



INSIGHT

## L'ARRÊT DE LA GRANDE CHAMBRE DE LA CJUE DU 6 MARS 2018 DANS L'AFFAIRE *ACHMEA*: LA FIN DES TBI EUROPÉENS?

SABRINA ROBERT-CUENDET\*

**ABSTRACT:** The *Achmea* case (Court of Justice, judgment of 6 March 2018, case C-284/16) gave the opportunity to the Grand Chamber of the Court of Justice to settle a longstanding controversy: investment arbitration is contrary to the principle of the autonomy of the European Union legal order. The reach of the decision, which was delivered in the context of an intra-EU BIT, goes far beyond the issues of arbitration and treaties concluded between Member States. This *Insight* explores the basis of the legal reasoning of the decision of the Court – which contributes to the consolidation of the European constitutional identity – and considers its consequences for the future of investment treaties of the European Union and its Member States.

**KEYWORDS:** autonomy of the EU legal order – EU's jurisdictional system – jurisdictional monopoly of the CJEU – investment treaty – investor-State dispute settlement – applicable law.

### I. INTRODUCTION

“Les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence”.<sup>1</sup>

Par son arrêt du 6 mars 2018, la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne met un terme à une controverse longue de plus de dix ans: les traités

\* Professeur de droit public, Le Mans Université, [sabrina.robert-cuendet@univ-lemans.fr](mailto:sabrina.robert-cuendet@univ-lemans.fr).

<sup>1</sup> Cour de justice, arrêt du 6 mars 2018, affaire C-284/16, *Achmea* [GC], par. 62.

d'investissement conclus entre États membres de l'Union européenne sont incompatibles avec le droit de l'Union.

Dans cette affaire, la Cour était saisie, dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel, par le *Bundesgerichtshof* (la Cour fédérale de justice allemande), lui-même compétent pour connaître d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale rendue le 7 décembre 2012 par un tribunal de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) dans l'affaire *Achmea c. Slovaquie* (antérieurement affaire *Eureko c. Slovaquie*).<sup>2</sup> On se souvient que le tribunal, saisi sur le fondement du traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu en 1991 par les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, avait déjà, lors de la phase d'examen de sa compétence, été confronté à la question de la compatibilité du traité avec le droit de l'Union européenne. La Commission européenne avait présenté des observations au tribunal, aux fins de soutenir que le TBI de 1991 était incompatible avec le droit de l'UE et de le convaincre de décliner sa compétence.<sup>3</sup> Elle reprenait ici des arguments qu'elle avait déjà développés dans le cadre de précédentes affaires impliquant des différends entre un investisseur européen et un État membre de l'Union. Le tribunal *Achmea*, comme au demeurant l'ensemble des autres tribunaux arbitraux saisis de cette question, n'avait pas donné suite à cette exception d'incompétence.<sup>4</sup>

La situation dont il était question dans l'affaire *Achmea*, comme dans bien d'autres, résulte d'une *anomalie*: l'existence d'un traité d'investissement contenant une clause d'arbitrage entre deux États membres de l'Union est rendue possible uniquement du fait des derniers élargissements qui ont fait entrer dans l'Union des États d'Europe de l'Est. Or, à l'égard de ces derniers, les États d'Europe de l'Ouest avaient pu nourrir, par le passé, une certaine méfiance quant à la manière dont seraient traités leurs investisseurs par l'administration et la justice locales. Cette méfiance avait justifié la conclusion de TBI.

Il peut clairement être déduit de la décision du 6 mars 2018 que tous ces TBI intra-UE doivent être tenus pour incompatibles avec le droit de l'Union. Plusieurs arguments avaient été avancés, notamment par la Commission européenne, pour arguer de l'incompatibilité de ces traités avec le droit de l'Union.<sup>5</sup> Mais la Cour s'est focalisée, à la

<sup>2</sup> Cour Permanente d'Arbitrage, sentence du 7 décembre 2012, n° 2008-13, *Achmea B.V. c. République slovaque* (antérieurement *Eureko B.V. c. Slovaquie*).

<sup>3</sup> L'avertissement était clair: "there is a related risk that the Arbitral Tribunal might render an award that is not compatible with EU law. An arbitral award that has been rendered in violation of EU law may not be executed and enforced in an EU Member State. A Member State that would do so nonetheless, risks infringement proceedings". Extrait des observations écrites de la Commission européenne, v. Cour Permanente d'Arbitrage, décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension du 26 octobre 2010, n° 2008-13, *Achmea B.V. c. République slovaque* (antérieurement *Eureko B.V. c. Slovaquie*), par. 194.

<sup>4</sup> V. la liste des procédures arbitrales dans lesquelles la Commission européenne est intervenue, reprise par l'AG Melchior Wathelet dans ses conclusions sur l'affaire (Conclusions de l'AG Wathelet présentées le 19 septembre 2017, affaire C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea B.V.*, note 7).

<sup>5</sup> La Commission s'était d'abord positionnée sur le terrain du droit international public – et plus particulièrement sur la Convention de Vienne sur le droit des traités – pour avancer que les TBI intra-

demande du *Bundesgerichtshof*, sur la clause d'arbitrage contenue à l'art. 8 du traité de 1991. Elle a constaté que ce dispositif de règlement des différends, extérieur au système juridictionnel de l'UE, était de nature à menacer l'autonomie du système juridique de l'Union. Or, l'ensemble des TBI intra-UE prévoit un dispositif similaire. L'ensemble de ces accords est donc frappé par l'incompatibilité qui vient d'être mise à jour par la Cour.

Mais l'arrêt du 6 mars 2018 dépasse le seul cadre des TBI intra-UE. Si la Commission a toujours veillé à distinguer la situation de ces traités de celle des accords conclus avec des États tiers, rien ne permet de conclure que la Cour partage ce point de vue, du moins s'agissant de l'articulation entre les mécanismes juridictionnels de règlement des différends en matière d'investissement – l'*Investor-State Dispute Settlement* – et le droit de l'Union. Au contraire, la Cour s'est, dans cet arrêt, plus que jamais posée en gardienne de l'*identité constitutionnelle* de l'Union qu'aucun accord international ne doit venir menacer. La conception absolue que la Cour se fait du principe d'autonomie de l'ordre juridique européen semble laisser peu de place au maintien des mécanismes actuels de règlement des différends en matière d'investissement.

## II. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT À L'ÉPREUVE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'UNION EUROPÉENNE

La question de la compatibilité des traités d'investissement avec le droit de l'Union européenne a donné lieu à des controverses multiples, des questionnements souvent extrêmement techniques et complexes et une littérature surabondante. La demande de décision préjudicielle du *Bundesgerichtshof* portait sur l'interprétation des art. 18, 267 et 344 TFUE. La Cour a traité ensemble les questions relatives à l'interprétation des art. 267 et 344 et n'a pas eu à trancher celle relative à l'art. 18.<sup>6</sup> Se posaient alors, d'une part, la question de savoir si l'art. 344 TFUE par lequel "[l]es États membres s'engagent à

européens s'étaient éteints de manière implicite, avec l'accession des nouveaux États d'Europe de l'Est à l'Union européenne. La Commission a également mis en avant le fait que les garanties substantielles et procédurales contenues dans les TBI et dont seuls pouvaient bénéficier ceux des investisseurs européens en position de pouvoir invoquer un tel traité causaient une discrimination à l'égard des investisseurs européens privés de l'accès à ces instruments.

<sup>6</sup> Il était question de déterminer si le recours privilégié à l'arbitrage prévu dans le TBI entraînait une discrimination au sens de l'art. 18 TFUE. Il est dommage que la Cour n'ait pas eu à se prononcer sur cette question car la réponse n'est sans doute pas aussi claire qu'elle y paraît. Une question comparable avait été posée au Conseil constitutionnel français saisi de la question de la compatibilité de l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, avec la Constitution du 4 octobre 1958. Dans sa décision du 31 juillet 2017, le Conseil a rejeté le moyen (v. Conseil constitutionnel français, décision du 31 juillet 2017, n° 2017-749 DC, par. 35-42). Pourtant on peut continuer à se demander si le fait que certains investisseurs peuvent invoquer un traité d'investissement tandis que d'autres ne le peuvent pas, du seul fait d'une nationalité différente qui, en droit des investissements est ou ne peut plus évanescence, peut réellement être justifié au titre de l'existence de "situations objectivement distinctes".

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" devait s'appliquer aux différends entre États membres et personnes privées et, d'autre part, celle de déterminer si les litiges d'investissement portés à la connaissance d'un tribunal arbitral sur le fondement d'un TBI relevaient de ceux qui sont "relatifs à l'interprétation ou l'application" des traités européens. En creux, l'équivalence des garanties juridiques contenues dans les TBI et celles offertes par le droit de l'Union pouvait également être examinée. Se posait encore la question de savoir si les tribunaux d'investissement peuvent être considérés comme des tribunaux d'un des États membres au sens de la jurisprudence de la Cour et être autorisés à recourir à la procédure du renvoi préjudiciel.

Toutes ces interrogations, et d'autres, ont été minutieusement examinées par l'AG Melchior Wathelet, dans ses conclusions présentées le 19 septembre 2017. Dans une analyse qui n'emporte pas toujours la conviction, l'Avocat général a considéré que les tribunaux qui pouvaient être constitués en vertu des traités d'investissement devaient être considérés comme des tribunaux d'un État membre en position de pouvoir poser une question préjudicielle à la Cour. Il a également considéré que les litiges d'investissement, sur le fondement des traités d'investissement, n'étaient pas de ceux qui sont relatifs à l'interprétation ou l'application du droit de l'Union européenne. Par conséquent, l'Avocat général a conclu à l'absence d'incompatibilité entre le traité d'investissement en cause et le droit de l'Union européenne.

La Cour de justice a totalement désavoué ces conclusions. Sans ignorer les questions techniques qui lui étaient posées, c'est en se retranchant derrière le principe d'autonomie de l'ordre juridique européen qu'elle a conclu à l'incompatibilité du TBI en question.

On sait que ce principe a d'abord été dégagé par la Cour pour poser le cadre d'articulation entre le droit de l'Union européenne et le droit des États membres. Mais sa portée a ensuite été étirée pour appréhender également l'articulation entre le droit européen et le droit international, et plus spécifiquement les accords internationaux auxquels sont parties les États membres. Comme le rappelle la Cour au point 33 de l'arrêt "[s]elon une jurisprudence [constante], l'autonomie du droit de l'Union, au regard tant du droit des États membres que du droit international, se justifie en raison des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit, relatives, notamment à la structure constitutionnelle de l'Union ainsi qu'à la nature même dudit droit"; et d'ajouter, "[l]e droit de l'Union se caractérise en effet par la circonstance d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes".

La Cour de justice a progressivement façonné ce principe d'autonomie pour en faire le substrat de l'identité constitutionnelle européenne. De l'avis 1/91 (Accord sur l'Espace

économique européen) du 14 décembre 1991<sup>7</sup> à l'avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme) du 18 décembre 2014,<sup>8</sup> en passant par l'arrêt *Mox* du 30 mai 2006,<sup>9</sup> la Cour a construit une conception de l'autonomie de l'ordre juridique européen qui ne peut souffrir d'aucune *intrusion* du droit *extérieur*. La Cour de justice s'est également érigée en gardienne de cette autonomie. Elle le rappelle dans l'arrêt du 6 mars 2018 qui vient parachever cette construction: "[p]our garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union";<sup>10</sup>

"la clef de voûte du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue du juge à juge, précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités".<sup>11</sup>

Autrement dit, pour la Cour, l'intégrité du droit de l'Union européenne ne peut être assurée qu'à la condition qu'elle conserve un monopole absolu sur l'interprétation de ce droit. Cette conception jusqu'au-boutiste du principe d'autonomie n'est pas loin de correspondre à une revendication d'insularité, où la Cour serait le seul maître en son royaume. Est-il nécessaire de rappeler qu'il existe en réalité de nombreuses situations dans lesquelles d'autres instances et d'autres tribunaux, internes et internationaux, sont mis en position d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union pour souligner combien cette position est irréaliste? Le simple fait de s'interroger sur la possibilité qu'une situation soit régie par le droit de l'Union revient à interpréter, ne serait-ce que *prima facie*, ce droit.

Toujours est-il que s'agissant des tribunaux d'investissement, là où le bât blesse pour la Cour, c'est qu'ils sont clairement des tribunaux extérieurs au système juridictionnel mis en place par les traités. Mais ils sont aussi en position de pouvoir connaître de l'interprétation ou de l'application du droit de l'Union.

La Cour considère en effet, à juste titre, que le tribunal d'investissement qui peut être saisi sur le fondement du TBI entre la Slovaquie et les Pays-Bas n'est pas une "juridiction d'un des États membres", au sens de l'art. 267 TFUE. Là où l'Avocat général avait repris tous les critères dégagés par la jurisprudence pour examiner cette question,<sup>12</sup> la

<sup>7</sup> Cour de justice, avis 1/91 du 14 décembre 1991.

<sup>8</sup> Cour de justice, avis 2/13 du 18 décembre 2014.

<sup>9</sup> Cour de justice, arrêt du 30 mai 2006, affaire C-459/03, *Commission des Communautés européennes c. Irlande* [GC].

<sup>10</sup> *Achmea*, cit., par. 35.

<sup>11</sup> *Ibid.*, par. 37.

<sup>12</sup> L'origine légale du tribunal en question, la permanence du tribunal (ici l'Avocat général considère, de manière fort contestable, que la permanence est assurée par l'institutionnalisation du choix de

Cour se contente de souligner – mais c’est assez pour convaincre – que “le tribunal arbitral ne constitue pas un élément du système juridictionnel établi aux Pays-Bas et en Slovaquie. C’est d’ailleurs précisément le caractère dérogoire de la juridiction de ce tribunal, par rapport à celle des juridictions de ces deux États membres, qui constitue l’une des principales raisons d’être de l’article 8 du TBI”.<sup>13</sup>

Il est fort difficile de contester cette vue, sans nier les spécificités de l’arbitrage d’investissement. Que le tribunal soit institué de manière *ad hoc* ou dans un cadre institutionnalisé (comme en l’espèce dans le cadre de la CPA), que le recours à ce mode de règlement des différends ait été prévu dans une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou qu’il ait été offert par l’État dans le cadre d’une loi ou d’un traité, l’arbitrage d’investissement est marqué par le principe d’autonomie de la volonté des parties. C’est une instance internationalisée, qui tire son existence et son pouvoir de juger de la volonté des deux parties, étatique et privée. Cette mixité de l’institution est d’ailleurs à la source des principales critiques adressées à l’arbitrage d’investissement, comme instrument de *justice privée*. Il serait donc paradoxal d’y voir un dispositif qui ne procède, en réalité, que de l’ordre juridictionnel de l’État défendeur. Son *extériorité* a été conçue comme un gage d’indépendance et d’impartialité. Ici, il en résulte l’impossibilité d’accéder à la procédure de renvoi préjudiciel prévue par l’art. 267 TFUE, qui aurait permis un lien avec le système juridictionnel de l’Union.

La Cour poursuit son raisonnement pour appuyer l’idée que le tribunal d’investissement est extérieur à ce système en relevant que celui-ci n’est, par principe, soumis à aucun contrôle du juge européen. Si les juridictions allemandes étaient compétentes pour connaître du recours en annulation contre la sentence du 7 décembre 2012, c’est que les parties au différend avaient choisi Francfort-sur-le-Main comme siège de l’arbitrage. Mais indépendamment de cette circonstance de fait, due au choix des parties dans l’espèce, rien ne garantit, dans le cadre d’un arbitrage *ad hoc*, que le juge d’appui d’un tribunal arbitral ayant à connaître d’un différend intra-européen soit nécessairement un juge européen.<sup>14</sup>

Pour achever son raisonnement, la Cour relève qu’un tribunal tel que celui visé à l’art. 8 du TBI est en position de connaître de “litiges pouvant porter sur l’application ou l’interprétation de ce droit”.<sup>15</sup> L’Avocat général avait considéré que tel n’était pas le cas

l’arbitrage dans le traité; c’est confondre le tribunal et le principe de l’arbitrage), le caractère obligatoire de la compétence des tribunaux, la nature contradictoire de la procédure, l’application par le tribunal des règles de droit et l’indépendance et l’impartialité des juges.

<sup>13</sup> *Achmea*, cit., par. 45.

<sup>14</sup> *Ibid.*, par. 50-53. Il va sans dire que dans le cadre des arbitrages du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), cette analyse vaut *a fortiori* compte tenu que le contrôle des sentences arbitrales échappe au contrôle de tout juge étatique, y compris au stade de l’exécution des sentences. L’art. 54 de la Convention de Washington dispense en effet les sentences CIRDI de la procédure d’exequatur.

<sup>15</sup> *Ibid.*, par. 55.

dans la mesure où, d'une part, le tribunal de l'art. 8 n'avait pas à appliquer le droit de l'Union, en tant que tel et, d'autre part, le champ d'application matériel du TBI ne se superposait pas à celui du droit de l'Union.<sup>16</sup> La Cour raisonne de manière différente en relevant que "par la conclusion du TBI, les États membres parties à celui-ci ont instauré un mécanisme de résolution de litiges opposant un investisseur à un État membre susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit".<sup>17</sup> C'est donc pour avoir soustrait à la compétence du juge de l'Union des litiges pouvant avoir trait au droit européen que la Cour considère que les États membres ont contrevenu au droit de l'Union.

Ici quelques précisions sont nécessaires pour comprendre la portée de cette affirmation. Le degré d'interaction de l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'Union peut, en principe, différer selon ce que prévoit le TBI applicable. En l'espèce, le traité entre la Slovaquie et les Pays-Bas prévoit que le tribunal arbitral "statue en droit, en tenant compte notamment, mais non exclusivement [...] du droit en vigueur de la partie contractante concernée". Même si la formule n'est pas des plus claires, il ressort de cette disposition que le droit applicable au fond comprend le droit de l'État défendeur, y compris le droit de l'Union dans le cas d'un État membre. Mais le droit applicable peut varier d'un TBI à un autre. Certains limitent la compétence de fond du tribunal aux dispositions du TBI, d'autres l'étendent uniquement au droit international, quand d'autres encore ne contiennent aucune précision à ce sujet (c'est alors le principe d'autonomie de la volonté des parties qui s'applique). La question de l'applicabilité du droit de l'Union à un arbitrage d'investissement se complique encore compte tenu du statut de ce droit : doit-il être considéré comme du droit international, auquel cas il s'articule avec le traité d'investissement selon les règles du droit international général? Ou doit-il être considéré comme du droit interne et être relégué au rang de simple fait juridique? De la réponse,<sup>18</sup> peut dépendre l'aptitude du tribunal arbitral à interpréter et appliquer (directement) le droit de l'Union et, par conséquent, à faire concurrence au monopole juridictionnel du juge de l'Union. Pourtant, même dans l'hypothèse où seul le TBI est applicable, il n'est pas impossible que le tribunal arbitral examine la conformité du comportement de l'État au droit de l'Union. C'est le cas par exemple en cas d'allégations de traitement injuste et inéquitable qui requerraient de vérifier, en amont, si l'attitude de l'État est conforme ou non à son droit interne. Dès lors, indépendamment du droit ap-

<sup>16</sup> Conclusions de l'AG Wathelet, *Achmea*, cit., par. 160 *et seq.*

<sup>17</sup> *Achmea*, cit., par. 56.

<sup>18</sup> La jurisprudence arbitrale est abondante et relativement complexe. V. CIRDI, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, n° ARB/07/19, *Electrabel S.A. c. République de Hongrie*, par. 4.118: "EU law has a multiple nature: on the one hand, it is an international legal regime; but on the other hand, once introduced in the national legal orders of EU Member States, it becomes also part of these national legal orders".

plicable au fond *en tant que tel*, le droit de l'Union peut toujours tomber sous l'emprise interprétative du tribunal, que ce soit de manière directe ou indirecte.

Ce qui est remarquable dans l'arrêt de la Cour, c'est qu'il ne laisse rien entrevoir de toutes ces nuances. Ce qui importe pour la Cour c'est que les Pays-Bas et la Slovaquie ont soustrait au dispositif juridictionnel européen des différends qui peuvent potentiellement relever de son exclusivité. Peu importe en revanche, que le tribunal désigné puisse connaître du droit de l'Union au principal ou par référence. L'incompatibilité mise ici en exergue semble donc pouvoir s'appliquer à tous les TBI intra-européens, quel que soit le détail du droit applicable devant lui.

Finalement, au fond, la Cour de Luxembourg condamne l'arbitrage d'investissement pour la même raison qui a poussé à sa création: parce qu'il permet de soustraire à la compétence du juge interne des différends qui lui reviendraient naturellement. L'arrêt du 6 mars 2018 augure-t-il la fin de tous les traités d'investissement impliquant des États européens dès lors qu'ils prévoient un dispositif de règlement des différends extérieur au système juridictionnel européen? Là se trouve probablement l'enjeu essentiel de cette affaire.

### III. LA FIN PROGRAMMÉE DE L'ISDS DANS LES TRAITÉS CONCLUS PAR LES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION?

Pour l'entreprise néerlandaise, l'arrêt du 6 mars met probablement fin à tout espoir de pouvoir faire exécuter la sentence qui lui reconnaissait le droit d'obtenir une indemnisation de plusieurs dizaines de millions de dollars américains. Mais la portée de cette décision dépasse de loin la seule affaire *Achmea*.

L'incertitude demeure quant à l'accueil que les tribunaux arbitraux saisis sur le fondement de TBI intra-européens réserveront à cette décision. Jusqu'alors, aucun tribunal n'est allé dans le sens des arguments développés par la Commission européenne, s'agissant de l'incompatibilité de ces TBI avec le droit de l'Union. Saisis de cette question, soit par le biais d'observations écrites transmises par la Commission, soit au travers des exceptions d'incompétence développées par l'État défendeur, les tribunaux n'ont jamais appréhendé cette problématique avec la portée constitutionnelle que lui prêtent les institutions de l'Union. Ils n'avaient d'ailleurs pas à le faire, compte tenu qu'ils ne sont pas des tribunaux européens (ce que leur reproche précisément la Cour). Les tribunaux arbitraux se sont toujours placés sur le terrain du droit international public, estimant que la question de la compatibilité entre les TBI et le droit de l'Union était, selon le droit applicable au différend, soit une question d'articulation entre différentes normes de droit international, soit une question de rapports de systèmes entre droit international et droit interne. Le tribunal *Electrabel c. Hongrie* a ainsi clairement souligné que "this Tribunal is placed in a public international law context and not a national



or regional context".<sup>19</sup> Quant au tribunal saisi de l'affaire *RREEF Infrastructure c. Espagne*, il est allé jusqu'à affirmer que le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) était "la constitution du tribunal", précisément pour rejeter la prétendue suprématie du droit de l'Union européenne.<sup>20</sup> Quant à la question plus spécifique du monopole d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, celui-ci n'est pas opposable aux juridictions extérieures à l'ordre juridique de l'Union. Les tribunaux arbitraux n'y ont donc jamais vu un obstacle à leur propre compétence. Il est fort possible que la décision *Achmea* engendre un mouvement de résistance de la part de certains tribunaux arbitraux. Cette réaction prévisible ne s'est d'ailleurs pas fait attendre. Dans une sentence *Masdar Solar* du 16 mai 2018, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui statuait sur le fondement du TCE au sujet d'un différend entre un investisseur néerlandais et l'Espagne a estimé que l'arrêt du 6 mars n'avait aucune incidence sur l'affaire qu'il avait à traiter.<sup>21</sup>

Pour autant, si l'incompatibilité des TBI avec le droit de l'Union n'affecte pas, par principe, la compétence des tribunaux arbitraux, elle peut devenir un obstacle à l'efficacité de leurs décisions. Si la décision arbitrale peut faire l'objet d'une procédure en annulation devant un juge européen, en tant que juge d'appui (hypothèse de l'arbitrage sur le fondement des règlements d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ou de la Chambre de commerce internationale par exemple), il semble évident que les États défendeurs engageront systématiquement un recours. La contrariété de la décision avec le principe d'autonomie du droit de l'Union européenne entre, à n'en pas douter, dans les chefs d'annulation relatifs à la violation d'une règle d'ordre public. Ce raisonnement vaut également pour les procédures d'exequatur. Dans l'hypothèse d'un arbitrage CIRDI, sans contrôle possible du juge étatique, la question n'en est pas moins compliquée. Le risque pèsera alors sur l'État qui exécute la sentence de faire l'objet d'un recours en manquement sur saisine de la Commission européenne.<sup>22</sup> Toute la question est donc de savoir comment les tribunaux réagiront à cette nouvelle situation qui fragilise clairement l'efficacité et l'intérêt de l'arbitrage d'investissement. Plusieurs dizaines de contentieux entre investisseurs européens et États membres de l'Union étant actuellement en cours, il n'est pas certain que cette question appelle une réaction unanime des tribunaux intéressés. Il reste no-

<sup>19</sup> *Electrabel S.A. c. République de Hongrie*, cit., par. 4.112.

<sup>20</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, décision sur la compétence du 6 juin 2016, n° ARB/13/30, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. Espagne*, par. 74.

<sup>21</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, sentence du 16 mai 2018, n° ARB/14/1, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Royaume d'Espagne*, par. 678.

<sup>22</sup> V. le précédent de l'affaire *Micula c. Roumanie* dans le domaine des aides d'État: décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie – Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013.

tamment la possibilité de tabler sur une exécution en dehors de l'Union européenne, au risque toutefois de compliquer à l'extrême une procédure déjà longue et coûteuse.

En réalité, c'est principalement sur les États que repose la responsabilité de réagir à cette situation. Mais là encore, de nombreuses incertitudes demeurent. Il n'a pas fallu attendre l'arrêt du 6 mars pour comprendre que les TBI intra-UE (auquel il faut ajouter le TCE) étaient sur la sellette. En juin 2015, la Commission européenne avait demandé à la Suède, l'Autriche, les Pays-Bas, la Roumanie et la Slovaquie de dénoncer leurs TBI intra-UE respectifs, en se fondant ici essentiellement sur la discrimination qui pouvait résulter du maintien de ces traités. En outre, certains États membres – mais pas tous – ont commencé à dénoncer leur TBI.<sup>23</sup> Pourtant, en raison de la présence dans ces traités des clauses *sunset* qui permettent une survie des garanties substantielles et procédurales pendant dix, quinze voire vingt ans après la dénonciation, la situation d'incompatibilité risque de perdurer pendant de nombreuses années encore. En outre, les États membres de l'Union européenne semblent loin d'être convaincus de l'inutilité des TBI entre eux. C'est l'un des arguments principaux de la Commission européenne que d'avancer que les garanties prévues par le droit de l'Union sont suffisantes pour remplacer les TBI. C'est aussi ce que semble rappeler la Cour de justice qui souligne, de manière incidente, que le recours à l'arbitrage "est de nature à remettre en cause [...] le principe de confiance mutuelle".<sup>24</sup> Mais la proposition faite récemment par l'Autriche, la Finlande, la France, l'Allemagne et les Pays-Bas, de dénoncer collectivement les TBI intra-UE tout en instaurant un traité multilatéral européen offrant des mécanismes de règlement des différends alternatifs au recours au juge interne montre clairement que certains États membres ne sont pas convaincus de la suffisance du droit européen.<sup>25</sup> S'appuyant sur le Tableau de bord de la justice dans l'Union européenne établi par la Commission et qui relève les faiblesses persistantes de certains systèmes juridictionnels européens, ces États réclament bien des garanties spécifiques pour leurs investisseurs. La question du droit des investissements intra-UE est donc loin d'être réglée.

Finalement, l'arrêt du 6 mars 2018 amène également à s'interroger sur le sort des traités d'investissement conclus avec des États tiers. On pense plus particulièrement ici à l'Accord économique et commercial global (CETA) qui doit lui aussi passer au test du principe d'autonomie du droit de l'Union européenne. Rappelons en effet que la Belgique a

<sup>23</sup> Dans ses conclusions, l'Avocat général s'étonnait que "[dans le groupe d'États qui a défendu] l'incompatibilité des TBI internes à l'Union avec les traités UE et FUE, seule la République italienne ait mis fins à ses TBI internes à l'Union à l'exception du TBI Italie/Malte, alors que les autres États membres de ce groupe les maintiennent, tous ou la majorité d'entre eux, permettant ainsi à leurs propres investisseurs d'en bénéficier", v. conclusions de l'AG Wathelet, *Achmea*, cit., par. 37.

<sup>24</sup> *Achmea*, cit., par. 58.

<sup>25</sup> Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général du Conseil, Comité de politique commerciale de l'UE, *Intra-EU Investment Treaties – Non-Paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands*, 7 avril 2016, [www.bmw.de](http://www.bmw.de).

saisi la Cour en septembre 2017 pour lui demander de répondre à plusieurs interrogations relatives au dispositif de règlement des différends inséré dans le chapitre 8 du traité qui porte sur l'investissement. Parmi ces questions, la première concerne la compatibilité du mécanisme de règlement des différends prévu dans le chapitre, avec la compétence exclusive de la Cour pour interpréter le droit de l'Union européenne.<sup>26</sup> Rappelons qu'à l'initiative de la Commission européenne, le traité CETA a substitué à l'arbitrage d'investissement un nouveau dispositif juridictionnel – *Investment Court System* (ICS) – qui repose sur l'établissement d'un Tribunal de première instance, permanent, et d'un Tribunal d'appel, lui aussi permanent (un mécanisme quasi-identique a également été prévu dans l'accord de libre-échange avec le Vietnam). Pour autant, il n'est pas totalement fait table rase du modèle de l'arbitrage. Surtout, l'ICS est conçu, comme les tribunaux d'investissement, comme une juridiction *extérieure* au système de justice de l'UE. Les deux tribunaux seront constitués de membres nommés conjointement par l'Union européenne et le Canada, dans le cadre du Comité mixte de l'accord. Ces deux tribunaux pourront être saisis par l'investisseur, sans saisine préalable du juge interne. Leur compétence est donc une alternative à celle du juge de l'Union, qui d'ailleurs ne peut connaître des différends sur le fondement du traité.<sup>27</sup> Une disposition du CETA a manifestement été introduite pour contrer le risque d'interférence entre la compétence de l'ICS et le monopole juridictionnel de la Cour de justice. L'art. 8.31, par. 2, prévoit ceci :

"Le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie. Il est entendu qu'en statuant sur la conformité d'une mesure au présent accord, le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait. Dans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie, et le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie".<sup>28</sup>

On peut toutefois douter de la suffisance de ce dispositif, compte tenu des exigences de la Cour de justice. Le fait que le droit interne des parties soit exclu, en tant que tel, du droit applicable au règlement des différends n'empêche pas que le Tribunal soit mis en situation de l'interpréter. Par exemple dans l'hypothèse du retrait d'une mesure incitative, dont se plaindrait un investisseur canadien mais que l'État justifierait par la nécessité de se conformer à la réglementation européenne des aides d'État, celle-ci entrerait nécessairement en ligne de compte dans l'appréciation des faits de l'espèce

<sup>26</sup> V. la saisine sur le site internet du gouvernement belge, [diplomatie.belgium.be](http://diplomatie.belgium.be).

<sup>27</sup> Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union, art. 30.6, par. 1: "Aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme conférant des droits ou imposant des obligations à des personnes autres que ceux créés entre les Parties en vertu du droit international public, ni comme permettant d'invoquer directement le présent accord dans les systèmes juridiques internes des Parties".

<sup>28</sup> Une même disposition est prévue dans l'Accord de libre-échange avec le Vietnam.

par le Tribunal. Par ailleurs, les décisions du Tribunal ne seront pas soumises au contrôle du juge de l'Union, sauf hypothèse limitée d'un recours en annulation devant un juge d'appui européen. Enfin, le Tribunal n'aura pas accès à la procédure de l'art. 267 TFUE. Or, de l'avis de la Cour, cette procédure constitue *la clé de voûte* du système juridictionnel de l'Union, lui-même rempart fondamental aux atteintes qui pourraient être portées au principe de l'autonomie du droit de l'UE. S'il faut se garder de préjuger ce que sera la décision de la Cour de justice sur le CETA, sur la base de l'arrêt du 6 mars, force est de constater que celui-ci envoie des signaux peu encourageants.

Le CETA pourra-t-il résister à cette puissante offensive du droit de l'UE face aux dispositifs spécifiques – et dérogatoires – de protection des investissements? L'arrêt du 6 mars 2018 permettra-t-il à la Commission de se dégager d'un chapitre des accords de libre-échange devenu pour elle encombrant puisqu'on sait, avec l'avis 2/15,<sup>29</sup> qu'il relève de la compétence partagée entre l'Union et les États membres et qu'il implique, par conséquent, une ratification des accords par tous les États membres? Il est certain que l'arrêt *Achmea* ne sera pas le dernier des rebondissements de l'histoire tourmentée du couple Union européenne-droit international des investissements.

<sup>29</sup> Cour de justice, avis 2/15 du 16 mai 2017.