

## Traités bilatéraux d'investissement intra-européens : un état des lieux

**Auteur** : Piotto, Valentin

**Promoteur(s)** : Caprasse, Olivier

**Faculté** : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

**Diplôme** : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

**Année académique** : 2020-2021

**URI/URL** : <http://hdl.handle.net/2268.2/12626>

---

### *Avertissement à l'attention des usagers :*

*Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.*

*Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.*

---

# **Traités bilatéraux d'investissement intra-européens : un état des lieux**

**Valentin PIOTTO**

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2020-2021

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier Caprasse

Professeur ordinaire



## RESUME

Le présent travail est composé de trois parties. La première partie est consacrée à la présentation du mécanisme de l'arbitrage international d'investissement, ses fondements historiques et juridiques et ses particularités par rapport à un arbitrage plus classique. La seconde partie est quant à elle consacrée à l'étude de l'arrêt *Achmea contre Slovaquie* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 6 mars 2018, ainsi que ses conséquences. Enfin, la troisième partie est consacrée à la réponse de l'ordre juridique européen à l'arrêt *Achmea*. A ce titre, une attention particulière sera portée à l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, conclu le 5 mai 2020, et les conséquences qu'il en entraîne.



## TABLE DES MATIERES

<b>Introduction.....</b>	<b>6</b>
<b>Titre I – L’arbitrage international d’investissement.....</b>	<b>7</b>
I.1. Aperçu historique du règlement des différends en matière d’investissement .....	7
I.2. Fondements idéologiques de l’arbitrage d’investissement contemporain.....	9
I.3. La notion contemporaine d’arbitrage international d’investissement .....	11
I.4. Les sources de l’arbitrage international d’investissement.....	13
I.4.1. La Convention CIRDI .....	13
I.4.2. Les traités d’investissement bilatéraux et multilatéraux .....	15
I.4.3. Une source particulière : les traités d’investissement intra-européens.....	17
I.5. Caractéristiques pratiques de l’arbitrage d’investissement .....	17
I.6. Un mécanisme controversé : A tort ou à raison ?.....	19
<b>Titre II – Le bouleversement de l’arrêt <i>Achmea</i>.....</b>	<b>22</b>
II.1. Le contexte européen avant l’arrêt <i>Achmea</i> .....	22
II.1.1. Position des acteurs européens et étatiques.....	22
II.1.2. Position des juridictions arbitrales .....	23
II.2. L’arrêt <i>Achmea contre Slovaquie</i> .....	24
II.2.1. Les faits en question.....	24
II.2.2. Les conclusions de l’Avocat général.....	25
II.2.3. La position de la Cour .....	27
<b>Titre III – Le cadre juridique européen actuel : La fin des BIT intra-européens..</b>	<b>29</b>
III.1. L’incertitude des débuts.....	29
III.2. L’accord portant extinction des BIT intra-européens .....	30
III.2. Une solution suffisante ?.....	32
<b>Conclusion .....</b>	<b>33</b>
<b>Remerciements .....</b>	<b>36</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>38</b>



## INTRODUCTION

L'arbitrage international d'investissement et les traités sur lesquels il se base a défrayé la chronique ces dernières années. Il s'agirait d'un système conçu par les investisseurs, pour les investisseurs. Un système intégralement dédié à sanctionner les États et les empêcher d'exercer leur souveraineté, même pour le bien public, tant leur marge de manœuvre est limitée. En d'autres termes, les États se retrouvent pieds et poings liés par des traités auxquels les investisseurs ne sont même pas partie, et doivent les indemniser en cas de contravention à leurs obligations.

Si certaines de ces critiques peuvent être admises, et reposent sur un socle factuel, il ne faut néanmoins pas détourner l'attention de l'essentiel : ce mécanisme et ces traités visent avant tout à protéger l'investissement, et partant, la prospérité économique des États accueillant ces investissements.

En effet, quel État pourrait songer renoncer à accueillir des investisseurs et leurs capitaux ? Si des pays plus développés ne sont pas dans le besoin immédiat d'attirer des investisseurs, de nombreux pays en développement ne peuvent, en revanche, s'en passer. Partant, ils cherchent à attirer les investisseurs, notamment en leur accordant des garanties. Celles-ci sont essentielles parce qu'un investissement, plus particulièrement dans un pays étranger, repose avant tout sur la confiance. La confiance dans les institutions politiques et judiciaires est à ce titre le b.a.-ba de l'investissement.

Les traités mettant en place cet arbitrage international propre aux investissements visent donc avant tout à protéger les investisseurs de l'arbitraire de l'État et ses institutions, mais également à garantir aux États qui les signent que des investisseurs leur feront raisonnablement confiance et apporteront donc des capitaux susceptibles de faire évoluer leurs économies favorablement.

Nous nous proposons donc, dans le cadre de ce travail, de vous présenter l'arbitrage international d'investissement dans ses généralités (I), ses fondements idéologiques et juridiques, son fonctionnement, ses particularités par rapport à l'arbitrage international commercial ainsi que les critiques pouvant lui être adressées. Dans un second temps, nous examinerons pourquoi certains États-membres de l'Union Européenne et surtout la Commission ont consacré leur énergie à ébranler le système des traités bilatéraux d'investissement intra-européens (BIT intra-européens) et comment la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a porté un coup décisif dans cette voie (II). Enfin, nous examinerons l'état du droit européen relatif aux BIT intra-européens dans le contexte suivant l'arrêt *Achmea contre Slovaquie* (III).

# TITRE I – L'ARBITRAGE INTERNATIONAL D'INVESTISSEMENT

## I.1. APERÇU HISTORIQUE DU REGLEMENT DES DIFFERENDS EN MATIERE D'INVESTISSEMENT

De tous temps, des hommes ont cherché à régler leurs différends en dehors des tribunaux. Pour des raisons d'efficacité ou de confiance mais aussi parfois par pure esprit de défiance. Le recours aux tribunaux étatiques n'a donc pas toujours été une évidence.

Ainsi, dans la Rome antique et alors même que la procédure formulaire était déjà en place, des citoyens romains s'en remettaient aux avis de prudents<sup>1</sup>, d'autres citoyens romains<sup>2</sup>.

Au Moyen Age, des juridictions foraines sont apparues en même temps que les foires afin de régler les différends opposant les marchands. Celles-ci se caractérisaient par une procédure rapide, des modes de preuves rationnels en total contraste avec les ordalies du droit commun de l'époque, et une grande variété de sanctions tel que le mécanisme de défense de foire qui interdisait aux marchands mauvais payeurs de tout un territoire de participer aux futures foires.

Le bombardement et les blocus - qu'ils soient navals ou terrestres - ont également été abondamment utilisés au cours de l'histoire mais cette fois-ci par des États contre d'autres États pour protester contre certaines pratiques. Reposant essentiellement sur l'intimidation, ces méthodes ont depuis été rendues illégales par la Convention de La Haye sur la Résolution pacifique des Différends Internationaux en 1907<sup>3</sup>. Outre la promotion du règlement pacifique des différends entre États, cette convention a également consolidé l'existence de la Cour permanente d'arbitrage, créée à l'occasion de la Première conférence de La Haye en 1899 et lui a donné un règlement.

Parallèlement à cette « diplomatie musclée », il était possible de faire appel à la protection diplomatique de son État d'origine, concept issu du droit international public. Ce faisant, l'État d'origine prend fait et cause pour son ressortissant, et met en œuvre ses moyens de négociation et de pression diplomatique. Néanmoins, la protection diplomatique présente des lacunes. Tout d'abord, bien qu'agissant pour son ressortissant, l'État n'en défend pas moins ses propres intérêts<sup>4</sup>, et cela, l'État d'accueil en est parfaitement conscient. Le litige peut donc rapidement se transformer en un litige opposant les deux États et leurs intérêts respectifs, les intérêts de l'investisseur passant alors au second plan. Cela implique que la protection diplomatique, si elle peut être utile et permettre de faciliter la discussion ou dégager des pistes de résolution, n'aboutit pas forcément à un résultat satisfaisant, voire peut n'aboutir à rien, en particulier si les relations entre les deux États ne sont pas au beau fixe. A ces lacunes s'ajoutent des considérations d'ordre plus technique : pour pouvoir invoquer la protection diplomatique, il est

---

<sup>1</sup> Dans l'hypothèse où les prudents rendaient une décision unanime, alors cette décision avait force de loi. On est donc loin de la simple consultation juridique dans ce cas de figure.

<sup>2</sup> M. DUCOS, *L'originalité du système juridique romain*, Vita Latina, n°130-131, 1993, pp. 66-71.

<sup>3</sup> C. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 15.

<sup>4</sup> CPJI, *Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, Série A/B 76, p. 16.

en effet requis d'être titulaire de la nationalité de l'État dont on invoque la protection<sup>5</sup>, avoir épuisé les voies de recours prévues par le droit interne de l'État d'accueil, et surtout être irrécusable<sup>6</sup>. La personne qui aurait pu d'une manière ou d'une autre contribuer par son comportement à son malheur ne pourra pas invoquer la protection diplomatique de son État d'origine. Bien que demeurant une possibilité de faire valoir ses intérêts, la protection diplomatique est *in facto* totalement inusitée dans le cadre des différends relatifs aux investissements de nos jours.

Devant les insuffisances qu'offre la protection diplomatique, les États ont également eu recours à des commissions mixtes, composées par moitié de commissaires ressortissants de chaque État et d'un surarbitre ressortissant d'un État tiers. Néanmoins ces organes ne consistaient qu'en des tables de discussion remettant des avis et ne constituaient donc nullement un moyen de résoudre des litiges<sup>7</sup>.

S'il est donc possible de démontrer que des formes d'arbitrage existaient tout au long de l'histoire, il faut en revanche constater que ces formes primitives d'arbitrage n'étaient pas spécifiques aux investissements. Si au début du XX<sup>ème</sup> siècle il était déjà possible de voir des litiges commerciaux internationaux être résolus par voie d'arbitrage international, ce n'était toujours pas le cas pour les litiges internationaux liés à l'investissement.

Il faut attendre l'entre-deux-guerres pour voir apparaître les premiers arbitrages internationaux d'investissement tels qu'on les conçoit aujourd'hui, à savoir des litiges opposant un État et un ou des particuliers au sujet d'investissements opérés par ces derniers et tranchés par une juridiction arbitrale internationale<sup>8</sup>. Cette apparition subite de l'arbitrage international afin de régler des litiges liés à des investissements internationaux s'explique par l'apparition tout aussi subite de contrats d'État. Par le biais de ces contrats, l'État d'accueil et l'investisseur conviennent de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux cours et tribunaux étatiques en cas de litige<sup>9</sup>. Les investisseurs disposaient enfin d'un moyen d'agir directement contre les États, et surtout en dehors de juridictions étatiques. Néanmoins, encore fallait-il pouvoir obtenir de l'État qu'il consente à s'engager sur ce terrain, le contrat d'État, comme tout contrat, requérant le consentement des deux parties à être liées. Il n'en demeure pas moins que cet accès facilité à une juridiction arbitrale internationale a logiquement entraîné une hausse du recours à l'arbitrage international.

Avec le développement de l'arbitrage d'investissement et la multiplication de son emploi, de nouvelles pratiques sont progressivement apparues. Les évolutions les plus notables à ce sujet sont l'adoption de la Convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI) et l'apparition de nombreux traités internationaux relatifs à l'investissement (BIT). Grâce à ces BIT - lesquels constituent des accords internationaux auxquels ne sont donc parties que des États - et aux

---

<sup>5</sup> Cela exclut donc les apatrides, et pose des difficultés si la personne est titulaire de plusieurs nationalités. Ainsi, il sera impossible d'invoquer la protection diplomatique si l'on est titulaire de la nationalité de l'État d'origine et de l'État d'accueil.

<sup>6</sup> J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 634-640.

<sup>7</sup> A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Pedone, 2017, p. 23.

<sup>8</sup> A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 27.

<sup>9</sup> C. LEBEN, *op cit.*, p. 35.

développements de la sentence *AAPL c. Sri Lanka*<sup>10</sup> rendue en 1990, les investisseurs se sont vu offrir la possibilité de recourir à l'arbitrage contre leur État d'accueil en cas de manquement de ce dernier à ses obligations issues des BIT, alors même que les investisseurs ne sont pas partie à ces accords internationaux<sup>11</sup>.

Dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*, la société AAPL ne disposait pas d'un contrat d'État avec le Sri Lanka. Il lui était donc impossible de se baser sur un tel contrat pour faire valoir que le Sri Lanka avait consenti à régler ses différends avec AAPL par le biais d'un arbitrage international, ni de faire valoir une clause compromissoire de type CIRDI<sup>12</sup>. Saisi par AAPL, le tribunal arbitral a dû statuer sur sa compétence à entendre le litige. Dans sa sentence sur sa propre compétence, le tribunal arbitral a décidé que bien que ne bénéficiant pas d'un contrat d'État avec le Sri Lanka, la procédure d'arbitrage intentée par AAPL n'en était pas moins recevable sur base de l'article 8 du traité bilatéral d'investissement liant le Royaume-Uni et le Sri Lanka, conclu en 1980, lequel prévoit que :

« Chaque Partie contractante consent par la présente à soumettre au CIRDI pour règlement par conciliation ou arbitrage [...] tout litige survenant entre cette partie contractante et un ressortissant de l'autre Partie contractante concernant un investissement de ce dernier sur son territoire. »

Sur base de cette disposition du BIT, le tribunal arbitral a estimé qu'en incluant une clause formulée de la sorte, les États contractant avaient entendu permettre à leurs ressortissants d'introduire une procédure d'arbitrage, et ce alors même qu'étant des particuliers, ceux-ci ne sont pas parties à l'accord international<sup>13</sup>.

Il n'était donc plus requis que l'investisseur et l'État d'accueil aient conclu un contrat d'État et il n'y avait donc plus besoin d'une clause compromissoire : il suffisait simplement que l'État dont l'investisseur est ressortissant et l'État d'accueil aient conclu un traité bilatéral d'investissement. Cette évolution a naturellement fait exploser le nombre d'arbitrages internationaux d'investissement. Nous reviendrons sur les différentes formes de ces traités d'investissement plus tard.

## **I.2. FONDEMENTS IDEOLOGIQUES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT CONTEMPORAIN**

Comme nous l'avons déjà brossé lors de notre introduction, l'arbitrage international d'investissement repose sur deux fondements idéologiques : le *besoin de capitaux* et la *confiance*.

Le *besoin de capitaux* traduit une réalité très pragmatique : pour pouvoir se développer, un pays a besoin d'une économie qui fonctionne, et partant de capitaux. L'origine de ces capitaux importe peu, l'essentiel étant qu'ils parviennent jusqu'à l'État d'accueil. Or pour que ces

---

<sup>10</sup> *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, CIRDI n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, I.L.M., 1990, p.580.

<sup>11</sup> A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 49.

<sup>12</sup> Nous reviendrons sur l'arbitrage CIRDI au point I.4.1.

<sup>13</sup> A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 49.

capitaux arrivent, il est nécessaire d'attirer des investisseurs. C'est là qu'intervient le second fondement idéologique : la *confiance*. Nous y reviendrons.

Historiquement parlant, les pays d'Europe de l'Ouest - et plus tard les États-Unis d'Amérique<sup>14</sup> - ont longtemps détenu la plupart des capitaux. Les Guerres mondiales et la Guerre froide ont néanmoins rebattu les cartes. D'anciennes colonies européennes ou États satellites de l'URSS ont dû répondre à leurs besoins du jour au lendemain, avec les ressources qui leur avaient été laissées. Ces pays ont naturellement eu besoin de capitaux afin d'exploiter ces ressources et ils continuent à en dépendre. Ce *besoin continu de capitaux* frais afin de se développer, conjugué au fait que l'Occident demeure en général le grand détenteur des capitaux, a créé une dépendance totale aux investisseurs. A ce titre, nombre d'États ont donc cherché à attirer les investisseurs, et quel meilleur moyen pour ce faire que de signer des traités bilatéraux d'investissement ? Leur multiplication en Europe après la chute de l'URSS en est un signe manifeste.

La *confiance* traduit elle aussi une réalité tout aussi pragmatique : sans confiance entre les parties, il n'y a pas de transaction. En effet, pour attirer des investisseurs, outre la bonne promotion des opportunités qu'offre le pays, l'État d'accueil devra mettre ces investisseurs en confiance. Se montrer aux petits soins des investisseurs en organisant réceptions et visites est une délicate attention mais elle ne suffira souvent pas, voire jamais. Afin de s'attirer l'intérêt des investisseurs, il est essentiel d'offrir des garanties suffisantes. Garantir que l'investissement ne sera pas exposé à des voies de faits commises par des bandits<sup>15</sup>, voire par une police corrompue<sup>16</sup>. Garantir que les cours et tribunaux étatiques ne seront pas compétents pour connaître des litiges liés à l'investissement<sup>17</sup>. Garantir enfin que l'investisseur ne sera pas moins bien traité que les acteurs nationaux ni que les ressortissants d'un autre pays (clause de la Nation la plus favorisée).

Pour ramener le point d'attention vers le sujet qui nous intéresse, à savoir les traités bilatéraux d'investissement intra-européens, et démontrer notre point relatif à la confiance, attardons nous un instant sur l'Europe de l'Est. Entre la chute de l'URSS entre 1988 et 1992 et l'adhésion de l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la Tchéquie, la Slovaquie et la Hongrie en 2004, puis la Roumanie et la Bulgarie en 2007, une longue transition a été nécessaire. Durant cette transition et afin de pouvoir rejoindre l'Union européenne ces États ont dû effectuer des réformes structurelles à même de les aligner sur les États-membres de l'UE du point de vue des valeurs et libertés, mais aussi par exemple par rapport à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Parmi les mesures entreprises par ces pays figure systématiquement la conclusion de traités bilatéraux d'investissement avec les États-membres de l'UE. Le traité bilatéral d'investissement

---

<sup>14</sup> Sans oublier le Japon, qui a été sous occupation américaine de 1945 à 1952, ou encore les pays du *Commonwealth* tels le Canada ou l'Australie.

<sup>15</sup> L'État d'accueil doit donc se doter de forces de police en suffisance, et sérieuses.

<sup>16</sup> Dans le contexte des anciennes républiques satellites de l'URSS, on peut facilement comprendre qu'un investisseur ne fasse pas confiance aux forces de police pour protéger son investissement, d'où la nécessité de réformer ces forces de police en leur donnant un cadre compatible avec l'ordre libéral.

<sup>17</sup> Cette condition constitue le fondement même des traités d'investissement. C'est compréhensible, particulièrement dans le chef des États ayant fait partie de l'URSS, où le spectre des tribunaux contrôlés par le gouvernement est encore très fort. A ce titre, les atteintes récentes et répétées du gouvernement polonais à l'indépendance de la justice font ressurgir les craintes d'autrefois, quand la Pologne était un vassal du pouvoir soviétique et que sa justice n'existait que pour la forme ou enfermer des opposants.

est donc vu comme un moyen d'apporter de la confiance aux investisseurs, et même de préparer l'adhésion à l'Union européenne. Nous verrons plus tard quelles difficultés ces traités ont causé après l'adhésion de ces États à l'UE, en faisant de ces traités des BIT intra-européens.

Tant le *besoin de capitaux* que la *confiance* sont donc interconnectés, l'un n'allant pas sans l'autre. Il n'y a pas d'apport de capitaux sans confiance, et de la même manière, si le contexte favorise la confiance alors les capitaux ne manqueront pas de parvenir. Les BIT apparaissent alors comme l'une des pierres angulaires de l'économie libérale.

### **I.3. LA NOTION CONTEMPORAINE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL D'INVESTISSEMENT**

Étant entendu que l'arbitrage international d'investissement, comme son nom l'indique, consiste à régler un litige relatif à un investissement international devant une juridiction arbitrale, la qualification ou non de l'opération en investissement revêt une importance capitale. Nous nous consacrerons donc à étudier ce que cette notion d'investissement englobe.

Il convient d'emblée de marquer le fait que l'investissement ne bénéficie pas d'une définition au niveau international<sup>18</sup>. Cet état de fait présente à la fois un défaut mais aussi un avantage. Un défaut tout d'abord parce que cela ne permet pas d'atteindre une sécurité juridique satisfaisante, la notion d'investissement s'appréciant alors au cas par cas. Mais un avantage également en ce que la notion d'investissement ne se retrouve pas dans un carquois prédéfini, trop contraignant et inadapté à l'évolution constante des pratiques d'investissement. En effet, les acteurs économiques et financiers rivalisent d'inventivité afin de diversifier leurs produits, encore plus particulièrement avec l'émergence de technologies toujours plus avancées. Les pratiques évoluent donc plus vite que le cadre juridique. Dès lors, une définition internationale de l'investissement est rendue presque impossible à mettre en place en pratique, peut-être pour le mieux, nous nous garderons d'en juger.

En l'absence de définition générale de l'investissement, on en vient donc régulièrement à se demander si une opération peut être qualifiée d'investissement.

Dans l'hypothèse d'une convention d'arbitrage conclue entre l'investisseur et l'État d'accueil, la question ne se pose évidemment pas puisque les parties se seront concertées et auront accepté de qualifier l'opération d'investissement. Si l'État a accepté de qualifier une opération en tant qu'investissement, alors cette opération est un investissement, et le tribunal arbitral sera donc compétent *ratione materiae* pour connaître du litige<sup>19</sup>.

Néanmoins, de nombreux arbitrages internationaux d'investissement ne sont pas introduits sur base d'une convention d'arbitrage mais sur base d'un traité d'investissement. La qualification de l'opération reprend alors toute son importance pour emporter la compétence de la juridiction arbitrale. Ces traités d'investissement comprennent parfois une définition, parfois laissent volontairement le flou sur cette notion, laissant alors la qualification à l'interprétation des parties.

---

<sup>18</sup> A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 165.

<sup>19</sup> A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 166.

Devant cette incertitude, ce sont les juridictions arbitrales elles-mêmes qui ont dû prendre leurs responsabilités afin de fournir une qualification objective de la notion d'investissement et ont donc tenté de dégager des critères<sup>20</sup>. A ce titre une sentence très importante a été rendue en 2001 : la sentence *Salini c. Maroc*<sup>21</sup>. Dans le cadre de cette sentence le tribunal arbitral a proposé quatre critères cumulatifs<sup>22</sup>.

En premier lieu, le ressortissant de l'autre État doit avoir effectué un *apport financier*, c'est-à-dire qu'il a apporté des liquidités dans l'État d'accueil. Un apport en industrie ou en nature ne pourra donc pas être qualifié d'investissement.

En second lieu, l'opération ne peut être ponctuelle. L'investissement implique en effet une certaine *permanence* sur le territoire de l'État d'accueil. Sont donc exclues les petites opérations ponctuelles, lesquelles ne peuvent raisonnablement être qualifiées d'investissements.

En troisième lieu, l'opération doit présenter un certain degré de *risque*. La notion d'investissement et la notion de risque sont régulièrement imbriquées. L'opération doit être exposée à un risque d'échec, et partant, de pertes économiques ou de rendement insuffisant. Ce critère permet d'écarter l'épargne privée et les autres activités dénuées de risques.

Enfin, en quatrième et dernier lieu, l'opération doit avoir contribué au *développement économique de l'État d'accueil*. Ce critère est probablement le plus compliqué à appréhender car si les autres critères reposent sur une base factuelle aisément démontrable, ce critère-ci est à notre avis un peu plus délicat à démontrer en ce qu'il peut y avoir débat sur l'opportunité et l'utilité réelle de l'opération pour l'État d'accueil. Si dans l'affaire *Salini* la construction d'une autoroute apporte une aide indéniable au développement économique du Maroc, la réponse aurait pu être différente s'il s'était agi de la construction d'une usine d'explosifs et de produits potentiellement dangereux<sup>23</sup>. Les impératifs environnementaux ou humanitaires risquent également de compliquer davantage la tâche d'appréciation des arbitres dans un futur plus ou moins proche.

Si les critères dégagés par la sentence *Salini* sont d'une aide précieuse, ils ne sont pas pour autant appliqués systématiquement. La décision revient au final au tribunal arbitral. Certains arbitres y verront des critères contraignants à même d'assurer la sécurité juridique et une certaine cohérence entre les juridictions arbitrales<sup>24</sup>, d'autres refuseront de voir en ces critères une « jurisprudence » contraignante<sup>25</sup> et s'en remettront à leur propre appréciation. A la décharge de ces derniers, il est vrai qu'il n'est nullement requis que les tribunaux arbitraux respectent une « jurisprudence » établie par un autre tribunal arbitral dans une affaire similaire. Néanmoins une telle vision n'est pas à même de régler la question de la qualification des opérations d'investissement et revient à renvoyer la balle à d'autres. Si nous sommes d'avis que

---

<sup>20</sup> A. GILLES, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 184.

<sup>21</sup> *Salini Costruttori SpA c. Maroc*, CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, ICSID Reports vol. 6, p. 400, § 52 et suivants.

<sup>22</sup> A. DE NANTEUIL, *op cit.*, pp. 178-180.

A. GILLES, *op cit.*, pp. 190-193.

<sup>23</sup> Ainsi, si une telle usine exporte sa production, le développement économique serait indéniable, le Maroc exportant des produits et des emplois se créant au sein du Royaume. Mais on pourrait aussi défendre l'idée qu'une telle usine dessert le Maroc et son développement parce qu'elle nuit à sa réputation.

<sup>24</sup> Créant de ce fait une véritable « jurisprudence » arbitrale internationale.

<sup>25</sup> A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 181.

les tribunaux arbitraux doivent demeurer souverains et donc libres d'appliquer ou non les critères dégagés par d'autres juridictions arbitrales, nous n'en pensons pas moins qu'un arbitre qui se déciderait à utiliser ces critères renforcerait la confiance que les investisseurs et les États vouent à l'arbitrage international d'investissement, notamment parce qu'ils seraient protégés de mauvaises surprises.

#### **I.4. LES PRINCIPALES SOURCES DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL D'INVESTISSEMENT**

Nous avons déjà eu l'opportunité de présenter certaines sources sur base desquelles les investisseurs peuvent tenter un arbitrage d'investissement. Ainsi nous avons déjà présenté dans ses grandes lignes le mécanisme des contrats d'État avant de constater que suite aux développements de la sentence *AAPL c. Sri Lanka*, ce sont les traités bilatéraux d'investissement qui ont pris de l'importance.

Nous débuterons néanmoins par la présentation de l'accord international le plus important sur la question de l'arbitrage d'investissement : la Convention CIRDI. La Convention de Washington revêt en effet une importance significative pour les arbitrages d'investissement internationaux, et nous intéresse particulièrement dans le cadre du droit européen en ce que les arbitrages CIRDI ne sont pas affectés par l'arrêt *Achmea* rendu par la CJUE<sup>26</sup>.

Nous nous consacrerons ensuite à présenter les formes que prennent les traités d'investissement et leur régime général, avant d'aborder la question spécifique des BIT intra-européens.

##### **I.4.1. LA CONVENTION CIRDI**

La Convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI) est un traité international adopté à l'initiative des administrateurs de la Banque mondiale en mars 1965 et entré en vigueur le 14 octobre 1966 après sa ratification par 20 États.

Elle vise à créer au sein de la Banque mondiale une toute nouvelle institution internationale : le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), hébergé à Washington tout comme les locaux de la Banque mondiale. Jusqu'à l'adoption de la Convention CIRDI, la Banque mondiale était fréquemment sollicitée afin de remplir le rôle d'arbitre international, faute d'autre institution internationale dotée d'une réputation assez solide pour remplir ce rôle<sup>27</sup>. C'est précisément afin de créer une telle institution internationale dédiée à régler les différends en matière d'investissements que les administrateurs de la Banque mondiale ont chargé une commission de la mise en place d'une telle institution par la résolution n°204 du Conseil des Gouverneurs de la Banque Mondiale du 10 septembre 1964<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> P. PINSOLLE et I. MICHOU, *Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissements intra-UE ?*, Dalloz Actualités, 7 mars 2018, §§6-7, p. 2.

<sup>27</sup> J. SALACUSE, *The law of investment treaties*, 2ème édition, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 417.

<sup>28</sup> Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, I.1.

En créant le CIRDI, la Banque mondiale résout alors un problème qui entachait jusqu'alors les arbitrages internationaux d'investissement à savoir qu'investisseurs et États avaient des difficultés à tomber d'accord sur l'arbitre à désigner, faute d'interlocuteurs spécialisés dans ce domaine et dignes de confiance<sup>29</sup>. Le CIRDI présente à ce titre une série d'avantages à même de garantir sa bonne réputation.

Tout d'abord, il est titulaire d'une capacité juridique pleine et entière<sup>30</sup>, distincte de la Banque mondiale, et il peut à ce titre adopter son propre règlement d'arbitrage<sup>31</sup>. Le CIRDI a adopté un tel règlement le 25 septembre 1967 et celui-ci a été amendé à trois reprises depuis, la dernière version étant entrée en vigueur le 10 avril 2006.

Ensuite, comme bon nombre d'institutions arbitrales depuis, le CIRDI dispose d'une liste d'arbitres potentiels à même de trancher le litige. Cela signifie que le CIRDI met à disposition des spécialistes afin qu'ils officient comme arbitre ; il ne participe donc pas directement au processus arbitral<sup>32</sup>.

Enfin, et cet avantage n'est pas des moindres, l'arbitrage CIRDI offre l'avantage que les sentences rendues sont plus faciles à faire exécuter, notamment parce que ces sentences ne peuvent faire l'objet d'un contrôle que très limité. En effet la Convention CIRDI par son article 54 dispose que « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. » Ce faisant, la Convention CIRDI offre une protection de la sentence encore plus forte que celle offerte par la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères, laquelle avait en son temps permis de résoudre l'épineux problème de la non-exécution par certains États des sentences les condamnant, lesquels invoquaient le respect de leur souveraineté. Alors que la Convention de New York permet d'obtenir l'*exequatur* de la sentence moyennant un contrôle judiciaire limité, à savoir le respect de l'ordre public et de la régularité de la procédure<sup>33</sup>, la Convention CIRDI prévoit quant à elle un recours non pas devant une juridiction étatique mais devant une commission *ad hoc* composée de trois personnes désignées parmi la liste d'arbitres du CIRDI<sup>34</sup>. Ainsi, une sentence rendue dans la cadre d'un arbitrage CIRDI ne pourra être annulée que dans cinq cas limitativement énumérés par la Convention CIRDI : vice dans la constitution du tribunal arbitral, excès de pouvoir manifeste, corruption, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et défaut de motifs.

---

<sup>29</sup> Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, III.9.

<sup>30</sup> Article 18 de la Convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, faite à Washington le 18 mars 1965.

<sup>31</sup> *Ibid.*, article 6, §1.

<sup>32</sup> J. SALACUSE, *op cit.*, p. 420.

<sup>33</sup> Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, article V.

A. PRUJINER, *L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?*, Rev. Arb., 2005, p.88.

<sup>34</sup> Convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, article 52.

Le CIRDI de par son règlement de procédure, sa liste d'arbitres spécialisés en investissement, et l'exécution facilitée de ses sentences offre donc l'avantage d'une procédure « clé sur porte » dont les limites sont clairement définies et dont le succès prouve l'efficacité. En effet, depuis sa création en 1965, 154 États ont ratifié la Convention CIRDI en date du 25 juillet 2021.

Si l'arbitrage CIRDI présente de nombreux avantages, et si de nombreux États ont ratifié la Convention CIRDI, cela ne signifie pas pour autant que la Convention CIRDI seule puisse servir de base pour tenter une procédure d'arbitrage. En effet, que l'État d'origine de l'investisseur et l'État d'accueil aient ratifié la Convention CIRDI ne suffit pas, il faut conformément à la sentence *AAPL c. Sri Lanka* que les deux États aient signé un BIT ou que l'investisseur et l'État d'accueil aient conclu une convention prévoyant de recourir à l'arbitrage.

#### I.4.2. LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT BILATERAUX ET MULTILATERAUX

Comme nous l'avons exposé *supra* il faut attendre l'après-guerre pour que des États se mettent à conclure des traités internationaux tout à fait singuliers : les traités bilatéraux d'investissement – *Bilateral Investment Treaties* ou BIT.

Comme nous l'avons mis en exergue au point I.2 de notre exposé, ces traités ont visé dans un premier temps à établir des ponts entre les États développés et les États en développement en protégeant l'investissement. Ainsi, le premier BIT est signé le 25 novembre 1959 par l'Allemagne et le Pakistan<sup>35</sup>. C'est le premier d'une longue série puisqu'à ce jour (juillet 2021) on ne dénombre pas moins de 2 844 BIT, dont 2 290 sont en vigueur<sup>36</sup>.

Il serait raisonnable d'imaginer que pour arriver à un tel nombre de traités en vigueur ceux-ci soient très largement standardisés. Il n'en est rien. Comme tout traité international le BIT est négocié par les parties par le biais de leurs représentants, ce qui implique que chaque État va chercher à inclure des clauses types qui lui sont propre. Le résultat final sera souvent le résultat d'un compromis. Cela a pour conséquence que les BIT peuvent présenter des formes et contenus divers. Par exemple, et comme nous l'avons déjà souligné *supra*, certains BIT vont établir des définitions quand d'autres resteront silencieux ou rédigés de manière large. Ces libertés que peuvent prendre les États dans la rédaction des BIT ne signifie pas pour autant qu'il soit impossible de dégager des clauses types indispensables dans tous les BIT.

Ainsi une des clauses les plus récurrentes est la *clause de traitement de la Nation la plus favorisée*. Cette clause permet aux investisseurs des États parties au BIT de bénéficier du même traitement que les investisseurs d'État tiers<sup>37</sup>. Le principal effet de ces clauses est donc d'établir l'égalité de traitement entre les États, lesquels voient leur situation être améliorée si leur cocontractant signe un accord international avec un autre État dans lequel des privilèges encore plus importants sont concédés. Cette clause est devenue un standard dans les BIT mais également

---

<sup>35</sup> C. CREPET DAIGREMONT, « les sources du droit international des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 87.

<sup>36</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>37</sup> P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3e éd., Paris, PUF, 1995, pp. 98-99.

J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10e éd., Paris, Montchrestien, 2012, pp. 157-159.

dans toute une série d'autres traités, le plus notable d'entre eux étant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT).

Il est également fréquent de retrouver une *clause de traitement juste et équitable* - laquelle prohibe les atteintes arbitraires par l'État aux intérêts des investisseurs - ou encore une *clause de traitement national* par laquelle les États s'engagent à ne pas traiter les investisseurs différemment de leurs propres ressortissants.

Certains traités comprennent également une clause encadrant les modalités de l'expropriation de l'investisseur<sup>38</sup>. Ces *clauses d'expropriation* permettent de donner encore plus de garanties aux investisseurs contre l'arbitraire de l'État d'accueil et leur assure – outre un cadre clair pour procéder à leur expropriation – une compensation<sup>39</sup>.

Néanmoins la clause la plus importante et répandue dans les traités d'investissement est sans conteste la *clause d'arbitrage*, souvent sous l'égide du CIRDI. L'arbitrage constitue donc la pierre angulaire de ces traités, le meilleur moyen d'assurer la protection des investissements.

Aucun texte international n'établit de régime spécifique encadrant la signature de traités d'investissement par les États. Il convient donc de leur appliquer le régime général mis en place par la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>40</sup> et la coutume internationale. Du principe que les traités d'investissement constituent des conventions internationales, les BIT peuvent parfaitement prendre la forme de traités bilatéraux ou multilatéraux, l'essentiel étant que les États parviennent à un accord. Il est néanmoins plus compliqué de conclure un traité multilatéral en ce qu'il sera requis de faire concorder les intérêts des États pour parvenir à un accord.

Ces traités multilatéraux d'investissement prennent souvent une dimension régionale, liant des États frontaliers ayant des intérêts communs (économiques, linguistiques, religieux, historiques) : c'est notamment le cas du Marché commun du Sud (MERCOSUR) et de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN)<sup>41</sup>. Aujourd'hui dissous sous l'impulsion de DONALD TRUMP, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) suivait également cette logique. L'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) remplaçant l'ALENA poursuit néanmoins cette logique à son tour.

Les traités multilatéraux d'investissement peuvent également prendre la forme de traités dédiés à certaines problématiques spécifiques, tel le Traité de la Charte sur l'Énergie (TCE) adoptée par la Communauté Européenne (CE) en 1994 et entrée en vigueur en 1998<sup>42</sup>. Nous verrons que le TCE a été mobilisé par l'Avocat général de la CJUE dans l'affaire *Achmea contre Slovaquie*, sans succès toutefois.

---

<sup>38</sup> M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, Domat, L.G.D.J., 2014, pp. 241-243.

<sup>39</sup> Selon ce que le traité prévoit celle-ci pourra être « juste et adéquate » ou réparer l'intégralité du préjudice subi.

<sup>40</sup> En notant toutefois que la Convention de Vienne ne lie pas tous les États du monde, certains États ne l'ayant toujours pas signée ou ratifiée. Parmi les États importants nous soulignons que les États-Unis d'Amérique ont bien signé la Convention mais ne l'ont toujours pas ratifiée et que la France ne l'a ni signée ni ratifiée.

<sup>41</sup> A. PRUJINER, *op cit.*, p. 71.

<sup>42</sup> M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *op cit.*, p. 232.

### I.4.3. UNE SOURCE PARTICULIERE : LES TRAITES D'INVESTISSEMENT INTRA-EUROPEENS

On qualifie de traités d'investissement intra-européens les traités d'investissement dont toutes les parties ont adhéré à l'Union européenne<sup>43</sup>. Tant qu'une des parties n'a toujours pas pleinement intégré l'Union, le traité d'investissement ne pourra pas être qualifié de traité d'investissement intra-européen.

Une étude approfondie des différents traités considérés comme intra-européens révèle que tous ces traités sont devenus intra-européens par adhésion de l'ensemble des parties à l'UE. Aucun d'eux n'a été signé entre deux États qui étaient déjà pleinement membres de l'Union. Ils ont soit été signés entre un État-membre et un État tiers, soit entre deux États-tiers devenus tous deux États-membres depuis.

Ces traités conservent-ils un intérêt suite à l'adhésion de toutes les parties à l'UE, et sont-ils compatibles avec le droit européen ? Cette question a été au centre d'interminables débats entre la Commission et les États-membres. Il faudra néanmoins attendre le prononcé de l'arrêt *Achmea contre Slovaquie* pour la Cour de justice de l'UE se prononce sur la question.

### I.5 CARACTERISTIQUES PRATIQUES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

L'arbitrage d'investissement se distingue en pratique de l'arbitrage commercial essentiellement sur trois points : la *base juridique*, la *confidentialité*, et l'*exécution des sentences arbitrales*.

S'agissant de la *base juridique* à partir de laquelle il est possible de se baser pour introduire un arbitrage d'investissement, nous en avons déjà brossés les principaux éléments. Pour l'essentiel, la différence, s'agissant de la base juridique, consiste dans la nature de l'engagement à régler les différends relatifs à l'investissement par voie d'arbitrage : l'arbitrage commercial est basé sur une convention tandis que l'arbitrage d'investissement est basé sur un accord international. Jusqu'à l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*, arbitrage d'investissement et arbitrage commercial suivaient les mêmes règles, l'arbitrage d'investissement étant basé sur une convention (le contrat d'État) au même titre que l'arbitrage commercial. *AAPL c. Sri Lanka* a cependant bouleversé cette situation, les investisseurs tirant leur capacité de recourir à l'arbitrage non pas d'une convention à laquelle ils sont partie, mais d'un accord international auquel ils ne sont aucunement partie. Dans cette optique, le BIT s'apprécie comme un consentement réciproque donné à l'avance par chaque État de recourir à l'arbitrage pour régler les différends relatifs à des investissements. En grossissant le trait, on peut donc conclure que les arbitrages commerciaux opposent des personnes privées tandis que les arbitrages d'investissement opposent une personne privée et l'État<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Article 4 de l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020.

<sup>44</sup> E. LOQUIN, « La coexistence du droit de l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'arbitrage commercial international : conflit ou complémentarité » in O. FILALI, *Vers une lex mediterranea des investissements*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 324.

S'agissant de la *confidentialité*, les différences sont importantes. L'arbitrage commercial, outre la rapidité qu'il offre, présente surtout l'avantage de résoudre des litiges sans se faire remarquer. Ainsi des litiges importants peuvent être résolus sans que personne ne soit au courant qu'il y ait eu litige. Cela rend l'arbitrage commercial particulièrement attractif. Néanmoins, comme l'arbitrage commercial oppose forcément un investisseur et l'État, le public a intérêt à savoir de quoi il retourne. Aujourd'hui plus que jamais le public refuse que l'État prenne des décisions dans la discrétion des palais. Cette problématique prend toujours plus d'ampleur, comme l'ont démontré les importantes vagues d'émotion suivant les révélations de WikiLeaks entre 2006 et 2010, ou plus récemment la révélation du système mondial d'espionnage illégal des télécommunications mis en place par NSO Group via le logiciel Pegasus pour certains États. Après ces scandales, le public a pris d'affection les « chevaliers de la transparence » que sont des individus tels que JULIAN ASSANGE et consorts. Il n'est donc pas étonnant que pour des raisons idéologiques et de transparence, l'arbitrage d'investissement soit soumis à un régime de confidentialité distinct, eu égard aux intérêts publics, notamment politiques et financiers en jeu, qui justifient une plus large publicité.

Ainsi, dans son document de travail n°2005/1, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) considère que les enjeux en question sont trop important pour être gardés secrets<sup>45</sup>.

Le tout puissant CIRDI lui a par après emboité le pas en incluant dans son règlement la possibilité que des extraits du raisonnement juridique de la sentence arbitrale soient publiés<sup>46</sup>. Chaque centre d'arbitrage pouvant adopter son propre règlement, la confidentialité peut être plus ou moins restreinte selon les préférences du centre. Le principe de confidentialité, sacré en matière d'arbitrage commercial, n'est donc plus absolu en matière d'arbitrage d'investissement.

La publicité partielle de la procédure génère deux conséquences principales : tout d'abord elle facilite la recherche et l'émergence d'une véritable « jurisprudence » arbitrale<sup>47</sup> - les introductions d'instance et les sentences n'étant plus secrètes - mais surtout elle permet à certaines parties d'intervenir au cours de la procédure en qualité d'*amici curiae*, ce qui permet à un tiers à prendre part à la procédure d'arbitrage et exposer son avis. Cette possibilité est notamment offerte par l'article 37 du Règlement CIRDI. Le tribunal arbitral demeure néanmoins souverain et peut tout à fait rejeter l'intervention d'*amici curiae* si celle-ci ne présente pas d'intérêt dans l'affaire ou si le tiers n'a aucun intérêt à intervenir dans la procédure. Nous verrons que la Commission européenne a souvent souhaité intervenir en cette qualité.

Enfin, s'agissant de l'*exécution des sentences arbitrales*, nous avons également déjà présenté l'essentiel des différences. Ainsi, la Convention de New York permet de faire exécuter une sentence rendue à l'étranger assez facilement moyennant un contrôle judiciaire basé sur l'ordre public et le respect des procédures, tant pour les arbitrages commerciaux que d'investissement. En revanche, seuls les arbitrages d'investissement peuvent bénéficier du caractère particulier des sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, tiré de l'article 54 de la Convention CIRDI. Ainsi, conformément à l'article 52 de la Convention CIRDI, ces sentences ne peuvent être annulées que sur base des cinq vices limitativement énumérés précédemment, et ce par une

---

<sup>45</sup> Organisation mondiale du commerce, Document de travail n°2005/1, p.14.

<sup>46</sup> CIRDI, Règlement de procédure, article 48, §4.

<sup>47</sup> A. PRUJINER, *op cit.*, p. 94.

commission *ad hoc* en lieu et place d'une juridiction étatique. Il s'agit d'un avantage considérable.

## I.6. UN MECANISME CONTROVERSE : A TORT OU A RAISON ?

En raison du caractère particulier des règles qui lui sont applicables et une série d'autres considérations, l'arbitrage d'investissement fait aujourd'hui de plus en plus débat. On en veut pour preuve les craintes soulevées par le gouvernement wallon de PAUL MAGNETTE au sujet du CETA en octobre 2016, lesquelles se concentraient sur le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et État (ICS).

Il est délicat en la matière de distinguer les critiques fondées des critiques purement idéologiques. En effet les positions de certaines personnes ou institutions apparaissent davantage fondées sur des considérations idéologiques que juridiques ou économiques. Ainsi, les critiques formulées par RENAUD BEAUCHARD et SARAH ALBERTIN<sup>48</sup> – si elles ne sont pas dénuées de fondements – sont d'une violence telle qu'elles ne rendent pas service à la cause. Les auteurs y apparaissent plutôt comme des souverainistes déçus<sup>49</sup> et des altermondialistes que comme des scientifiques, l'arbitrage ne trouvant aucune grâce à leurs yeux. S'il est tout à fait permis de ne pas approuver l'arbitrage d'investissement tel qu'il est appliqué aujourd'hui, et si celui-ci n'est pas exempt de défauts, il n'en faut pas moins être capable de reconnaître que celui-ci possède également des vertus. Se contenter de charger l'arbitrage d'investissement en lui attribuant tous les défauts du monde ne sert pas la cause et ces critiques n'apparaîtront alors que comme un énième pamphlet auquel il ne faut pas prêter attention, ce qui ne permet nullement de répondre aux critiques par une réforme du système d'arbitrage.

Tant la société civile que les États ont critiqué l'arbitrage d'investissement. Nous avons déjà exposé une partie de ces remarques lors de notre introduction. Nous allons néanmoins y revenir.

La critique la plus fréquente à l'encontre de l'arbitrage d'investissement porte sur son atteinte à la souveraineté. Ainsi, en raison des engagements qu'il a pris dans des BIT, l'État se retrouve les mains liées, ne pouvant agir pour le bien commun par crainte d'être aussitôt poursuivi par les investisseurs lésés et condamné. L'arbitrage d'investissement promouvrait donc le *status quo*. L'affaire *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*<sup>50</sup> constitue un exemple parfait de cette critique.

Les faits ayant mené à cette affaire constituent presque un cas d'école. En 2010 l'Allemagne a renouvelé les permis d'exploitation de ses centrales nucléaires, avant d'annoncer l'année suivante la fermeture immédiate de huit réacteurs nucléaires, puis de l'ensemble des réacteurs d'ici à 2022. C'est la catastrophe de Fukushima en 2011 qui a précipité la décision. Entretemps les sociétés qui avaient vu leur permis renouvelé avaient déjà entrepris des investissements afin de pouvoir continuer à exploiter le parc nucléaire allemand. Or ces investissements ont été mis en danger par la décision du gouvernement allemand. Vattenfall AB et d'autres acteurs de l'énergie ont alors décidé d'introduire une procédure d'arbitrage à l'encontre de l'Allemagne

---

<sup>48</sup> R. BEAUCHARD et S. ALBERTIN, *L'Assujettissement des Nations : Controverses autour du règlement des différends entre Etat et investisseurs*, Paris, Editions Charles Léopold Meyer, 2017.

<sup>49</sup> Une philosophie courante en France, renforcée par le souvenir du Général DE GAULLE.

<sup>50</sup> *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, CIRDI n° ARB/12/12.

sur base du Traité sur la charte de l'énergie (TCE). La procédure n'a pas abouti à une sentence, l'Allemagne et les plaignants étant parvenus à un accord d'indemnisation à concurrence de 2,9 milliards de Dollars.

Néanmoins cette affaire illustre bien le problème que peut poser l'arbitrage d'investissement : l'Allemagne n'aurait pas dû fermer ses centrales nucléaires afin de ne pas s'exposer à des poursuites par les investisseurs, ce qui implique que l'Allemagne n'est plus totalement souveraine s'agissant de sa politique énergétique, et ce nonobstant les objectifs sécuritaires poursuivis par la décision de fermer le parc nucléaire allemand.

Se limiter à cette conclusion serait cependant simpliste : il ne faut en effet pas perdre de vue que l'objectif poursuivi par la procédure d'arbitrage est purement indemnitaire. Il ne s'agit pas de faire annuler la décision de l'Allemagne, et donc de contester la décision souveraine de l'Allemagne. Il s'agit de rappeler à l'Allemagne que si elle est libre de prendre n'importe quelle décision, elle ne doit pas moins indemniser les investisseurs lésés par cette dernière. Car si la fermeture du parc nucléaire allemand ne constitue pas forcément une faute sur le plan logique et sécuritaire, il s'agit bien d'un manquement par l'Allemagne à ses engagements internationaux, c'est-à-dire de ne pas attenter aux investissements de ressortissants d'autres États contractants. Or toute faute doit entraîner réparation. Il serait injuste que des investisseurs ayant injecté autant de ressources dans la maintenance de réacteurs se retrouvent privés de moyens d'être indemnisés parce que l'Allemagne a pris une décision de circonstance quelques mois à peine après avoir renouvelé les permis d'exploitation de centrales nucléaires. Si l'on peut regretter que l'arbitrage d'investissement ait pour conséquence qu'une décision prise par un pouvoir démocratiquement élu afin de poursuivre l'intérêt général puisse faire l'objet d'une condamnation à indemniser les investisseurs, il n'en demeure pas moins que c'est juste. C'est le meilleur moyen de satisfaire les intérêts de deux parties : l'État est souverain mais doit assumer les conséquences de ses choix tandis que l'investisseur est indemnisé si son investissement est mis à mal par l'État d'accueil.

Une autre critique récurrente porte sur le fait que l'arbitrage d'investissement serait en réalité biaisé, conçu pour les investisseurs et leur octroyant de trop nombreux avantages injustifiés<sup>51</sup>. C'est méconnaître l'histoire de l'arbitrage et la jurisprudence arbitrale.

Méconnaître l'histoire tout d'abord, car ce sont bien les États qui ont eu la main au sujet de l'arbitrage d'investissement : ce sont bien eux qui décidaient ou non de conclure un contrat d'État, puis d'adhérer ou non à la Convention CIRDI ou de conclure des BIT. On ne peut, à ce titre, raisonnablement défendre l'idée que l'arbitrage d'investissement ait été conçu par les investisseurs et pour défendre leurs intérêts exclusifs.

Méconnaître ensuite la jurisprudence arbitrale car les États sont loin d'être systématiquement condamnés. *De facto*, ils obtiennent la plupart du temps gain de cause. Comme l'a rappelé l'avocat général MELCHIOR WATHELET dans ses conclusions pour l'affaire *Achmea*, les investisseurs n'obtenaient en 2018 gain de cause que dans 26,9% des cas en moyenne, ce qui

---

<sup>51</sup> P. JUILLARD, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger au détriment de l'État d'accueil », in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Nouveaux développements*, LGDJ, 2006, p. 190.

implique que l'État obtenait gain de cause dans 73,1% des arbitrages<sup>52</sup>. Ramené au niveau intra-européen, le niveau de réussite n'est plus que de 16,1% pour les investisseurs en 2018. Pourquoi dès lors, alors même que les statistiques prouvent le contraire, prétendre que l'arbitrage d'investissement privilégie les seuls investisseurs ? Les critiques ne verraient-ils que le verre à moitié vide, chaque condamnation de l'État étant vue comme un scandale et chaque gain de cause pour l'État comme allant de soi ?

S'il est vrai que dans le cadre d'un BIT seuls les États parties prennent des engagements – et que les investisseurs en tirent un droit d'agir contre leur État d'accueil alors même qu'ils n'ont aucune obligation vis-à-vis de celui-ci – il ne faut pas non plus perdre de vue que les États contractants sont intéressés : s'ils signent des BIT c'est uniquement dans le but d'attirer les investisseurs et partant leurs capitaux. Les États tirent donc également bénéfice des BIT ; il ne s'agit pas que d'un fardeau.

Il convient donc de nuancer les critiques, l'arbitrage d'investissement bénéficiant aux États au moins autant qu'aux investisseurs. Il n'y a en la matière pas de privilèges injustifiés.

Il se pourrait qu'une partie du ressentiment à l'égard de l'arbitrage d'investissement puisse s'expliquer par l'inconscient, et notamment la conception du contentieux dans l'imaginaire collectif. En Europe, dans l'hypothèse où une sentence arbitrale condamne l'État à indemniser des investisseurs, l'État sera souvent perçu par le public comme ayant été condamné et donc puni, faisant de lui un « criminel » alors que les investisseurs seront considérés comme des « victimes ». Cette façon de percevoir les choses traduit la vision encore beaucoup trop dualiste – dichotomique – que de nombreux États et le public européens continuent à entretenir, divisant le monde entre le bien et le mal, les bourreaux et les victimes, les coupables et les absous. Si aux États-Unis d'Amérique les concepts du bien et du mal ont toujours bonne presse, il n'en demeure pas moins que du point de vue du contentieux, les Américains n'éprouvent pas de honte à négocier et chercher à parvenir à un compromis au lieu de chercher systématiquement à écraser leur adversaire (cette dernière vision étant plus répandue en Europe continentale).

S'il apparaît donc qu'une mise au point du système de l'arbitrage international d'investissement peut être opportune, notamment en vue de permettre une interprétation plus souple des libertés laissées aux États eu égard aux impératifs environnementaux, sécuritaires, sanitaires<sup>53</sup> ou tout simplement d'intérêt public, l'arbitrage n'en demeure pas moins un outil essentiel dans le monde globalisé actuel, et en constitue un élément absolument indispensable. Peut-être l'arbitrage international d'investissement sous sa forme actuelle est-il voué à disparaître ou se transformer, mais l'objectif qu'il poursuit, lui, n'est certainement pas prêt de s'éteindre.

---

<sup>52</sup> Av.gén. M. WATHELET, concl.préc. C.J.U.E., arrêt du 6 mars 2018 (*Achméa*), C-284/16, EU:C:2017:699, point 44.

<sup>53</sup> La pandémie de Covid-19 en étant une démonstration flamboyante.

## TITRE II – LE BOULEVERSEMENT DE L'ARRET *ACHMEA*

### II.1. LE CONTEXTE EUROPEEN AVANT L'ARRET *ACHMEA*

#### II.1.1. POSITION DES ACTEURS EUROPEENS ET ETATIQUES

Si l'on pouvait dénombrer plusieurs dizaines de BIT intra-européens en 2018 au moment du prononcé de la décision de la CJUE dans l'affaire *Achmea*, la plupart de ceux-ci sont apparus récemment. En effet, la majorité des BIT intra-européens sont apparus entre 2004 et 2007 lors du cinquième élargissement de l'Union européenne qui a vu l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la Tchéquie, la Slovaquie, la Hongrie, la Slovénie, Chypre, Malte, la Bulgarie et la Roumanie rejoindre l'Union. Sur les 12 nouveaux États-membres, 10 ont appartenu d'une manière ou d'une autre au Bloc de l'Est sous domination soviétique. Afin de préparer leur adhésion, ceux-ci ont conclu des traités bilatéraux d'investissements avec une série d'États-membres de l'UE. Or ces BIT n'ont été dénoncés par aucune partie après l'adhésion pleine et entière de ces États à l'UE et aucune disposition ne prévoyait leur extinction dans les accords conclus par ces États et l'Union européenne. Cela a naturellement fait exploser le nombre de BIT intra-européens, et partant le nombre d'arbitrages d'investissement basés sur ces BIT.

Cette situation a alerté la Commission européenne qui, dès 2006, a fait de la lutte contre ces BIT internes un de ses chevaux de bataille<sup>54</sup>, sans succès néanmoins.

Ainsi la Commission et certains États-membres se sont appuyés sur le droit international public, notamment sur la Convention de Vienne sur le droit des traités, et plus particulièrement son article 59, afin de faire valoir que ces BIT s'étaient éteints implicitement en raison de la conclusion de nouveaux traités portant sur la même matière. La Commission a également fait valoir que l'incompatibilité de ces BIT avec le TFUE, adopté postérieurement aux traités bilatéraux d'investissement, avait automatiquement rendu inapplicables les BIT<sup>55</sup>.

La Commission, suivie par certains États-membres, a également mobilisé le droit communautaire afin de soutenir sa position.

Ainsi les BIT intra-européens constitueraient une rupture du principe d'égalité en ce que seuls les ressortissants d'États-membres ayant contracté des BIT pourraient saisir une juridiction arbitrale afin de régler leur différend avec l'État d'accueil. Ce faisant les BIT intra-européens permettraient de contourner le droit communautaire en soustrayant certains litiges de la compétence des cours et tribunaux étatiques, et ce pour certains justiciables seulement.

En outre les BIT intra-européens permettraient de confier l'interprétation du droit européen à des juridictions autres que celles prévues par le droit de l'Union, en contradiction avec l'article 344 du TFUE et l'arrêt *Mox Plant*<sup>56</sup> de la CJUE.

Enfin, en ce qu'en vertu du droit européen seules les juridictions dont la décision ne peut faire l'objet d'un recours en droit interne sont tenues de poser une question préjudicielle en cas de

---

<sup>54</sup> S. ROBERT-CUENDET, « La remise en cause du maintien d'un régime de protection spécifique des investisseurs étrangers » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 278.

<sup>55</sup> Article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à New York le 23 mai 1969.

<sup>56</sup> C.J.U.E., arrêt du 30 mai 2006 (*Mox Plant*), C-459/03, EU:C:2006:345.

doute sur l'interprétation ou l'application du droit européen<sup>57</sup>, il se pourrait qu'une sentence rendue sur base d'un BIT intra-européen et qui méconnaîtrait le droit communautaire soit tout de même appliquée, la juridiction étatique chargée du contrôle de la sentence n'étant pas tenue de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'UE. Cette situation insatisfaisante est aggravée par l'existence de la théorie de l'acte clair, laquelle permet à une juridiction suprême en principe obligée de poser une question préjudicielle de faire valoir que la question a déjà été traitée par la CJUE dans une affaire précédente<sup>58</sup>. Ce faisant, les sentences arbitrales pourraient échapper au contrôle de la CJUE quelle que soit la juridiction chargée de les contrôler, suprême ou non. Enfin, comme les sentences des arbitrages CIRDI bénéficient d'un régime tout à fait particulier de contrôle, celles-ci échappent totalement au contrôle juridictionnel par les tribunaux étatiques ou la CJUE.

## II.1.2. POSITION DES JURIDICTIONS ARBITRALES

Face aux critiques avancées par la Commission européenne, les juridictions arbitrales ont toujours conclu à la compatibilité des BIT intra-européens avec le droit communautaire et partant à leur compétence pour entendre le litige et le trancher, et ce dès la première sentence à ce sujet : *Eastern Sugar c. république tchèque*<sup>59</sup>.

Dans cette affaire le tribunal arbitral a directement répondu à la critique de la Commission basée sur l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : le droit européen et les BIT ne partagent pas le même champ d'application matériel. Le tribunal arbitral souligne que si tant les BIT et le droit européen protègent les capitaux, ils ne le font pas de la même manière ni dans le même temps. Il faudrait davantage voir le droit européen et les BIT intra-européens comme complémentaires<sup>60</sup>, une vision que l'Avocat général MELCHIOR WATHELET partagera dans ses conclusions pour l'affaire *Achmea*<sup>61</sup>. Nous y reviendrons.

Depuis cette sentence de 2007, les juridictions arbitrales ont systématiquement tranché en faveur de la compatibilité des BIT intra-européens ainsi que de leur propre compétence à trancher les litiges introduits sur cette base.

Ces tribunaux arbitraux n'ont jamais posé de question préjudicielle à la CJUE, se basant sur l'arrêt *Nordsee*<sup>62</sup> de la CJCE qui avait exclu cette possibilité en considérant qu'un arbitre appelé à statuer sur un différend sur base d'une clause compromissoire ne peut être qualifié de « juridiction d'un État-membre » et ne peut dès lors poser de question préjudicielle à la Cour.

---

<sup>57</sup> Article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

<sup>58</sup> K. VON PAPP, *Clash of autonomous legal orders: Can EU member States Courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ?*, C.M.L.R., 2013, p. 1063.

<sup>59</sup> *Eastern Sugar c. République tchèque*, SCC n°088/2004, CNUDCI, sentence du 27 mars 2007.

<sup>60</sup> *Eastern Sugar c. République tchèque*, *op. cit.*, §168.

<sup>61</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 210 et s.

<sup>62</sup> C.J.C.E., arrêt du 23 mars 1982 (*Nordsee*), affaire 102/81, EU:C:1982:107.

## II.2. L'ARRET *ACHMEA* CONTRE SLOVAQUIE

### II.2.1. LES FAITS EN QUESTION

Les faits ayant mené à l'arrêt *Achmea* constituent presque un modèle-type des circonstances pouvant mener à un arbitrage international d'investissement.

En 2004, parallèlement à son adhésion à l'UE la Slovaquie a décidé de libéraliser son marché des assurances maladies. La société de droit néerlandais Eureko, qui prendra par la suite le nom d'*Achmea*, décide de profiter de cette opportunité en établissant une filiale en Slovaquie. Cependant, en 2006, le gouvernement slovaque décide de revenir sur la libéralisation de certains marchés, notamment celui de l'assurance maladies<sup>63</sup> en interdisant la distribution de bénéfices générés par les activités d'assurance maladies et la vente de portefeuilles d'assurance. Cette décision ayant gravement porté atteinte aux investissements d'Eureko, celle-ci décide d'introduire une procédure d'arbitrage contre la Slovaquie sur base de l'article 8 du BIT conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie.

La procédure suit le règlement CNUDCI, et est menée sous les auspices de la Chambre de commerce de Stockholm tandis que le siège de l'arbitrage est fixé à Francfort-sur-le-Main, en Allemagne.

La Slovaquie, rejointe par la Commission Européenne en qualité d'*amicus curiae*, invoque que le BIT conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie n'est pas applicable, en vertu des articles 30 et 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Commission ajoute que les BIT intra-européens présentent un risque systémique pour l'Union et que seule la CJUE est compétente dès que le droit européen est d'application, même si celle-ci est partielle.

Par une sentence du 7 décembre 2012 la Slovaquie est condamnée à indemniser *Achmea* pour le préjudice subi par cette dernière. Refusant cette sentence, la Slovaquie introduit un recours en annulation contre la sentence devant l'*Oberlandsgericht* de Francfort. Cette juridiction rejette le recours en annulation introduit par la Slovaquie. Insatisfaite, la Slovaquie décide de former un pourvoi contre cette décision devant la Cour fédérale de justice d'Allemagne.

Celle-ci décide de poser trois questions préjudicielles à la CJUE, que nous résumerons comme suit :

- Le BIT est-il compatible avec l'article 344 du TFUE<sup>64</sup> ?
- Quid de sa compatibilité avec l'article 267 du TFUE<sup>65</sup> ?
- En cas de réponse négative aux deux premières questions, quid de sa compatibilité avec l'article 18 du TFUE<sup>66</sup> ?

---

<sup>63</sup> Par un arrêt du 26 janvier 2011, la Cour constitutionnelle de la République slovaque a jugé la réforme de 2006 comme contraire à la Constitution.

<sup>64</sup> D'après lequel « 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. »

<sup>65</sup> Lequel prévoit dans quelles conditions la Cour peut ou doit être interrogée si une question d'interprétation ou d'application du droit européen est soulevée devant une juridiction d'un État-membre.

<sup>66</sup> En vertu duquel « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. »

## II.2.2. LES CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GENERAL

Les conclusions de l'Avocat général MELCHIOR WATHELET dans cette affaire sont très instructives et mériteraient à elles seules toute une étude. Nous nous contenterons néanmoins d'en broser les idées principales.

L'Avocat général débute son exposé par des remarques liminaires, tout d'abord en soulignant l'importance particulière que revêt l'affaire en question. En effet, il s'agit de la première opportunité pour la CJUE de se prononcer au sujet des BIT intra-européens, dont on ne dénombre pas moins de 196 itérations<sup>67</sup>. Jusqu'alors, la validité des BIT intra-européens était supposée, à titre purement putatif.

Il prend ensuite le temps de souligner que sans réelle surprise les États dont proviennent la plupart des investisseurs sont favorables à la compatibilité des BIT intra-européens avec le droit de l'Union tandis que les États plus souvent amenés à se défendre dans ces procédures d'arbitrage, et provenant souvent de l'ancien Bloc de l'Est, s'y opposent<sup>68</sup>. En d'autres termes, les États condamnés sur base de BIT intra-européens soutiennent leur incompatibilité avec le droit de l'Union : surprenant...

Il souligne ensuite l'attitude incohérente de la Commission sur la question, laquelle promeut la signature de BIT par les États-membres et les candidats à l'adhésion à l'UE, mais n'a jamais exigé de ceux-ci qu'ils dénoncent ces BIT une fois l'adhésion à l'UE finalisée. La Commission n'a pas non plus inclus de clause d'extinction de ces traités dans les traités d'adhésion de ces États à l'UE<sup>69</sup>. Pourquoi dès lors fustiger les BIT intra-européens si la Commission s'en est longtemps remise à eux et n'a jamais réellement œuvré pour leur disparition ? L'Avocat général ajoute que dans le cadre du TCE, la Commission n'a jamais remis en cause le système d'arbitrage contenu par la Charte de l'Energie, laquelle a été initiée par la Commission sans soulever d'objections.

Enfin, s'agissant du risque systémique de violation du droit européen que constitue l'arbitrage d'investissement interne aux yeux de la Commission, MELCHIOR WATHELET met en exergue que sur les dizaines de sentences rendues en la matière, seule la sentence *Micula c. Roumanie*<sup>70</sup> a violé le droit européen, cette affaire n'étant même pas purement interne puisque la Roumanie n'était à l'époque pas encore membre de l'UE<sup>71</sup>.

L'Avocat général s'attèle ensuite à répondre aux trois questions préjudicielles soulevées, en revoyant leur ordre néanmoins.

Débutant par la troisième question, il défend l'idée que le BIT entre les Pays-Bas et la Slovaquie ne contrevient pas à l'article 18 du TFUE en ce que la plupart des États-membres ont conclu avec la Slovaquie des BIT similaires. Il n'y a, partant, pas de rupture de l'égalité contrairement à ce que faisaient valoir une série d'États-membres considérant que les BIT intra-européens contribuent à créer une rupture de l'égalité entre les ressortissants d'États-membres pouvant agir en arbitrage sur base de BIT et les ressortissant d'autres États-membres n'ayant pas signé

---

<sup>67</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 2 et s.

<sup>68</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 34 et s.

<sup>69</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 39 et s.

<sup>70</sup> *Ioan Micula e.a. C. Roumanie*, CIRDI n° ARB/05/20 sentence du 11 décembre 2013.

<sup>71</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 45.

de tels BIT<sup>72</sup>. L'Avocat général conclut donc que le BIT en cause respecte bien l'article 18 du TFUE.

S'agissant de la compatibilité du BIT avec l'article 267 du TFUE, l'Avocat général conclut que les juridictions arbitrales établies sur base d'un BIT constituent des juridictions au sens de l'article 267 du TFUE et peuvent ce faisant poser des questions préjudicielles à la Cour. Cette position ne contredit en rien la jurisprudence de la Cour sur cette question, notamment l'arrêt *Nordsee*, mais également une série d'autres arrêts.

Ainsi, en concluant le BIT, les États parties conviennent de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends avec les investisseurs, ce qui les contraint à recourir à une juridiction arbitrale et à se plier à sa décision. En effet, les sentences rendues par les juridictions arbitrales sont obligatoires au même titre que les jugements rendus par les cours et tribunaux étatiques à partir du moment où les parties ont choisi de recourir à l'arbitrage plutôt qu'une procédure devant un tribunal étatique. Bien que les juridictions arbitrales ne siègent pas en permanence, un tribunal arbitral étant constitué pour chaque affaire, les centres d'arbitrage auquel sont rattachés les tribunaux arbitraux sont en revanche permanents, ce qui remplit le critère de permanence de la juridiction. L'indépendance des arbitres est en outre garantie par le centre d'arbitrage, les arbitres devant signaler tout élément à même de mettre en cause leur impartialité. Enfin, les juridictions arbitrales respectent une procédure prédéfinie, soit *ad hoc*, soit sur base d'un règlement d'arbitrage établi par un centre d'arbitrage, et garantissant aux parties d'être entendues et de se défendre, en accord avec le principe du contradictoire. Ce faisant, les juridictions arbitrales respectent tous les critères établis par la jurisprudence de la Cour pour constituer une juridiction, à savoir : une origine légale, une permanence, le caractère obligatoire de la juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organisme de règles de droit, ainsi que son indépendance<sup>73</sup>.

Enfin, s'agissant de la compatibilité du BIT avec l'article 344 du TFUE, MELCHIOR WATHELET en arrive à la conclusion que l'article 8 n'a vocation à régir que les litiges entre États-membres ou États-membres et l'Union. Les litiges opposant des États-membres et des particuliers ne font pas partie des litiges visés par l'article 8 du TFUE, comme en témoigne l'*avis 2/13* de la CJUE<sup>74</sup> relatif à l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). Dans cet avis, la CJUE avait refusé d'aborder la question des litiges opposant des États et des particuliers, ce qui constitue pourtant les litiges les plus courants à la Cour européenne des droits de l'Homme.

Au propos de la troisième question préjudicielle MELCHIOR WATHELET ajoute qu'il est impossible que la juridiction arbitrale ait à se prononcer sur l'application ou l'interprétation du droit européen, les champs d'applications du BIT et du droit européen étant fondamentalement différents. En effet, la protection offerte par le BIT est bien plus large que celle offerte par le droit européen : ainsi la clause de la Nation la plus favorisée, la clause de rémanence<sup>75</sup> ou la

---

<sup>72</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 60 et s.

<sup>73</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, points 86-131.

<sup>74</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, points 151-152.

<sup>75</sup> S. BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, Marseille, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2012, p. 118.

possibilité même de recourir à l'arbitrage international pour résoudre les litiges entre État et investisseurs sont autant de dispositifs ne trouvant aucun équivalent en droit communautaire<sup>76</sup>. Droit européen et BIT ont donc tous deux vocation à protéger l'investissement, mais ils le font à des moments et degrés différents, et ne sont pas concurrents. Leurs champs d'application et effets diffèrent sans toutefois se contredire ou se gêner. A ce titre les BIT ne portent selon l'Avocat général pas atteinte à la répartition des compétences au sein de l'Union. S'agissant du contrôle juridictionnel des sentences arbitral, MELCHIOR WATHELET estime que le contrôle exercé lors d'un éventuel recours en annulation contre la sentence suffit. Anticipant une remarque relative à l'impossibilité de procéder à un contrôle juridictionnel pour les arbitrages CIRDI ou les arbitrages dont le siège est fixé en dehors de l'Union, l'Avocat général ajoute que, dans cette hypothèse, la Commission pourrait tout à fait agir contre l'État-membre concerné par le biais d'un recours en annulation<sup>77</sup>.

L'Avocat général conclut donc à la compatibilité du BIT conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie avec les articles 18, 267 et 344 du TFUE<sup>78</sup>. Le BIT est donc considéré comme compatible avec le droit européen.

### II.2.3. LA POSITION DE LA COUR

Alors qu'elle rend son tout premier arrêt sur la question des BIT intra-européens, la Cour de justice décide d'ignorer les observations de l'Avocat général et statue en totale contradiction avec les conclusions de celui-ci. Non seulement la Cour décide de ne pas suivre l'Avocat général, mais en plus elle le fait par le biais d'un arrêt très court, à peine quelques pages, alors que l'Avocat général avait pour sa part présenté des conclusions assez longues afin de ne pas omettre de détails. Conséquence directe de son caractère raccourci, l'arrêt est avare en détails et en argumentation. On y verrait presque une parenté avec l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka* de la Cour suprême des États-Unis<sup>79</sup>, lequel était volontairement court afin de limiter la polémique, d'autant plus que la Cour y opérait un revirement capital de sa jurisprudence au sujet de la ségrégation.

La Cour débute en soulignant que le droit de l'Union est autonome tant vis-à-vis du droit interne de ses États-membres que vis-à-vis du droit international<sup>80</sup>. Or, « Pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union<sup>81</sup> ». Ainsi ce sont les juridictions nationales et la Cour de justice qui assurent l'application du droit européen et la protection juridictionnelle des justiciables en vertu du droit européen<sup>82</sup>.

Revenant à l'affaire en question, la Cour précise que le droit européen faisant intégralement partie du droit en vigueur au sein de ses États-membres les juridictions arbitrales constituées

---

<sup>76</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 199 et s.

<sup>77</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 253 et s.

<sup>78</sup> Av.gén. M. WATHELET, *op cit.*, point 273.

<sup>79</sup> *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, U.S Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954)

<sup>80</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), C-284/16, EU:C:2018:158, point 33.

<sup>81</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, point 35.

<sup>82</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, point 36.

sur base d'un BIT seront forcément amenées à appliquer et à interpréter le droit européen<sup>83</sup>. Cela ne poserait pas de problème particulier si les juridictions arbitrales étaient considérées comme des juridictions au sens de l'article 267 du TFUE. Cependant, la Cour, aux paragraphes 45 et 46 de son arrêt, refuse de qualifier les tribunaux arbitraux constitués conformément à l'article 8 du BIT Pays-Bas-Slovaquie comme constituant une juridiction, retenant que le recours à un tribunal arbitral présente un caractère dérogatoire par rapport aux ordres juridiques des Pays-Bas et de la Slovaquie. Ce caractère dérogatoire est même présenté par la Cour comme la raison d'être du BIT. Les tribunaux arbitraux n'étant pas considérés comme des juridictions, ils ne peuvent poser de question préjudicielle à la Cour de justice<sup>84</sup>.

Au surplus, il n'existe pas de garanties suffisantes permettant d'assurer le contrôle de la bonne application du droit européen par la juridiction arbitrale, notamment en raison du libre choix laissé aux parties s'agissant du choix du siège de l'arbitrage<sup>85</sup>. Si les parties au litige en cause avaient bien choisi l'Allemagne comme siège de leur arbitrage, où un contrôle par une juridiction est possible et où la juridiction peut poser une question préjudicielle à la Cour de justice, elles auraient très bien pu choisir de fixer le siège de l'arbitrage en dehors de l'UE. Partant le contrôle juridictionnel pourrait ne pas être possible du tout. Cette solution est inacceptable pour la Cour.

La Cour concède que le contrôle juridictionnel soit limité dans le cadre de l'arbitrage commercial international<sup>86</sup>, mais refuse d'étendre cette logique aux arbitrages internationaux d'investissement dans la mesure où ce sont les États-membres eux-mêmes et non des particuliers qui ont convenu de déroger au système juridictionnel étatique<sup>87</sup>.

Enfin, la Cour admet qu'un traité international puisse créer une juridiction qui dérogerait à sa compétence<sup>88</sup>, mais à la condition que l'Union elle-même soit partie à l'accord. Or, *in casu* ce sont les États-membres seuls qui ont convenu de déroger à la compétence de la CJUE en concluant le BIT<sup>89</sup>.

Ayant répondu par la négative aux deux premières questions posées par la juridiction de renvoi, la Cour ne prend pas la peine de répondre à la troisième question, à savoir la compatibilité du BIT avec l'article 18 du TFUE<sup>90</sup>.

La Cour considère donc que le BIT conclu par les Pays-Bas et la Slovaquie est incompatible avec les articles 344 et 267 du TFUE. Partant, le BIT était inapplicable *in casu* et le tribunal arbitral ne pouvait donc pas être valablement constitué.

---

<sup>83</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, points 41-42.

<sup>84</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, point 49.

<sup>85</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, points 51-58.

<sup>86</sup> A condition que les juridictions nationales puissent contrôler le respect des normes fondamentales de l'UE.

<sup>87</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, points 54-55

<sup>88</sup> C'est notamment le cas de la Charte de l'Énergie à laquelle l'Union est partie.

<sup>89</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, point 57.

<sup>90</sup> C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), *op cit.*, point 61.

## TITRE III – LE CADRE JURIDIQUE EUROPEEN ACTUEL : LA FIN DES BIT INTRA-EUROPEENS

### III.1. L'INCERTITUDE DES DEBUTS

L'arrêt *Achmea* a fait dans le monde de l'arbitrage international d'investissement l'effet d'une petite bombe. Pour la première fois, la CJUE se prononçait sur la validité des BIT intra-européens et répondait négativement à la question. La plus grosse partie de la doctrine a mal accueilli cette décision, l'essentiel de la doctrine étant plutôt favorable à l'arbitrage international d'investissement.

Force est de constater que par son caractère abrégé, la portée exacte de l'arrêt a été malaisée à saisir. Cela a donné lieu à une période d'incertitude assez délicate.

S'agissant en premier lieu de la portée exacte de l'arrêt, des auteurs comme PHILIPPE PINSOLLE et ISABELLE MICHOU n'ont pas manqué de souligner que l'arrêt *Achmea* ne portait *in fine* que sur la validité du BIT conclu par les Pays-Bas et la Slovaquie<sup>91</sup>. Il en restait encore des dizaines. Vu sous ce spectre, l'arrêt *Achmea* semble d'une importance toute relative. Nous devons néanmoins souligner que si cette remarque est pertinente, il serait tout de même très surprenant de voir la Cour revenir sur sa décision dans le cadre d'affaires impliquant d'autres BIT intra-européens. La décision de la CJUE dans l'affaire *Achmea* apparaît en effet comme tellement ferme et laissant peu de place à l'interprétation, et partant à un éventuel revirement de jurisprudence, que nous ne sommes pas loin de penser que l'arrêt *Achmea* suffise à lui seul à invalider tous les BIT intra-européens pour peu qu'ils comprennent une clause d'arbitrage. Cette décision concernerait donc potentiellement presque tous les BIT intra-européens !

Il faut néanmoins limiter la portée de l'arrêt. La Cour a en effet choisi de ne se prononcer que sur base du droit de l'Union et non du droit international. Cela implique que les arbitrages de type CIRDI ne sont pas concernés par l'arrêt. Il sera donc toujours possible dans le cadre de ce type d'arbitrage d'obtenir une sentence, laquelle conformément à l'article 54 de la Convention CIRDI sera exempte d'un contrôle judiciaire par une juridiction étatique. En outre, pour contourner l'interdiction de l'arrêt *Achmea*, il suffira que les parties au BIT choisissent d'établir le siège de l'arbitrage en dehors de l'Union. Le juge européen pourra refuser d'accorder l'*exequatur* à une sentence obtenue dans de telles conditions, mais il suffira de faire exécuter la décision en dehors de l'Union, par exemple sur des avoirs appartenant à l'État-membre condamné et situés en dehors du territoire européen<sup>92</sup>, pour en assurer *de facto* l'exécution.

S'agissant de l'incertitude que cet arrêt soulève, elle est principalement de deux ordres.

Il s'agit d'abord de déterminer quel sort réserver aux procédures en cours et aux clauses de rémanence des BIT qui permettent de maintenir leurs effets pendant un certain temps après l'extinction de l'accord<sup>93</sup>. L'arrêt *Achmea* ne donne pas de solution à cette question, et il faudra

---

<sup>91</sup> P. PINSOLLE et I. MICHOU, *Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissements intra-UE ?*, Dalloz Actualités, 7 mars 2018.

<sup>92</sup> N. LAVRANOS, « Black Tuesday : The end of EU BIT », Thomson Reuters Arbitration Blog, 7 mars 2018, disponible sur <http://arbitrationblog.practicallaw.com>.

<sup>93</sup> S. BONOMO, *op cit.*, p. 118.

attendre 2020 et l'adoption de l'Accord portant extinction des BIT intra-européens pour obtenir une réponse à cette question, deux ans après l'arrêt *Achmea*.

Il s'agit ensuite de déterminer si le vide laissé par *Achmea* va ou non porter préjudice aux investisseurs et partant aux investissements au sein de l'UE. Le droit européen suffit-il à lui seul pour répondre aux défis que pose la matière complexe des investissements ? Nous répondrons à cette question plus tard.

### **III.2. L'ACCORD PORTANT EXTINCTION DES BIT INTRA-EUROPEENS**

Il faut attendre le 5 mai 2020, soit plus de deux ans après l'arrêt, pour que les États-membres conviennent enfin de donner suite aux considérations de l'arrêt *Achmea*. Ce jour-là, les États-membres adoptent l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne (« L'Accord »).

S'agissant de son champ d'application matériel, l'Accord ne concerne que les traités bilatéraux d'investissement intra-européens, à savoir les BIT dont toutes les parties sont membres de l'Union Européenne, conformément à l'article 4 de l'Accord.

L'Accord constitue la mise en œuvre de l'arrêt *Achmea*. A ce titre, son article 2 met fin à tous les BIT énumérés à l'annexe A, et met fin à leurs clause de rémanence avec effet immédiat. Partant plus aucun arbitrage ne peut être intenté sur leur base<sup>94</sup>. L'article 3 met quant à lui fin aux clauses de rémanence des BIT énumérés à l'annexe B. Il était important de mettre fin à ses clauses de rémanence faute de quoi il aurait été plus que probable de voir une série de litiges être introduits par des investisseurs durant la période de maintien des effets des BIT intra-européens prévoyant cette possibilité.

L'Accord apporte également des précisions quant au sort réservé aux procédures d'arbitrages achevées, nouvelles ou en cours. Ainsi, conformément à l'article 6 de l'Accord, les arbitrages achevés<sup>95</sup> ne peuvent pas être rouverts. Cette décision est sage et favorise la sécurité juridique. Nous éprouvons néanmoins des difficultés à imaginer les États-membres décider du contraire : aucun investisseur n'aurait accepté cette situation et c'est assurément une avalanche de procédures de contestation qui aurait déferlées sur les États-membres. En revanche, l'article 7 prévoit que pour les arbitrages en cours ou nouveaux<sup>96</sup> introduits sur base d'un BIT, les parties doivent informer le tribunal arbitral des conséquences de l'arrêt *Achmea*, et renoncer à faire exécuter la sentence arbitrale ou en demander l'annulation devant les juridictions étatiques, même tierces. L'article 9 donne également la possibilité aux parties d'un arbitrage en cours d'entamer une procédure de dialogue en vue d'arriver à un accord transactionnel. Ce point est plus sensible. Alors même que la procédure d'arbitrage international a valablement été

---

<sup>94</sup> Article 5 de l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020.

<sup>95</sup> Entendez les procédures d'arbitrage ayant pris fin par un accord de règlement ou par une sentence finale rendue avant le 6 mars 2018.

Article 1 de l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020.

<sup>96</sup> Entendez les procédures d'arbitrage engagées à partir du 6 mars 2018.

Article 1 de l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020.

introduite, l'Accord empêche son bon déroulement. Il est dans ces conditions impossible de mener la procédure jusqu'à son terme, et les investisseurs qui bénéficie d'une sentence arbitrale allant dans leur sens ne peuvent pas s'en prémunir et doivent même en demander l'annulation ! La situation est cocasse, pour ne pas dire ridicule et injuste dans la mesure où le bon déroulement de la procédure est remis en cause par un acte de droit dérivé adopté par les États-membres en pleine procédure.

Enfin, c'est l'article 10 de l'Accord qui détaille la procédure à suivre pour régler le litige opposant l'investisseur et l'État d'accueil dans l'architecture post *Achmea*. L'investisseur pourra introduire un recours devant les juridictions nationales de l'État d'accueil, et ce, même après expiration des délais nationaux à condition (I) que l'investisseur se soit retiré de la procédure d'arbitrage en cours et ait renoncé à tous droits et réclamations au titre du traité bilatéral d'investissement concerné, ou renoncé à l'exécution d'une sentence déjà rendue mais pas encore définitivement exécutée, et renoncé à engager des procédures d'arbitrage nouvelles, (II) que l'accès à la juridiction nationale soit utilisé pour introduire une demande fondée sur le droit national ou le droit de l'Union, et (III) qu'aucun accord de règlement transactionnel n'ait été conclu à la suite du dialogue structuré prévu à l'article 9 de l'Accord<sup>97</sup>. L'article 10 prévoit en outre une série de délais à respecter par l'investisseur pour bénéficier de la procédure hors délais prévus par le droit national.

C'est donc aux juridictions nationales de l'État d'accueil que revient la tâche de juger si l'État d'accueil doit ou non indemniser les investisseurs, et dans quelle mesure.

Nous soulignons également, et ceci clôturera notre exposé de l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, que celui-ci prévoit dans son préambule que « le présent accord devrait couvrir toutes les procédures d'arbitrage entre investisseurs et États se fondant sur des traités bilatéraux d'investissement intra-Union relevant d'une quelconque convention d'arbitrage ou d'un quelconque ensemble de règles d'arbitrage, en ce compris la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la convention CIRDI) et les règlements d'arbitrage du CIRDI, le règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), le règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS), le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et l'arbitrage ad hoc. » Partant, l'Accord apporte une solution aux lacunes de l'arrêt *Achmea*, lequel ne donnait pas de solution s'agissant des arbitrages CIRDI. Il nous est impossible de prédire comment le texte de l'Accord et la Convention CIRDI vont interagir à l'avenir. Nous croyons néanmoins que dans le cadre de ces arbitrages, les tribunaux arbitraux rechigneront à appliquer l'Accord, notamment s'agissant des arbitrages en cours. Seul l'avenir nous éclairera sur cette question.

---

<sup>97</sup> Article 10 de l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020.

### III.3. UNE SOLUTION SUFFISANTE ?

Il est encore trop tôt pour juger des conséquences sur le long terme que vont entraîner l’extinction et l’interdiction des BIT intra-européens, d’autant plus que les États-membres procèdent en ce moment (juillet 2021) à la ratification des accords, l’avant-projet de loi d’assentiment à l’Accord venant tout juste d’être approuvé par le Conseil des ministres en Belgique<sup>98</sup>. Il est toutefois possible

Néanmoins, comme nous l’avons esquissé au point III.1, nombreux sont les acteurs de l’arbitrage international d’investissement à s’être demandés si les solutions dessinées par le droit européen, l’arrêt *Achmea* et plus tard l’Accord portant extinction des BIT intra-européens suffisent à résoudre la question des investissements internationaux intra-européens. Nous répondons par la négative.

En renvoyant les litiges devant les juridictions de l’État d’accueil de l’investissement, l’Accord n’a fait que redonner naissances aux craintes d’autrefois, à savoir que le tribunal ne soit pas impartial et soit obéisse aux ordres du gouvernement, soit rechigne pour une raison ou une autre à condamner l’État. Ce sentiment est particulièrement aggravé par la situation politique actuelle dans certains États-membres tels la Pologne et la Hongrie, lesquels cherchent régulièrement à réduire comme peau de chagrin les garanties d’indépendance de leurs systèmes judiciaires. Ces craintes s’agissant de l’indépendance du système judiciaire de certains États-membres conjuguées à l’inévitable chute des investissements en UE que va provoquer l’Accord entraîne certains à se demander si l’interdiction des BIT intra-européen n’est pas une solution un peu trop extrême en comparaison des maux que l’interdiction entend résoudre. PHILIPPE FOLLIOT, rapporteur du Projet de loi autorisant la ratification de l’accord portant extinction des traités bilatéraux d’investissement entre États membres de l’Union européenne, partage ces craintes dans son rapport au Sénat français<sup>99</sup>.

En outre, le droit européen protège insuffisamment les investisseurs. Alors que la plupart des BIT contenaient des dispositions telles que la clause de la Nation la plus favorisée, le droit européen ne connaît pas de telle disposition.

De plus, l’arme de dissuasion que constituait la clause d’arbitrage contenue dans ces BIT ne trouve pas d’équivalent en droit européen non plus<sup>100</sup>. Ces clauses d’arbitrages obligeaient l’État d’accueil à réfléchir longuement avant d’adopter une quelconque décision par crainte de se voir aussitôt attiré devant un tribunal arbitral par un investisseur insatisfait. La solution mise en place par l’article 10 de l’Accord est à ce titre insuffisante : l’État n’est pas encouragé à limiter sa hargne et il n’hésitera pas à agir, se sentant protégé d’une part par la lenteur et la complexité de la procédure de droit interne que l’investisseur devra suivre pour obtenir réparation<sup>101</sup>, et d’autre part par la possibilité que le tribunal étatique ne le condamne pas, par connivence ou pur cynisme.

---

<sup>98</sup> Belgique, Conseil des ministres du 23 juillet 2021.

<sup>99</sup> Projet de loi autorisant la ratification de l’accord portant extinction des traités bilatéraux d’investissement entre États membres de l’Union européenne, *Doc.*, Sén., Rapport n° 359 (2020-2021).

<sup>100</sup> En effet, aucune disposition européenne ne permet de recourir à un arbitrage pour régler un litige opposant un particulier à l’État.

<sup>101</sup> L’État d’accueil pouvant en outre réformer sa procédure judiciaire à sa guise afin de créer des obstacles matériels.

S'il est vrai que l'Accord apporte une réponse au sujet du statut des procédures d'arbitrage en cours ou déjà terminées, les lacunes qu'il laisse persister et le peu de solutions qu'il propose ne nous permettent pas à l'heure actuelle de juger la situation comme satisfaisante.

## CONCLUSION

Au cours de cette étude nous avons pu constater que l'arbitrage international d'investissement est une matière complexe, à la frontière entre le droit public et le droit privé, posant de nombreuses questions de légitimité morale, en constante évolution et capable de se réinventer.

L'arrêt *Achmea* et l'Accord portant extinction des BIT intra-européens ont considérablement ébranlé l'édifice, considérant que le droit européen et la CJUE suffisaient à eux seuls à protéger les investissements dans l'Union. Ce n'est pas notre avis, et nous pensons que l'Europe l'apprendra à ses dépens lorsqu'exposée à la pratique, l'Union ne pourra que constater l'insuffisance des solutions apportées jusqu'à maintenant.

Nous décidons néanmoins de rester optimistes. Si la situation insatisfaisante actuelle est un prérequis à une réforme permettant de répondre aux attentes des acteurs de l'arbitrage international d'investissement et du public, en vue d'enfin pouvoir appliquer ces principes dans un climat apaisé et confiant, alors nous nous en réjouissons. En revanche, si cette situation ne devait pas évoluer, nous pensons que l'Union se dirige vers une impasse, où l'investissement en son sein ne sera pas encouragé et où en manque de compétitivité face à ses alliées, rivaux ou même voisins (le Royaume-Uni), il ne restera à l'Europe qu'à perdre de son prestige et *in fine* de son importance.

Si l'UE est un véritable leader s'agissant du commerce international, des droits et libertés, la protection sociale, l'innovation technologique<sup>102</sup>, la santé et la promotion du sport, et osons le dire, la transition écologique, elle doit impérativement le rester. Or, pour atteindre cet objectif, l'Union doit se donner les moyens de son ambition. La Commission actuelle semble volontaire et proactive. Gageons qu'elle le reste et ouvre un important chapitre de l'histoire de l'Union, que nous souhaitons resplendissant...

---

<sup>102</sup> Bien que sur ce point, l'Union accuse encore un certain retard par rapport à des pays comme les États-Unis ou encore la Chine et le Japon.





## REMERCIEMENTS

Je souhaiterais adresser mes remerciements les plus sincères et profonds à toutes les personnes ayant contribué, de près ou de loin, à l'élaboration de ce mémoire ainsi qu'à l'accomplissement de mes études de droit. Ce parcours aura été long et sinueux, douloureux parfois, et je n'y serais pas parvenu sans votre aide précieuse. Je tiens donc à vous en remercier du fond du cœur.

Je voudrais remercier tout particulièrement :

– le Professeur Caprasse, mon directeur de mémoire, qui m'a initié au droit des sociétés et au droit de l'arbitrage et des modes alternatifs de résolution des conflits, et permis de consacrer mon mémoire à une matière et des problématiques qui font mon intérêt depuis que j'ai eu la chance d'y être introduit. Je le remercie également pour sa disponibilité. J'espère modestement que ce mémoire sera à la hauteur de ses attentes.

– Les équipes d'Alter Domus Luxembourg, que j'ai eu la chance de côtoyer trois mois et avec qui, outre un stage très satisfaisant, j'ai pu partager mon intérêt pour l'arbitrage et demander des conseils pour mon mémoire mais également pour ma vie professionnelle.

– Ma famille et mes amis qui ont toujours été à mes côtés et soutenu dans mes choix personnels et professionnels. Votre présence m'a considérablement aidé à relativiser et avancer tout au long de ces années d'études. Merci de m'avoir supporté dans les mauvais moments, encouragé dans les bons, et surtout de m'avoir respecté en croyant constamment en moi. Je serai éternellement votre débiteur.

– Enfin, à mes condisciples de promotion, avec qui j'ai eu l'honneur de grandir et vécu des moments inoubliables, dans la réussite comme dans l'adversité. Je vous souhaite le meilleur pour le futur. Qui sait, le destin nous réunira-t-il peut être à nouveau.

À toutes et tous j'adresse un ultime remerciement.



# BIBLIOGRAPHIE

## DOCTRINE

- M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, Domat, L.G.D.J., 2014.
- R. BEAUCHARD et S. ALBERTIN, *L'Assujettissement des Nations : Controverses autour du règlement des différends entre Etat et investisseurs*, Paris, Editions Charles Léopold Meyer, 2017.
- S. BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, Marseille, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2012.
- J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10e éd., Paris, Montchrestien, 2012.
- C. CREPET DAIGREMONT, « les sources du droit international des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- M. DUCOS, *L'originalité du système juridique romain*, Vita Latina, n°130-131, 1993.
- A. GILLES, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- P. JUILLARD, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger au détriment de l'Etat d'accueil », in C. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Nouveaux développements*, LGDJ, 2006.
- LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- E. LOQUIN, « La coexistence du droit de l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'arbitrage commercial international : conflit ou complémentarité » in O. Filali, *Vers une lex mediterranea des investissements*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2ème édition, Paris, Pedone, 2017.
- P. PINSOLLE et I. MICHOU, *Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissements intra-UE ?*, Dalloz Actualités, 7 mars 2018.
- A. PRUJINER, *L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?*, Rev. Arb., 2005.
- P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3e éd., Paris, PUF, 1995.
- S. ROBERT-CUENDET, « La remise en cause du maintien d'un régime de protection spécifique des investisseurs étrangers » in S. Robert-Cuendet (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- J. SALACUSE, *The law of investment treaties*, 2ème édition, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2002.
- K. VON PAPP, *Clash of autonomous legal orders: Can EU member States Courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ?*, C.M.L.R., 2013.

## **JURISPRUDENCE**

### **COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

- C.J.C.E., arrêt du 23 mars 1982 (*Nordsee*), affaire 102/81, EU:C:1982:107.
- C.J.U.E., arrêt du 30 mai 2006 (*Mox Plant*), C-459/03, EU:C:2006:345.
- C.J.U.E, arrêt du 6 mars 2018 (*Achmea*), C-284/16, EU:C:2018:158, point 33.

### **JURISPRUDENCE ARBITRALE**

- CPJI, *Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, Série A/B 76.
- *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, CIRDI n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, I.L.M., 1990.
- *Salini Costruttori SpA c. Maroc*, CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, ICSID Reports vol. 6.
- *Eastern Sugar c. République tchèque*, SCC n°088/2004, CNUDCI, sentence du 27 mars 2007.
- *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, CIRDI n° ARB/12/12.
- *Ioan Micula e.a. C. Roumanie*, CIRDI n° ARB/05/20 sentence du 11 décembre 2013.

### **JURISPRUDENCE DIVERSE**

- *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, U.S Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

## **LEGISLATION**

### **TRAITES INTERNATIONAUX**

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, fait à Rome le 25 mars 1957.
- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), adoptée à New York le 10 juin 1958.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention CIRDI), adoptée à Washington le 18 mars 1965.
- Convention sur le droit des Traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969.
- Traité sur la Charte de l'Energie, adopté à Lisbonne le 17 décembre 1994.
- Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, adopté à Bruxelles le 5 mai 2020.

## **DOCUMENTS DIVERS**

### **ORGANISATIONS INTERNATIONALES**

- Organisation mondiale du commerce, Document de travail n°2005/1.

## COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

- Av.gén. M. WATHELET, concl.préc. C.J.U.E., arrêt du 6 mars 2018 (*Achméa*), C-284/16, EU:C:2017:699.

## SITES INTERNETS

### ORGANISATIONS INTERNATIONALES

- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

## PUBLICATIONS

- N. LAVRANOS, « Black Tuesday : The end of EU BIT », Thomson Reuters Arbitration Blog, 7 mars 2018, <http://arbitrationblog.practicallaw.com>.