parties de réglementer dans plusieurs domaines de politique publique. De plus, il a souligné qu'il conviendrait de déterminer au cas par cas les secteurs sensibles non couverts par ces futurs accords tels la culture, la santé publique, l'éducation ou les domaines liés à la défense.

Il convient de déterminer quels sont les enjeux pour les États de conserver leur « droit de réglementer ».

§ I – Le renouveau de la capacité normative des États

La multiplicité des TBI a conduit à circonscrire la capacité normative des États, notamment concernant la sécurité nationale, l'ordre public, les droits de l'homme, la protection de l'environnement, la politique culturelle et la capacité de répondre aux situations de difficultés économiques, afin de garantir la protection des investissements. Mais cette protection, au vu des évolutions de la matière, ne constitue pas l'alpha et l'oméga.

Ainsi de nombreux États ont exprimé leur mécontentement concernant différents aspects de la matière. Des pays d'Amérique latine ont décidé de se retirer du système international de protection des investissements (dénonciation de la convention CIRDI par la

¹¹⁸ PE, résolution du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 2010/2203(INI), P7_TA(2011)0141, § 15.

¹¹⁹ *Supra*, COM(2010)343 final.

Bolivie, l'Équateur ou le Venezuela). La Russie¹²⁰ a en outre décidé de mettre un terme à l'application du Traité sur la Charte de l'Énergie. Toutes ces désapprobations témoignent d'un besoin réel de repenser la marge réglementaire de l'État hôte. À ces évolutions sur le plan international s'ajoute l'adoption de lois nationales hostiles à la protection des investissements comme la réforme constitutionnelle de l'Équateur de 2008 ou la législation du Belize. Il convient aussi d'analyser le cas particulier de l'Argentine, pays ayant fait l'objet du plus grand nombre de plaintes jamais portées contre un seul État hôte.

Certaines sentences condamnant l'Argentine n'ont pas pris en compte le droit de réglementer de l'État d'accueil et se sont révélées contenir des erreurs de droit. De ce fait, les investisseurs ont dû attendre qu'un paiement soit négocié par le biais d'un règlement à l'amiable postérieur à la sentence. L'exemple de l'Argentine est symptomatique de cette capacité réduite des États à réglementer. Afin de trouver un remède à la crise économique en vigueur dans le pays, le gouvernement argentin choisit de ne plus indexer le peso argentin sur le dollar américain pour relancer son économie. Cet objectif nécessaire et non arbitraire a eu des répercussions néfastes sur les investisseurs étrangers présents en Argentine, qui ont engagé des procédures devant des tribunaux arbitraux. Dans tous les arbitrages sauf un, l'Argentine fut condamnée : la protection des investissements était prioritaire à la sauvegarde de la santé économique du pays et au pouvoir de réglementation de l'État hôte.

Mais cette recrudescence des inquiétudes des États hôtes ne touche pas que les pays en développement. Depuis les années 2000, le système de protection internationale des investissements fait l'objet d'une réévaluation partielle même de la part des pays membres de l'OCDE. Ainsi les révisions des TBI des USA, du Canada et le projet de modèle de la Norvège de 2007¹²¹ sont révélateurs des préoccupations de l'État hôte de préserver une flexibilité normative c'est-à-dire son droit de réglementer.

Ce droit définit la capacité d'un État à faire usage de ses compétences normatives dans l'intérêt public, à l'encontre de ses obligations découlant d'un accord de promotion et de protection des investissements et sans engagement de sa responsabilité internationale¹²².

Cette idée de sauvegarde d'une marge de manœuvre dont bénéficierait l'État apparaît comme une condition *sine qua non* de la nouvelle génération de TBI. C. Titi¹²³ ne trouve pas cette idée surprenante car le déséquilibre entre les intérêts de l'investisseur (surtout sa protection) et ceux de l'État d'accueil n'est pas de nature à favoriser la protection des investisseurs à long terme : « De généreuses protections des investissements internationaux qui l'emportent sur tout autre objectif légitime de politique publique pourraient s'avérer néfastes pour les investisseurs en menant à des "contre-mesures" »¹²⁴. Rétablir un équilibre dans le système permettra donc d'éviter les prises de positions extrêmes telles que les dénonciations de la Convention CIRDI.

Peu à peu une nouvelle génération de TBI émerge qui a jusqu'à maintenant laissé les États membres de l'UE indifférents. Cette nouvelle génération d'accords va également se refléter dans la politique européenne d'investissements. C'est cette idée-là qu'exprimait le Parlement européen¹²⁵ en démontrant l'importance de garder une marge de flexibilité au profit

¹²⁰ www.encharter.org/index.php?id=414.

¹²¹ C. Titi, Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement, *Journal du droit international*, 2015, n° 1, p. 42.

¹²² C. Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law*, p. 67.

¹²³ *Ibid.*, « le Droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *V. supra.*

de l'État.

Tandis qu'on observait une prise de conscience en Amérique du nord de la nécessité de modifier les TBI, l'UE se tenait à l'écart de ces évolutions (à l'exception du Traité sur la Charte de l'Énergie). Cela est dû au fait qu'antérieurement au Traité de Lisbonne, la conclusion de normes portant sur les investissements relevait de la compétence des États membres. Ce n'est ainsi qu'à partir de décembre 2009 que l'Union a pu s'interroger sur l'opportunité de créer une nouvelle génération d'accords.

Cependant, il convient de préciser qu'avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'Union européenne possédait une compétence exclusive portant sur la phase préinvestissement, c'est-à-dire l'accès au marché. En revanche, les accords conclus par les États ne portaient que sur le traitement réservé aux investissements une fois ceux-ci constitués dans le pays hôte mais ne comportaient pas d'engagements spécifiques relatifs aux conditions d'entrée. Ainsi, tandis que les États membres se concentraient sur la promotion et la protection des investissements, la Commission¹²⁶ élaborait un programme de libéralisation centré sur l'accès au marché pour les investissements étrangers directs.

Ce programme a été basé sur la « plateforme minimale pour les investissements ¹²⁷ », un document interne servant de modèles aux négociations d'accords de libre-échange de l'UE.

Ce modèle, en intégrant plusieurs dispositions garantissant le droit de réglementer de l'État d'accueil respectait la volonté initiale de trouver un équilibre entre libéralisation du commerce et réglementation dans l'intérêt public. Une des versions préliminaires de ce texte peut laisser penser que des exceptions générales semblables à celles de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) seront mises en place, ainsi que d'autres dispositions relatives à la protection de l'intérêt public notamment en matière d'environnement, de protection de la diversité culturelle et concernant les normes sociales.

La « plateforme minimale pour les investissements » a servi de base aux négociations de plusieurs accords de libre échange ou de partenariat économique comme l'accord UE-Corée du Sud de 2010. Il n'est donc pas étonnant que ces traités contiennent des dispositions sur le non-abaissement des normes portant sur l'environnement, la sécurité, le travail, les références à la lutte contre la corruption, l'organisation internationale du travail (OIT), des exceptions générales calquées sur celles de l'article XX du GATT et des exceptions de sécurité¹²⁸. L'accord UE-Corée du Sud apparaît être le premier document de l'UE à se référer expressément au droit de réglementer¹²⁹.

En juillet 2012, la Commission européenne a considéré que les principes cités précédemment devraient également guider sa nouvelle politique en matière d'investissements internationaux. Ainsi, dans un document interne portant sur la protection des investissements, le droit de réglementer, le développement durable et les droits de l'homme, la Commission a suggéré que les futurs accords d'investissement de l'UE intègrent le droit des États de réglementer de la même manière que les accords de libre-échange le prévoient.

Ce développement est une conséquence directe de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne : puisque le droit des investissements internationaux fait désormais partie de la

¹²⁶ Comm., Communication « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », préc. p. 12.

¹²⁷ UE, *Minimum Platform on Investment*, 15375/06, 27 nov. 2006 (jamais publiée malgré des demandes en ce sens).

¹²⁸ ALE UE-Corée du Sud, art. 15.9.

¹²⁹ Préambule ALE UE-Corée du Sud et art. 13.3, 13.4.3, 13.5.2, 13.7.

politique commerciale commune alors les principes directeurs de cette dernière viennent irriguer cette nouvelle compétence.

Des articles 21 du TUE et 205 du TFUE découle une « obligation constitutionnelle ¹³⁰ » pour l'UE de respecter les principes relatifs à l'action extérieure de l'Union, c'est-à-dire la démocratie, les droits de l'homme, le développement durable, la préservation et l'amélioration de l'environnement, la gestion durable des ressources naturelles mondiales et les principes se dégageant de la Charte des Nations unies. Le Conseil de l'UE a souligné que la politique européenne en matière d'investissements doit « être guidée par les principes et les objectifs de l'action extérieure de l'Union, dont l'État de droit, le respect des droits de l'homme et le développement durable » et qu'elle « doit permettre à l'UE et aux États membres d'adopter et d'appliquer les mesures qui s'imposent pour atteindre des objectifs de politique publique »¹³¹.

Outre les raisons politiques et juridiques évoquées, il est important de rappeler que la politique européenne dans cette matière précise n'est pas isolée des évolutions extérieures du droit international économique. C. Titi¹³² rappelle à ce propos que l'UE négocie ses premières dispositions sur l'investissement avec des pays ayant eux aussi une position favorable au droit de réglementer comme le Canada (AECG) ou les États-Unis (TTIP).

Il convient ensuite de déterminer quels sont les résultats de cette prise de conscience de l'Union européenne de conserver un pouvoir de réglementation à travers les notions de Gold standard et Platinum standard.

§ II – Le passage de l'ancienne à la nouvelle génération de traités bilatéraux d'investissements

La quasi-totalité des accords de promotion et protection des investissements conclus par les États membres sont de l'ancienne génération et contiennent des traces du laisser-faire du droit international des investissements¹³³. Par ancienne génération il faut comprendre qu'il s'agit de traités dont le but principal est la protection des investisseurs. Contrairement aux accords de l'UE, ceux négociés par les États membres étaient peu enclins à prendre en considération les questions portant sur l'intérêt public ; ils privilégiaient la protection des investissements¹³⁴.

Le fait que la politique d'investissement des États membres n'ait pas autant évolué que celle des pays nord-américains n'est pas dû au hasard car ces accords des États membres ont été conçus comme instruments de politique commerciale entre pays développés et pays en voie de développement¹³⁵. Le but premier était de protéger leurs ressortissants et non de sauvegarder un pouvoir de normativité à l'État hôte. En outre, les États membres de l'UE ont eu une exposition minimale à l'arbitrage en tant que défendeurs¹³⁶ et n'ont donc pas eu à faire

¹³⁰ M. Bungenberg, "Preferential Trade and Investment Agreements and Regionalism", in R. Hofmann, S. Schill, Chr. J. Tams (dir.), *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos, 2013, p. 284.

¹³¹ Cons., concl., 25 oct. 2010, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », al. 17.

¹³² C. Titi, Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement, préc.

¹³³ C. Titi, EU Investment agreements and the search for a new balance..., préc.

¹³⁴ Voir exemples des TBI de la France ou de l'Allemagne.

¹³⁵ S. Robert Cuendet, Les investissements intracommunautaires : entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ?, préc., p. 859.

¹³⁶ En 2012, 60 % des recours intentés l'avaient été par les investisseurs de l'UE contre 7,7 % pour les investisseurs américains (v. CNUCED, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement*, préc., p. 4).

face à des interprétations arbitrales leur portant préjudice, les incitant à opérer un changement du système qui leur convenait en grande majorité.

Lorsque le Traité de Lisbonne a conféré à l'UE une compétence exclusive en matière d'investissements directs étrangers, certains États membres ont été réticents à renoncer à leur modèle de TBI comportant des dispositions très favorables aux investisseurs (comme l'Allemagne et les Pays-Bas). Il n'en va pas exactement de même pour la France qui aurait insisté sur la sauvegarde de sa marge de manœuvre notamment par rapport à sa diversité culturelle et linguistique. C. Titi¹³⁷ a souhaité apporter quelques précisions concernant le modèle d'accord français de 2006 : bien qu'il s'agisse d'un Traité de « l'ancienne génération », ce modèle comporte une exception, absente des autres traités européens, qui sauvegarde le droit des parties de réglementer en matière de politique culturelle. Selon cette exception, aucune disposition de l'accord « ne sera interprétée comme empêchant l'une des Parties contractantes de prendre toute disposition visant à régir les investissements réalisés par des investisseurs étrangers et les conditions d'activités desdits investisseurs, dans le cadre de mesures destinées à préserver et à encourager la diversité culturelle et linguistique¹³⁸».

Bien que les solutions dégagées par les États membres présentent de nombreuses divergences, ceux-ci ont insisté sur les dispositions de leurs propres accords notamment concernant les « bonnes pratiques » ou « meilleurs pratiques » ou l'expression de « gold standard ». Ainsi, en 2010, la Commission européenne a précisé que l'UE devait « s'inspirer des meilleurs pratiques qui existent, de sorte qu'aucun investisseur de l'Union européenne ne soit moins bien loti qu'il ne le serait dans le cadre de [TBI] conclus par les États membres¹³⁹».

De la même façon, le Parlement européen a souligné, en 2011, que les futurs accords européens d'investissement devraient « reposer sur les bonnes pratiques issues des expériences des États membres¹⁴⁰ ». Dans les mandats de négociation ont été tenus les mêmes propos concernant les traités de l'UE avec le Canada, l'Inde et Singapour ainsi que le partenariat transatlantique avec les États-Unis¹⁴¹. Selon les « groupes de travail de haut niveau sur l'emploi et la croissance » UE/État-Unis, l'objectif de ce dernier accord serait d'atteindre les plus hauts niveaux de libéralisation et de protection des investissements « que les deux parties aient jamais négociés à ce jour »¹⁴².

Dans une certaine mesure, la notion de « meilleures pratiques » est devenue un synonyme du niveau élevé de protection des investissements assuré par des accords d'ancienne génération en opposition aux dispositions plus favorables pour l'État hôte des accords de nouvelle génération. Cependant, des documents officiels ont clarifié l'idée de protection envisagée et cette clarification ne cadre pas avec la théorie précédemment citée. Ainsi, la Commission européenne a pris soin de préciser dans le cadre de l'accord transatlantique que s'il s'avère qu'il y a en effet besoin d'un niveau de protection très élevé, il s'agit de « niveaux les plus élevés de libéralisation et de protection des investissements que les parties aient jamais négociés à ce jour dans le cadre d'autres accords commerciaux »¹⁴³.

¹³⁷ C. Titi, Le « Droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'UE sur l'investissement, préc., p. 55.

¹³⁸ Modèle d'AAPF français, art. 1(5).

¹³⁹ Comm., Communication « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », préc., p. 12.

¹⁴⁰ PE, Rés., 6 avr. 2011, préc., § 19.

¹⁴¹ Les mandats de négociation ont fuité : www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy/eu-documents/text-of-the-mandates.html.

¹⁴² Mandat de négociation, préc., §§ 15-22.

¹⁴³ Comm., Ouverture des négociations entre l'UE et les États-Unis en vue de la conclusion d'un partenariat transatlantique de commerce et d'investissements (Mémo), Bruxelles, 13 févr. 2013.

Or l'UE ne possédait pas de compétence pour la conclusion d'un accord portant sur la protection des investissements avant le Traité de Lisbonne. À travers cette contribution ressort l'idée que les accords commerciaux sont plus favorables aux objectifs légitimes d'intérêt public tels que les mesures sociales et environnementales. Ainsi, si la déclaration de l'UE et des États-Unis de 2012 sur les principes communs en matière d'investissements internationaux réaffirme l'attachement des parties aux principes fondateurs tels que la « protection solide » pour les investissements, il n'est pas question pour autant que cet attachement perdure au détriment du droit de réglementer de l'État hôte. Cette déclaration considère que : « Les gouvernements peuvent appliquer pleinement ces principes tout en conservant le pouvoir d'adopter et de maintenir les mesures nécessaires leur permettant de réglementer dans l'intérêt général afin de mettre en œuvre certaines politiques publiques ¹⁴⁴».

De plus, l'UE souligne que les parties « ne devraient pas chercher à attirer des investissements étrangers en réduisant la portée de telles mesures ou en évitant de les appliquer ».

De ce fait on se demande comment concilier l'inconciliable ?

Plus concrètement, la question posée est de savoir ce que signifient les « meilleures pratiques » et le « gold standard » prévus dans les documents de l'UE. En observant les documents issus de certaines institutions de l'UE, on remarque que la référence aux « meilleures pratiques » constituerait un moyen d'apaiser les États membres, qui ont été réfractaires vis-à-vis de cette perte de compétence, plutôt qu'une véritable déclaration de politique en matière d'investissements.

En 2010, la Commission européenne donne éventuellement un appui à cette idée de caractère « apaisant ». Ayant établi que « les principes et paramètres » des négociations seront déterminés par les « meilleures pratiques » des États membres, la Commission a précisé qu'il est de son ressort d'esquisser « dans les grandes lignes, le champ d'application et les normes que l'Union devrait fixer par l'intermédiaire des négociations en matière d'investissements internationaux »¹⁴⁵.

Ainsi les modèles de TBI des États membres et leur « gold standard » sont une source d'inspiration pour les futurs accords de l'UE en matière d'investissements mais c'est l'Union *in fine* qui détermine l'étendue et le contenu des protections souhaitables.

Dans la résolution du Parlement du 9 octobre 2013 sur les négociations entre l'UE et la Chine, il est révélé de manière non équivoque cette prise de distance avec le « contenu » du « gold standard » des États membres. Alors que le Parlement estime que l'accord entre l'UE et la Chine doit « reposer sur les bonnes pratiques issues des expériences des États membres », il précise quelles normes celui-ci doit comporter¹⁴⁶. On retrouve ainsi l'interdiction de l'arbitraire manifeste dans la prise de la décision de l'État d'accueil, l'interdiction du déni de justice et de la violation des principes fondamentaux de la procédure et l'interdiction de tout traitement abusif des investisseurs tels la coercition, la contrainte ou le harcèlement.

Ces éléments font entièrement partie de la nouvelle approche de l'UE vis-à-vis du traitement juste et équitable (TJE) que l'UE souhaite expliciter dans les accords futurs¹⁴⁷.

Une telle clause de TJE a déjà été introduite dans l'AECG entre l'UE et le Canada en

¹⁴⁴ Déclaration de l'UE et des États-Unis sur les principes communs en matière d'investissements internationaux, Bruxelles, 10 avr. 2012.

¹⁴⁵ COM(2010)343 final, préc., p. 13.

¹⁴⁶ PE, rés., 9 oct. 2013, préc., § 17.

¹⁴⁷ V. *infra*.

2014¹⁴⁸ et n'a que peu de liens avec les meilleures pratiques des États membres en ce qu'elle constitue une approche nouvelle concernant ce standard de protection.

De manière générale, on constate que, dans tous les documents de l'Union européenne consultables dont les mandats de négociations, les déclarations de principes ou l'accord UE-Canada, découle clairement le fait que les modèles d'accords d'investissement des États membres ont plutôt un rôle accessoire dans les négociations de l'UE. Celle-ci préfère se focaliser sur l'idée de traités de nouvelle génération et marquer une rupture avec les « meilleures pratiques » des États membres. Le « gold standard » des États membres laisse donc la place au nouveau standard délimité par l'UE.

Il est cependant probable qu'en cas de litige, les tribunaux se fonderont sur leurs propres appréciations antérieures des notions, telles qu'elles apparaissaient dans les anciens TBI conclus par les États membres, plutôt que de créer une toute nouvelle approche de ces notions redéfinies. Ainsi, si le « gold standard » des États membres n'est plus une priorité normative, il peut rester une base de compréhension des standards de protection présents dans les nouveaux accords de libre-échange.

L'UE dessine une politique novatrice allant au-delà de la nouvelle génération de traités d'investissement. Certes elle adopte les canons de cette nouvelle génération, mais cette politique apporte aussi de nouveaux éléments permettant de créer un nouveau standard que C. Titi¹⁴⁹ nommera le « *platinum standard* » de l'UE.

Avec cette nouvelle politique, l'UE souhaite déterminer un « meilleur équilibre » entre le droit de l'État de réglementer et la protection des investisseurs¹⁵⁰. Elle souhaite aussi élaborer des normes « plus claires et de meilleure qualité ». La Commission met l'accent sur le droit des parties de poursuivre des objectifs légitimes dans l'intérêt public en précisant que ce « principe » s'appliquera « à toutes les dispositions de protection des investissements contenues dans les accords de l'UE »¹⁵¹.

Déjà, selon les mandats de négociation par lesquels le Conseil a autorisé les négociations en matière d'investissements avec le Canada, l'Inde et Singapour, chaque accord sera « sans préjudice du droit de l'UE et des États membres à adopter et appliquer (...) les mesures nécessaires pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique telles que les mesures sociales, environnementales, de sécurité essentielle, de santé et de sécurité publiques de façon non discriminatoire. L'accord doit respecter les politiques de l'Union européenne et de ses États membres pour la promotion et la protection de la diversité culturelle »¹⁵².

Des propos similaires sont tenus dans le mandat de négociation concernant le partenariat transatlantique entre l'UE et les États-Unis¹⁵³. De ce fait, il n'est guère surprenant de retrouver la diversité culturelle dans le préambule de l'AECG entre l'UE et le Canada et ce Traité précise que pour l'UE les dispositions sur l'établissement des investissements et celles sur le traitement non discriminatoire ne s'applique pas au secteur audiovisuel. De plus, l'AECG contient plusieurs exceptions, y compris pour la sécurité essentielle, et intègre l'article XX du GATT et ses exceptions générales¹⁵⁴.

¹⁴⁸ AECG UE-Canada (2014), chapitre sur l'investissement, art. X.9 §2.

¹⁴⁹ Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement, préc., p. 60.

¹⁵⁰ Comm., Fiche d'information, « Protection des investissements et règlement des différends en entre investisseurs et États dans les accords de l'UE », préc., p. 3.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵² Traduction de C. Titi.

¹⁵³ Mandat de négociation du partenariat transatlantique, préc., §§ 8, 23.

¹⁵⁴ AECG UE-Canada, Chapitre « Exceptions », art. X.02.

Il est très appréciable que soient présentes dans l'AECG les exceptions de l'article XX du GATT dans le sens où le TTIP s'inspire fortement de cet accord. L'incorporation de ces exceptions permettra de sauvegarder le pouvoir normatif de l'Union européenne dans des domaines où les États-Unis expriment moins d'inquiétudes notamment, sur le plan de la santé et de l'environnement. La société civile craint en effet qu'à travers le mécanisme de règlement des différends investisseurs/États, des investisseurs américains puissent influencer sur des réglementations européennes protégeant l'environnement ; or si les exceptions de l'article XX du GATT sont intégrées au TTIP alors le pouvoir normatif de l'État sera préservé.

Cette volonté de la Commission européenne traduit une tendance générale développée depuis plusieurs années en dehors de l'Union européenne consistant à incorporer plus d'équilibre dans les TBI afin de mieux cerner les problématiques actuelles. Ces traités de promotion et de protection des investissements ne sont plus aujourd'hui conclus qu'entre pays développés et pays en voie de développement. De ce fait, les larges protections accordées aux investisseurs créent un déséquilibre en défaveur des États hôtes.

Ce souhait de rééquilibrer le contenu des TBI s'est traduit pas une modification substantielle de ces accords au fil du temps au moyen d'une transition entre accords d'ancienne génération et accords de nouvelle génération. Cette transition démontre la volonté des États de réaffirmer leur pouvoir de réglementer et leur souveraineté économique sur leur territoire. Elle s'est manifestée par une modification substantielle des TBI.

SECTION 2 – UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Nous avons pu constater que l'Union européenne souhaitait s'adapter aux nouvelles tendances du droit international en consacrant de nouveaux accords plus respectueux du pouvoir normatifs de l'État hôte. Nous avons pu déterminer précédemment que l'Union européenne s'était davantage concentrée sur la libéralisation des échanges et des investissements mais, avec sa nouvelle compétence, elle devra aussi déterminer l'étendue de la protection qu'elle souhaite offrir aux investissements étrangers. En raison de la consécration de la normativité des États, l'Union a du redéfinir les standards de protection et notamment le standard principal : le traitement juste et équitable (TJE).

§ I – La nécessité de préciser la notion traitement juste et équitable

Il s'agit d'une des clauses fondamentales présente dans les TBI concernant la protection effective des investissements avec la clause concernant la sécurité pleine et entière.

Cette première clause, non expressément définie dans un texte international faisant consensus a reçu deux interprétations différentes¹⁵⁵. La première consiste à la considérer comme l'expression de la règle coutumière du standard minimum.

La seconde interprétation consiste en revanche en un standard indépendant du standard minimum et plus précis. Il s'agit du standard développé dans la sentence *Tecmed*¹⁵⁶, c'est-à-dire une obligation pour l'État « d'agir d'une manière cohérente, sans aucune ambiguïté et dans le respect de la transparence et des attentes légitimes de l'investisseur ».

Il convient, dans un premier temps, de déterminer le pourquoi de l'incertitude des

¹⁵⁵ W. Ben Hamida, La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, oct. 2008, doctr. 10.

¹⁵⁶ Sentence *TECMED c/ Mexique*, 29 mai 2013, CIRDI, aff. n° ARB(AF)/00/2).

standards de protection. Certes, ce flou est entretenu pour laisser une marge d'appréciation à son interprète, c'est-à-dire les arbitres qui auront à déterminer si ces standards ont été violés ou non, mais la question aujourd'hui se pose sur la nécessité de ce flou voulu qui résulte de la multiplication des normes et de la diversification de leur contenu¹⁵⁷.

À travers une interprétation textuelle des traités, il a été déterminé que les obligations des États hôtes à assurer un traitement juste et équitable ainsi qu'une sécurité pleine et entière aux investisseurs, étaient autonomes par rapport au standard minimum de droit international coutumier¹⁵⁸.

En 2004 paraissait une étude de l'OCDE¹⁵⁹ relative au standard du TJE comportant trois propositions et résumant le débat concernant l'interprétation de cette clause protectrice des investissements.

La première proposition considérait que l'expression TJE reflétait la notion de standard minimum de traitement présent en droit international général. La deuxième proposition donnait plus de poids à cette obligation de l'État hôte en y incluant d'autres sources conventionnelles et les principes généraux du droit. Enfin la dernière considérait le TJE comme une obligation autonome du droit coutumier.

La deuxième solution envisagée n'a rencontré que peu d'engouement dans la jurisprudence. Ainsi seules les sentences *Metalclad Corporation c/ Mexique*¹⁶⁰ et *SD Myers Inc. c/ Canada*¹⁶¹ rendues sur le fondement de l'ALENA ont adopté cette prise de position qui fut remise en cause par l'interprétation officielle de la Commission de libre échange de l'ALENA par la suite qui précisait que : « Les concepts de "traitement juste et équitable" et de "protection et sécurité intégrales" ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers »¹⁶².

Ainsi le débat s'est davantage focalisé sur une appréciation coutumière de ce traitement ou une interprétation au contraire autonome du standard coutumier. Selon C. Crépet-Daigremont¹⁶³, cette différence d'interprétation résulte de la rédaction des clauses de traitement.

Dans l'affaire *Saluka*¹⁶⁴, l'obligation de TJE contenue dans le TBI entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie de 1991 ne contenait aucune référence au droit international coutumier dans sa rédaction. Le tribunal en a donc déduit que cette absence de renvoi au droit coutumier signifiait que ce standard avait un caractère autonome.

En revanche, le Traité conclu entre les États-Unis et l'Argentine prévoyait en son article 2 un traitement juste et équitable, une protection et une sécurité pleine et entière ainsi qu'un traitement conforme au droit international. Dans l'affaire *Azurix*¹⁶⁵, concernant la violation de ce Traité, le tribunal arbitral CIRDI a considéré que cette disposition renvoyait à trois obligations

¹⁵⁷ C. Crépet-Daigremont, III – Fond, A – Les normes de traitement et de protection, *Gaz. Pal.* 14 déc. 2006.

¹⁵⁸ *Contra*, C. Santulli, Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principal général de bonne conduite, *RGDIP* 2010.79.

¹⁵⁹ OCDE, *La norme de traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Dir. des Aff. financières des entreprises, Doc. 2004/3.

¹⁶⁰ Sentence *Metalclad Corporation c/ The United Mexican States*, 30 août 2000, CIRDI, aff. n° ARB(AF)/97/1.

¹⁶¹ Sentence *SD Myers Inc. c/ Gouvernement du Canada*, CNUDCI.

¹⁶² Note interprétative du 31 juill. 2001, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-interpr-fr.asp>.

¹⁶³ C. Crépet-Daigremont, préc.

¹⁶⁴ Sentence partielle *Saluka Investments BV c/ République Tchèque*, 17 mars 2003, CNUDCI.

¹⁶⁵ Sentence *Azurix corp. c/ Rép. argentine*, 14 juill. 2006, CIRDI, aff. n° ARB/01/12.

distinctes : celle d'accorder un traitement juste et équitable, celle d'assurer une protection et une sécurité pleines et entières et celle de ne pas accorder un traitement inférieur à celui requis par le droit international. Ainsi, selon le paragraphe 361 de la sentence, les deux premières obligations sont supérieures à la protection prévue par le droit international qui constitue un plancher et non un plafond. Il faut comprendre dans cette sentence le TJE comme une notion autonome du droit international.

En revanche, dans la décision *Noble Ventures*¹⁶⁶, le tribunal n'a pas considéré que le standard de TJE soit plus élevé que le standard coutumier de droit international alors que la rédaction de la clause était identique dans les deux cas. Au contraire, les arbitres ont considéré que du fait de la première place dans la liste de la clause de TJE, cette clause englobait les deux autres protections prévues.

Ainsi l'interprétation textuelle des clauses de protection des investisseurs n'est pas infaillible dès lors qu'une même disposition peut être interprétée différemment par deux tribunaux.

Où repose l'intérêt de consacrer un caractère autonome au traitement juste et équitable ?

Pour la partie demanderesse, c'est-à-dire l'investisseur, le caractère autonome de la notion permet un élargissement du sens qui lui est donné. C'est ce qui ressort de la décision *Saluka*¹⁶⁷.

Dans cette même décision, le tribunal a considéré que les conséquences de l'autonomie du standard serait plus apparentes que réelles (§291). Pourtant, il distingue le droit coutumier et le droit conventionnel, le premier étant moins exigeant que le second. Ainsi, à travers la conclusion de TBI, les États se sont engagés à encourager les investissements étrangers. Néanmoins les États seulement soumis au droit international coutumier, et non aux traités signés avec d'autres États, sont plus hostiles vis-à-vis des investisseurs ; ce qui justifie que le seuil requis pour établir une violation du TJE soit plus difficile à atteindre en droit coutumier qu'en droit conventionnel.

La deuxième explication au flou résident dans l'interprétation des normes résulte de la diversification du contenu de celles-ci.

Deux standards méritent ici d'être analysés : la protection des attentes légitimes des investisseurs et l'étendue du standard de protection et de sécurité pleine et entière.

§ II – L'incorporation limitée de la notion « d'attentes légitimes »

La sentence *Tecmed*¹⁶⁸, en se fondant sur le principe de bonne foi, a inclus la protection des attentes légitimes dans l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable. La sentence *International Thunderbird*¹⁶⁹ a donné une définition de cette notion :

« Le concept d'attentes légitimes est à relier, dans le contexte du droit de l'ALENA, à une situation où l'attitude d'une partie contractante crée des attentes raisonnables et justifiables

¹⁶⁶ Sentence *Noble Ventures Inc. c/ Roumanie*, 12 oct. 2005, CIRDI, aff. n° ARB/01/11.

¹⁶⁷ Pour l'entreprise *Saluka* par exemple, alors que la norme coutumière ne prévient que des conduites *egregiously unfair*, la norme conventionnelle assure la jouissance d'une « kind of hospitable climate that would insulate them from political risks or incidents of unfair treatment » (§ 286).

¹⁶⁸ Sentence *TECMED c/ Mexique*, 29 mars 2013, CIRDI, aff. n° ARB(AF)/00/2.

¹⁶⁹ Sentence et opinion séparée, *International Thunderbird Gaming corporation c/ États-Unis d'Amérique*, 26 janv. 2006, CNUDCI.

pour l'investisseur s'il agit en conformité avec cette attitude »¹⁷⁰. Dans un premier temps, les arbitres analysent si les attentes de l'investisseur sont légitimes, c'est-à-dire raisonnables et justifiables et si ensuite elles n'ont pas été respectées par l'État. Ces attentes ne peuvent être purement subjectives mais doivent être examinées selon les circonstances de l'espèce comme cela a été précisé dans la sentence *Saluka* au paragraphe 304.

En quoi réside l'intérêt de protéger les attentes légitimes ?

Cette protection consiste à sanctionner les comportements arbitraires et injustifiables des États qui pourraient apparaître comme conformes au droit dans un premier temps. Cependant, au fil du temps et des sentences rendues en matière d'investissements internationaux, il est apparu que ce standard bien trop large permettait aux investisseurs de contester et d'attaquer les politiques des États hôtes même lorsque celles-ci étaient non arbitraires et justifiées. Ainsi, en 2010, Philip Morris a introduit une instance contre l'Uruguay reposant sur le TBI signé entre la Suisse et l'Uruguay. La réglementation uruguayenne en cause concernait les paquets de cigarettes qui devaient être recouvert à 80 % de conseils concernant le tabagisme et comporter divers pictogrammes prévenant des dangers pour la santé. En outre, il était exigé une « présentation simple » interdisant la commercialisation de plus d'un produit du tabac sous chaque marque. Philip Morris a considéré qu'il s'agissait d'une violation du traitement juste et équitable et notamment de ses attentes légitimes, tandis que l'Uruguay expliquait que cette réglementation avait pour but de protéger la santé de ses citoyens. Il ne s'agissait ainsi ni d'un comportement arbitraire, ni d'un comportement injustifiable au sens où l'on pourrait le comprendre. Cette notion de traitement juste et équitable a perdu de son essence passant d'un standard de protection contre des comportements étatiques purement arbitraires à un moyen pour les investisseurs étrangers de faire pression sur les États hôtes de ne pas adopter des législations contraires à leurs intérêts.

La Commission européenne et d'autres acteurs de la scène économique internationale ont considéré que le flou régnant autour de cette notion était responsable de la détérioration du standard de protection et ont donc entrepris de davantage caractériser cette notion.

La Commission a ainsi pu préciser, dans une communication¹⁷¹, que le Traité UE-Canada s'efforcera de donner une vraie définition à ce standard de TJE afin de mettre un terme aux divergences¹⁷² déjà présentes concernant cette notion. Les Professeurs Carreau et Juillard ont pu d'ailleurs relever qu'« après que l'on aura constaté qu'étymologiquement, le traitement juste n'est autre que celui qui est conforme au droit, et que le traitement équitable n'est autre que celui qui est conforme à l'équité, on n'aura guère progressé »¹⁷³.

Par une comparaison entre les TBI des États membres de l'UE et les textes de l'accord UE Canada (AECG) ainsi que les diverses communications de la Commission et les documents fuités, on constate une évolution dans la rédaction de la clause de TJE. La volonté du Canada et de l'UE est bien présente dans l'AECG : préciser le standard du TJE et s'éloigner définitivement de l'idée « d'expression de la règle coutumière du standard minimum ».

¹⁷⁰ « The concept of «legitimate expectations» relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages», § 147.

¹⁷¹ Comm., *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*.

¹⁷² Travaux ayant portés sur le sujet : J. Stone, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*, Leiden, *J. of IL*, vol. 25, p. 77-107; M. Klein Bronfman, "Fair and Equitable Treatment : an Aevolving Standard", *Max Planck Yb of UN Law*, vol. 10, p. 609-680.

¹⁷³ D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^e éd., p. 446.

Cette clause auparavant définie de manière très lacunaire par les différents États membres présente désormais une rédaction bien plus précise du concept. En effet, dans l'article 3 du Traité modèle français de 2006, l'article 2.2 du Traité modèle allemand 2008¹⁷⁴ ou l'article 3 du Traité modèle des Pays Bas la clause de TJE se contentait de faire référence aux principes du droit international sans pour autant donner de véritables précisions permettant de l'apprécier de manière stricte et rigoureuse.

Dans l'AECG, six paragraphes sont consacrés à déterminer les obligations découlant du TJE. Dans plusieurs documents ayant « fuité » (en 2013, avril 2014 et août 2014) se retrouve la volonté de préciser ce standard. En outre, la Commission a rendu publique une version de la disposition du TJE en mars 2014¹⁷⁵.

Dans un premier temps, il est précisé dans les quatre textes, l'ensemble des mesures constitutives d'une violation de l'obligation du traitement juste et équitable.

Ainsi dans le texte consolidé de l'AECG, on retrouve cette liste exhaustive à l'article X.9 §2 du chapitre X relatif aux investissements : « 2. Une Partie ne respecte pas son obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux termes du paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constituent : a) un déni de justice dans le cas d'une procédure criminelle, civile ou administrative ; b) un manquement essentiel à l'application régulière de la loi, y compris un manquement essentiel sur le plan de la transparence dans le cadre d'une procédure criminelle ou administrative ; c) un acte manifestement arbitraire ; d) une forme de discrimination ciblée pour des motifs manifestement injustifiés, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses ; e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement ; f) un manquement aux autres éléments de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article ».

Ainsi, c'est la solution d'une liste de mesures contraires au TJE qui a été adoptée. Cependant, les documents de négociations divergent sur certains points, reflétant ainsi les interrogations auxquelles les rédacteurs ont dû faire face et les choix entrepris.

La première décision porte sur l'abandon de la référence au droit international coutumier. Tandis que le projet de novembre 2013 prévoyait qu'une violation du TJE était caractérisée par tout traitement étatique des investisseurs contraire à la pratique générale des États acceptée comme du droit (*opinio juris*), dans les textes suivants publiés en 2014, cette référence a été tout simplement supprimée. On peut saluer cette suppression dans le sens où « la pratique générale des États » renvoie à une notion trop floue pour être correctement exploitable.

La seconde décision concerne la possibilité de réviser la liste. Les rédacteurs des diverses propositions envisagées ci-dessus n'ont pas souhaité limiter le TJE à la liste de mesures contraires au standard énumérées. Dans la version d'août 2014, il y est inscrit un renvoi au paragraphe 3 du même article, prévoyant une révision du contenu. Cet article 3 est rédigé comme suit : « Les Parties passeront en revue, de façon régulière ou à la demande d'une Partie, le contenu de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. Le Comité sur les services et l'investissement peut formuler des recommandations à cet égard et les présenter au Comité du commerce, pour décision ».

¹⁷⁴ Traité modèle allemand de 2008, article 2.2 : "Each Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investor of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty".

¹⁷⁵ Comm., *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, p. 22.

Cette disposition est à rapprocher de l'article 1131 (2) du Traité ALENA qui prévoit la possibilité pour ses membres d'adopter des notes contraignantes d'interprétation. À travers cette clause de révision se retrouve la volonté des États de préciser au maximum ce standard de protection et de garder un contrôle dessus afin que son usage n'aille pas à contresens de la volonté des États. Le but est certes de protéger les investissements mais pas au détriment du libre arbitre et des droits des États. Cette clause permettra donc aux parties au Traité de régulièrement déterminer si cette notion est trop large ou au contraire trop restrictive.

La dernière décision concerne la protection des attentes légitimes, composante majeure de l'ancienne définition du TJE mais non concernée par la liste exhaustive. Cependant ces attentes légitimes demeurent une composante du TJE dans l'AECG. Dans la version d'avril, la liste exhaustive d'atteintes au TJE comportait un renvoi à la disposition relative aux attentes légitimes. Cependant dans la version consolidée d'août 2014 est seulement présent un renvoi à la clause de révision du contenu. La protection des attentes légitimes semble donc rester une composante du TJE sans toutefois être délimitée par des exemples précis. M. Jadeau¹⁷⁶ la considère donc comme une obligation « semi autonome » par rapport au TJE dans le sens où elle y est toujours rattachée mais est exclue de la liste exhaustive. Le paragraphe 4 de l'article X.9 est ainsi rédigé : « 4. Dans l'application de l'obligation susmentionnée, un tribunal peut tenter de déterminer si une Partie a effectué une représentation particulière auprès d'un investisseur, en vue de susciter un investissement visé, laquelle aurait créé une attente légitime, et sur laquelle un investisseur aurait fondé sa décision d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé avant d'être contrarié par la Partie en question ».

Flavien Jadeau¹⁷⁷ souligne que cette formulation de la protection des attentes légitimes peut être décevante dans le sens où la Commission aurait préféré limiter ces attentes à des « promesses » de l'État¹⁷⁸. En effet, le fait que ces attentes soient exclues de la liste exhaustive ne permet pas de la définir de façon suffisamment précise comme l'UE le souhaitait. En outre, la formulation choisie de « représentation particulière » demeure très floue¹⁷⁹. On peut ainsi considérer que, dans la pratique, l'atteinte aux attentes légitimes demeurera une clause que les investisseurs continueront d'invoquer. Ainsi, malgré la précision apportée à la notion de TJE via la liste exhaustive, sa composante principale sur laquelle reposait la plupart des griefs invoqués par les investisseurs demeure trop large. Il est donc fort probable que si l'atteinte invoquée par l'investisseur à la protection de son traitement juste et équitable ne rentre pas dans les cas énumérés dans la liste exhaustive, il se fondera encore sur « les attentes légitimes » pour attaquer l'État.

La délimitation du TJE peut donc être analysée comme un demi-échec au rééquilibrage entre droits des investisseurs et droits de l'État hôte puisque celui-ci reste soumis au respect des « attentes légitimes » des investisseurs internationaux, terme très vague pouvant englober de nombreuses actions de l'État : une réglementation mise en place depuis longtemps, une communication non liante du gouvernement, une jurisprudence constante...

Il s'agit d'un échec aussi dans le sens où la Commission souhaitait abandonner les

¹⁷⁶ F. Jadeau, L'Accord de libre-échange UE/Canada et sa nouvelle définition du standard du traitement juste et équitable : davantage de précision pour une interprétation canalisée, *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles/Versailles University Arbitration Journal*, n° 1, oct. 2014, p. 11.

¹⁷⁷ F. Jadeau, préc.

¹⁷⁸ Comm., *Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord de libre-échange UE-Canada*, p. 2 : « La violation d'attentes légitimes est limitée aux situations dans lesquelles l'investissement n'a été effectué qu'en raison d'une promesse faite par l'État mais non tenue par la suite ».

¹⁷⁹ F. Jadeau, préc. : « Moins précise, le spectre des comportements étatiques pouvant constituer une violation des attentes légitimes des investisseurs est élargi ».

références au « droit international coutumier » et les différences d'interprétation entre tribunaux arbitraux mais le maintien d'une telle disposition sur les « attentes légitimes » ne participe pas à une clarification du TJE et à une cohérence de la « jurisprudence » arbitrale.

§ III – La délimitation de la clause d'expropriation

En outre, il faut préciser que l'Union européenne souhaite modifier les dispositions classiques relatives à la clause d'expropriation.

Pour l'expropriation indirecte, l'UE admet une disposition équivalente à l'exception de l'annexe B de l'accord conclu par les États-Unis¹⁸⁰ et le Canada. D'après cette clause, hormis dans de rares cas où une mesure est tellement rigoureuse qu'elle paraît manifestement excessive, les mesures non discriminatoires conçues et appliquées dans un but de protection légitime du bien-être public (santé, sécurité, environnement) ne constituent pas une expropriation indirecte¹⁸¹. Cette disposition est absente des traités actuels des États membres de l'UE.

Pour la Commission, l'introduction de cette clause dans les nouveaux accords a pour but, entre autres, d'assurer qu'un investisseur qui intente une procédure contre un État hôte ne soit pas indemnisé seulement du fait d'une modification réglementaire décidée par un État pour atteindre un objectif d'intérêt public¹⁸². Cette clause rappelle le débat crucial existant entre l'expropriation et le droit de réglementer, autrement dit comment distinguer une expropriation indirecte et une réglementation non indemnisable faite dans l'intérêt général ?

La solution retenue va à l'encontre de la solution classique plus protectrice des investisseurs. Mais elle permet dans la logique des accords de nouvelle génération de protéger la capacité de normativité des États hôtes.

¹⁸⁰ Modèle d'APPI des États-Unis (2004 et 2012), annexe B, § 4 (b).

¹⁸¹ Chap. sur l'investissement de l'AECEG, ann. X.11 « Expropriation », § 3. Le texte initial proposé par l'UE soumettait cette exception au principe de proportionnalité.

¹⁸² Comm. UE, *Fiche d'information « Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE »*, préc., pp. 5, 9 – Memorandum (UE), Investment protection does not give multinationals unlimited rights to challenge any legislation (communiqué par John Clancy) : Bruxelles, 20 déc. 2013, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1008>.

CONCLUSION

Cette étude a permis de mieux cerner les enjeux et finalités de l'inclusion du droit de l'Union européenne dans le droit des investissements internationaux. Deux pistes, intrinsèquement liées, ont pu être développées.

Dans un premier temps, nous avons pu constater qu'à l'intérieur de l'Union, la Commission et la Cour de justice s'attachent à garantir la cohérence du droit communautaire. L'immixtion du droit de l'Union dans le droit des investissements ne s'est pas réalisée, tant dans un souci d'élargir les compétences commerciales de l'Union, que dans une volonté de sauvegarder la cohérence du droit de l'Union. Les règles matérielles présentes dans les TBI étaient contraires à certaines règles européennes, et les tribunaux arbitraux statuaient en se fondant plus sur le droit international que sur le droit communautaire. De ce fait, ces deux éléments du droit international (les TBI et le recours à la justice arbitrale) devaient être écartés afin de protéger le droit communautaire. Cette manière de procéder n'est certes pas respectueuse de l'idée de « dialogue des juges » mais permet de protéger l'ordre juridique européen. Les raisons invoquées par l'Union européenne pour acquérir une compétence dans la matière du droit des investissements peuvent être critiquables dans le sens où l'acquisition de cette compétence n'était pas l'unique moyen et le « moins grand mal » pour résoudre les difficultés qu'elle invoquait comme la non-discrimination entre les ressortissants européens. En outre, la raison invoquée concernant l'interprétation exclusive du droit de l'Union par la Cour de justice n'est pas pertinente car les tribunaux des États membres et de l'Union n'ont pas une compétence exclusive pour appliquer le droit de l'Union. Cependant, la compétence de l'Union nouvellement acquise a permis d'aplanir les difficultés résultant du contact entre droit communautaire et droit des investissements internationaux. En supprimant peu à peu les TBI, l'Union gardera une mainmise sur le droit communautaire des investissements.

En outre, la question initiale du droit applicable dans une sentence n'est toujours pas résolue. Supposons, par exemple, que la Turquie rentre dans l'Union européenne, elle a tissé des liens économiques et juridiques avec des membres au moyen de TBI. Qu'advient-il de ces TBI si un litige survient et qu'un tribunal saisi se déclare compétent ? La situation sera alors identique aux situations analysées dans cette étude qui n'ont trouvé d'autre solution qu'une pression juridique de l'Union européenne sur l'État membre condamné.

Ainsi, au niveau intracommunautaire, si la question de l'arbitrage n'est pas tranchée, la problématique liée à la transition entre l'avant et l'après Lisbonne pourra être résolue au fur et à mesure que l'Union exercera pleinement sa compétence exclusive.

Cette compétence acquise par l'Union européenne lui a permis d'exercer une influence sur la scène des investissements internationaux.

Il ne s'agit plus exactement des mêmes enjeux que dans le cadre des investissements intracommunautaires. Dans ce domaine intra-UE, l'enjeu principal était de conserver la cohérence du droit de l'Union européenne face à la « menace » que représentait la mise en œuvre du droit des investissements internationaux. Or, sur le plan international, il ne s'agit pas de trouver une solution à la confrontation de deux droits mais de créer un nouveau droit de l'investissement international en perfectionnant le droit positif. C'est ce que l'Union s'efforce de faire en proposant diverses mesures destinées à corriger les dérives et incohérences de ce droit. Sur le plan matériel, cette action s'est traduite par la volonté de préciser les normes de protection afin de rééquilibrer le rapport de force existant entre l'investissement étranger et l'État hôte. Sur le plan procédural, les communications de l'Union visent davantage à mieux

encadrer l'arbitrage afin d'y apporter plus de transparence et plus de cohérence. Ce deuxième aspect du droit des investissements internationaux renouvelé contient cependant, tout comme dans le volet intracommunautaire, l'idée de contrôle. L'Union souhaite conserver un contrôle responsable sur les règles d'arbitrage sans pour autant remettre en question ce mode de règlement des différends propre à l'investissement international.

Ainsi l'action globale de l'Union européenne vise à étendre ses compétences dans ce domaine dont elle était absente auparavant, qui génère un nombre important de relations économiques et juridiques. Cependant, l'extension du champ de compétence de l'Union s'organise dans l'idée de maintenir un contrôle et une cohérence du système afin de conserver la cohésion du droit de l'Union. Cette approche juridique de l'action de l'Union s'inscrit dans la tradition européenne de développement de ses compétences et de protection de son droit.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Précis Dalloz, 5^{ème} édition, 2013

C. Leben, C. Kessedjian, *Le droit européen et l'investissement*, sous la direction de Charles Leben et Catherine Kessedjian, Actes du colloque du 27 avril 2009 – Paris, organisé par le collège européen de Paris, LGDJ diffuseur 2009

Périodiques

C. Leben, « Introduction du colloque », *Le droit européen et l'investissement*, sous la direction de Charles Leben et Catherine Kessedjian, Actes du colloque du 27 avril 2009 – Paris, organisé par le collège européen de Paris, LGDJ diffuseur 2009

L. Azoulai, W. Ben Hamida, « La protection des investissements par le droit primaire – Droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches », *Le droit européen et l'investissement*, LGDJ diffuseur 2009

B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'union européenne », *Revue Générale de Droit International Public*, 2007

M. Burgstaller, « Les aspects procéduraux de l'arbitrage – Qui est partie ? Le rôle de la Commission européenne », *Le droit européen et l'investissement*, LGDJ diffuseur 2009

E. Gaillard, « Entretien 5, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitables ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* No. 5, septembre 2013

B. Poulain, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *Revue Générale de Droit International Public*, 2009

B. Poulain, M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *RGDIP*, 2011

Sabrina Robert-Cuendet, « Les Investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? » *RGDIP*, 2011

S. Lemaire, M. Laazouzi, « Chronique de droit arbitral, droit des investissements », *Revue de l'arbitrage*, 2014

Gérard Anou, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI », *Journal du droit international (Clunet)* n° 2, 2015

J.S. Bergé, « La doctrine des interactions du droit international et européen (à propos d'un ouvrage sur « Union européenne et droit international »), *Journal du droit international* n° 3, 2013

E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement », *Arbitrage et droit de l'UE* sous la direction de Pierre Mayer, Actes du colloque du 4 novembre 2011 – Paris, organisé par le Comité français de l'arbitrage en partenariat avec Credimi et collège européenne de Paris, p. 160

- S. Menétrey, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *Journal du droit international* n° 4, 2010
- J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des Etats membres de l'Union européenne de conclure des traits bilatéraux d'investissement », *Le droit européen de l'investissement*, 2009
- P. Tercier, « Voie de recours », *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, 2009
- E. Gaillard, « L'Arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.*, 2007
- B. Stern, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseurs », *Rev. Arb.* 2007
- C. Titi, « Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *Journal du Droit international*, 2015
- W. Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *Journal du droit international* n° 4, 2008
- C. Crépet-Daigremont, « III – Fond, A- Les normes de traitement et de protection », *Gazette du Palais*, 2006
- Flavien Jadeau, « L'Accord de libre-échange UE/Canada et sa nouvelle définition du standard du traitement juste et équitable : davantage de précision pour une interprétation canalisée », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, 2014

Sites internet

Site internet Légifrance <http://www.legifrance.gouv.fr>

Site internet des sentences CIRDI <http://italaw.com>

Site internet de la CJUE <http://curia.europa.eu>

Site internet de la Commission européenne <http://ec.europa.eu>

Site internet du Parlement européen <http://europarl.europa.eu>

Site internet de la législation européenne : <http://eur-lex.europa.eu>

Site internet de l'OCDE <http://oecd.org/fr/>

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
PREMIÈRE PARTIE UNE COORDINATION NON ABOUTIE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	13
CHAPITRE 1 – L'ÉVOLUTION D'UNE CONFRONTATION INÉLUCTABLE	13
SECTION 1 – UNE EXTENSION DES COMPÉTENCES EUROPÉENNES MENANT A UNE REMISE EN CAUSE DES TRAITÉS CONCLUS ENTRE ÉTATS TIERS ET ÉTATS MEMBRES	14
SECTION 2 – UNE EXTENSION DES FRONTIÈRES EUROPÉENNES MENANT A UNE REMISE EN CAUSE DES TRAITÉS CONCLUS ENTRE ANCIENS ET NOUVEAUX ÉTATS MEMBRES	16
SECTION 3 – L' <i>AMICUS CURIAE</i>	24
CHAPITRE 2 – ENJEUX ET FINALITÉS DE LA COMPÉTENCE EUROPÉENNE	27
SECTION 1 – LES FONDEMENTS DE CETTE COMPÉTENCE	27
SECTION 2 – LA CONTESTATION DU RECOURS À L'ARBITRAGE	30
§ I – La lutte contre la discrimination	31
§ II – L'interprétation exclusive de la Cour	32
§ III – Le recours impossible à la question préjudicielle	34
SECTION 3 – LES CRITIQUES DE LA COMPÉTENCE DE L'UNION	35
§ I – L'extrapolation de la compétence	35
§ II – L'obligation de passer par une phase de transition	35
§ III – La transmission délicate de la substance des Traités bilatéraux d'investissement	36
§ IV – La solution de l'accord mixte	38
§ V – Le futur du réseau des Traités bilatéraux d'investissement	39
DEUXIÈME PARTIE UNE INFLUENCE ÉTABLIE DE L'UNION EUROPÉENNE MENANT À UNE RÉFORMATION DU SYSTÈME D'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	41
CHAPITRE 1 – UNE VOLONTÉ DE RÉFORMER L'ARBITRAGE À TRAVERS LA TRANSPARENCE ET LA COHÉRENCE	41
SECTION 1 – LA PLACE DE L'UNION AU SEIN DU SYSTÈME D'ARBITRAGE ACTUEL	42
SECTION 2 – LA RECHERCHE DE COHÉRENCE AU SEIN DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	44
§ I – Un défendeur unique	45
§ II – Une institution permanente et plus cohérente permettant une unité de lieux	47
SECTION 3 – LA RECHERCHE D'UNE TRANSPARENCE ACCRUE	50
§ I – La levée du secret de l'arbitrage	51
§ II – L'intervention des <i>amici curiae</i>	53
CHAPITRE 2 – LE RÉÉQUILIBRAGE DU CONTENU MATÉRIEL DES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT	53
SECTION 1 – UNE NÉCESSITÉ DE RÉGLEMENTER	54
§ I – Le renouveau de la capacité normative des États	54
§ II – Le passage de l'ancienne à la nouvelle génération de traités bilatéraux d'investissements	57
SECTION 2 – UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	61
§ I – La nécessité de préciser la notion traitement juste et équitable	61
§ II – L'incorporation limitée de la notion « d'attentes légitimes »	63
§ III – La délimitation de la clause d'expropriation	67
CONCLUSION	68
BIBLIOGRAPHIE	71

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>

