

Travail de fin d'études[BR]- Un travail écrit : Le mode de règlement des conflits investisseurs-Etats et sa procédure établie par le traité CETA - Analyse[BR]- Un stage au barreau dans la matière du droit de la concurrence[BR]- Une épreuve orale de simulation de plaidoirie en matière de droit commercial

Auteur : Cajot, Martin

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 : 2018-2019

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/6941>

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.

Le mode de règlement des conflits investisseurs-Etats et sa procédure établie par le traité CETA - Analyse

Martin CAJOT

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2018-2019

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur extraordinaire

RESUME

Le 21 novembre 2017, l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG/CETA) est entré en vigueur de manière provisoire (soit 98% du traité) à l'exception du système de protection des investisseurs et du règlement des différends investisseurs-Etats qui exige la ratification du traité par l'ensemble des parlements nationaux (et éventuellement régionaux).

De manière générale, lorsqu'il existe un différend entre un investisseur et un Etat à propos d'un investissement réalisé dans l'Etat concerné, il existe un règlement des différends intitulé « ISDS » (Investor-State Dispute Settlement) qui prévoit une procédure spécifique pour offrir une solution aux parties. En d'autres termes, les investisseurs étrangers bénéficient d'un mécanisme de règlement des différends qui leur est propre et les soustrait à la compétence des juridictions domestiques. Il existe plus de 3000 traités internationaux d'investissement qui prévoit ce genre de procédure de règlement des différends. La plupart du temps, un tribunal arbitral ad hoc est constitué par les parties comme pour l'arbitrage classique ; on rentre alors ici dans ce qu'on appelle l'arbitrage d'investissement.

Cependant, ce mode de règlement des conflits est critiqué depuis un certain temps par la société civile. Selon les détracteurs de ce système, les investisseurs seraient avantagés par le recours aux arbitres qui ne seraient pas suffisamment indépendants et impartiaux dans ce type de procédure. De plus, les investisseurs auraient le droit d'empêcher les pouvoirs publics d'exercer correctement leur pouvoir législatif lorsqu'une norme étatique prendrait la forme d'une expropriation à leur investissement ou leur causerai un préjudice de quelque façon qu'il soit. Ce qui poserait problème notamment en politique de protection de l'environnement ou de la santé.

Récemment, le 6 mars 2018, l'arbitrage d'investissement a reçu un nouveau coup de massue suite à l'arrêt Achmea. En effet, la cour a déclaré l'illégalité des clauses d'arbitrage entre investisseurs et Etats dans les traités bilatéraux d'investissement intra-Union. Le recours à cette procédure a donc été déclaré incompatible avec le droit de l'union, en soutenant le fait que ce dernier disposait suffisamment de garanties juridiques et judiciaires pour régler correctement ces conflits.

Face à cette hypothèse que l'arbitrage d'investissement est en déclin, la Commission a décidé d'adopter un nouveau mécanisme de règlement des différends pour les conflits entre un Etat membre et un investisseur étranger dans le cadre d'un traité d'investissement entre l'UE et un Etat tiers (notamment dans le traité CETA). Ce nouveau mécanisme s'intitule « Investment court system » (ICS). Celui-ci prévoit à la fois des modifications de fond et de forme par rapport au système classique ISDS. Des règles voulant renforcer la transparence,

l'indépendance, et l'impartialité des arbitres seraient adoptées. In fine, la Commission voudrait créer un tribunal multilatéral d'investissement, une juridiction permanente semblable à une juridiction classique nationale ou à la Cour de justice de l'Union européenne (une idée sur laquelle travaille aussi la Commission des Nations unies pour le droit commercial international).

Cependant, de nombreuses questions doivent être posées. Ce nouveau mécanisme est-il réellement un changement radical par rapport au système classique ou simplement de la poudre aux yeux ? Les critiques venant de la société civile sont-elles fondées ? Ou ne faut-il pas également souligner les faits positifs que peuvent apporter l'arbitrage d'investissement notamment pour les pays en voie de développement ? Quelles répercussions l'arrêt Achmea aura-t-il pour ce nouveau règlement des différends ? Nous tenterons d'apporter des réponses à ces questions dans notre exposé.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	9
CHAPITRE 1 : LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	12
SECTION 1 : APERCU HISTORIQUE ET NOTIONS GENERALES	12
SECTION 2 : LES ACCORDS D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAUX.....	13
<i>SOUS-SECTION 1 : UNE MULTITUDE DE TYPE D'ACCORDS.....</i>	<i>13</i>
i. <i>Traités bilatéraux d'investissement.....</i>	<i>13</i>
ii. <i>Traités multilatéraux d'investissement.....</i>	<i>14</i>
iii. <i>Les accords commerciaux.....</i>	<i>14</i>
<i>SOUS-SECTION 2 : LES REGLES SUBSTANTIELLES DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX.....</i>	<i>14</i>
i. <i>Clause du traitement national et de la nation la plus favorisée.....</i>	<i>15</i>
ii. <i>La protection contre l'expropriation.....</i>	<i>16</i>
iii. <i>Le traitement juste et équitable.....</i>	<i>17</i>
iv. <i>La pleine et entière protection et sécurité.....</i>	<i>17</i>
v. <i>La clause de règlement des différends.....</i>	<i>17</i>
SECTION 3 : LE REGLEMENT DES DIFFERENDS EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT.....	18
<i>SOUS-SECTION 1 : CONSIDERATIONS GENERALES.....</i>	<i>18</i>
<i>SOUS-SECTION 2 : LE CONSENTEMENT A L'ARBITRAGE.....</i>	<i>18</i>
<i>SOUS-SECTION 3 : LA SAISINE DU TRIBUNAL.....</i>	<i>19</i>
<i>SOUS-SECTION 4 : LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE.....</i>	<i>20</i>
A. Conditions de recevabilité de la requête.....	20
B. Conditions de la compétence du tribunal.....	21
C. Droit applicable.....	21
<i>SOUS-SECTION 5 : L'EXECUTION DE LA SENTENCE.....</i>	<i>22</i>
A. Voies de recours.....	23
B. La procédure d'exécution.....	23
i. <i>L'exequatur.....</i>	<i>24</i>
ii. <i>La question de l'immunité de l'Etat.....</i>	<i>24</i>
CHAPITRE 2 : LE BOULVERSEMENT DE L'ARRET ACHMEA.....	25
SECTION 1 : RAPPEL DES FAITS ET DU CONTEXTE.....	25
SECTION 2 : RAISONNEMENT DE LA COUR.....	26
SECTION 3 : ANALYSE ET CRITIQUE DE L'ARRET.....	27

CHAPITRE 3 : L'INVESTMENT COURT SYSTEM.....	31
SECTION 1 : LES MODIFICATIONS SUBSTANTIELLES ET PROCEDURALES DU TRAITE CETA.....	32
SECTION 2 : LES CONTESTATIONS EMISES A L'ENCONTRE DE L'ISDS ET DE L'ICS.....	34
i. <i>Le « gel réglementaire ».....</i>	35
ii. <i>Le manque de cohérence et d'absence de mécanisme d'appel.....</i>	35
iii. <i>Le principe d'égalité et de non-discrimination.....</i>	36
iv. <i>Le manque de transparence.....</i>	36
SECTION 3 : L'ICS EST-IL COMPATIBLE AVEC LE DROIT DE L'UNION ?.....	37
i. <i>Sur la compatibilité du RDIE organisé par le CETA avec la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union.....</i>	38
ii. <i>Sur le principe d'égalité de traitement et l'exigence d'effectivité du droit de l'Union.....</i>	39
iii. <i>Sur la compatibilité des règles organisant l'ICS avec le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial.....</i>	39
CONCLUSIONS.....	41

INTRODUCTION

Dans un monde où l'économie mondialisée revêt une grande importance pour les différents Etats soucieux de favoriser leur croissance économique, les investissements ne cessent de se multiplier de façon croissante. En effet, en l'espace de trois décennies, les flux d'investissement direct étranger (IDE) ont été multipliés par six, passant de 208 à 1244 milliards de dollars entre 1990 et 2010¹. C'est pourquoi, très tôt, les Etats ont été soucieux de concevoir un régime normatif pour encadrer ces investissements et protéger leurs propres investisseurs mais également pour tenter d'attirer les investisseurs sur leur territoire en leur offrant un degré de protection de confiance suffisant.

Les Etats ont alors, dans cette optique, conclus entre eux des accords prenant la forme de traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement. Ces traités contiennent les droits et obligations des différentes parties liées à l'investissement, à savoir d'une part, l'investisseur étranger et d'autre part, l'Etat sur lequel a lieu l'investissement. Ces traités sont essentiels pour le développement de l'investissement international mais également pour la croissance économique de chaque Etat où a lieu les investissements.

Le droit des investissements contient également un volet procédural constitué de dispositions destinées à prévoir des solutions pour régler les litiges qui pourraient survenir suite à la violation d'un droit d'une des parties. A cet égard, la solution de principe qui a été choisie dans le cadre des règlements des différends investisseurs-Etats (RDIE) (ou ISDS en anglais) est la procédure d'arbitrage.

L'arbitrage d'investissement permet la résolution de différends lorsqu'un investisseur estime qu'un Etat a enfreint les obligations qui lui incombent au titre d'un accord international d'investissement. L'insertion de clauses d'arbitrage dans un traité d'investissement offre ainsi aux investisseurs étrangers la possibilité de soumettre un différend qu'ils ont avec l'Etat dans lequel l'investissement a été effectué non pas aux juridictions de cet Etat, mais à un tribunal arbitral ad hoc, selon les règles auxquelles cet accord se réfère².

Ce mode de règlement des différends vise ainsi à donner aux investisseurs un moyen neutre et efficace de régler leur litige, ce qui est destiné à encourager les investissements en rassurant les opérateurs économiques qui décident d'investir à l'étranger et notamment sur des territoires où la confiance vis-à-vis des juridictions internes n'est pas la plus optimale.

Ce mécanisme choisi pour les régler les litiges entre investisseurs et Etats fait cependant l'objet de critiques depuis quelques années à savoir, en particulier, le manque de légitimité et

¹ M.ARES et E.BOULANGER, L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Bruylant, 2012, Bruxelles, pp.1-5.

² CJUE, avis 1/17, conclusions de l'avocat général M. Y. BOT, 29 janvier 2019, EU:C:2019:72.

de garanties d'indépendance des arbitres, le manque de cohérence et de prévisibilité des sentences, l'absence de possibilité de révision de la sentence prononcée, ou encore le risque de « *gel réglementaire* »³.

De plus, l'arbitrage d'investissement a du plomb dans l'aile depuis l'arrêt *Achmea*⁴ où la Cour a jugé incompatible le recours à l'arbitrage au sein des traités d'investissements intra-européens dans un but, notamment, de conserver une interprétation uniforme du droit de l'Union.

Eu égard aux différentes critiques dont l'arbitrage d'investissement sous sa forme classique fait l'objet, la Commission a décidé d'élaborer un nouveau mécanisme dans ses négociations du traité CETA, ainsi que pour tous les nouveaux traités de libre-échange⁵. Le traité CETA contient ainsi un mécanisme de règlement des différends dont la physionomie a évolué au fil des négociations, afin, notamment, de prendre en compte les résultats d'une consultation publique ouverte à ce sujet par la Commission⁶.

Le modèle retenu par la Commission, s'intitulant « *Investment Court System* » (ICS) (ou SJI en français), contient des modifications de formes et de fonds par rapport au système classique pour avoir un caractère hybride et devenir un sorte de compromis entre un tribunal arbitral et une cour internationale. La volonté de la Commission étant, à terme, d'établir un tribunal multilatéral de l'investissement⁷.

Notre présent exposé portera précisément sur les caractéristiques de cette procédure inédite, en vérifiant si elle contient de véritables modifications majeures par rapport au système

³ L'une des critiques majeures du régime de RDIE est, en effet, le risque d'effet dissuasif indirect sur les politiques publiques, en ce sens que, considérant le risque d'un recours, certains gouvernements pourraient être amenés à se censurer dans leurs choix politiques pour limiter les risques d'être attaqués en arbitrage et de devoir régler le montant des amendes ainsi que les frais de procédure.

⁴ CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16, EU:C:2018:158.

⁵ La Commission a indiqué qu'elle a achevé la négociation de trois autres accords comportant des dispositions presque identiques avec les États-Unis mexicains, la République de Singapour et la République socialiste du Viêt Nam, et que des accords semblables sont en cours de négociation avec la République du Chili, la République populaire Chine, la République d'Indonésie, le Japon, la Malaisie, l'Union du Myanmar et la République des Philippines

⁶ Voir document de travail des services de la Commission, rapport du 13 janvier 2015, intitulé « Consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) » [SWD(2015) 3 final], disponible à l'adresse Internet suivante : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153307.pdf.

⁷ L'article 8.29 de l'AECG, intitulé « Création d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un mécanisme d'appel connexe », prévoit ainsi que « [I]es Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements. Dès la création d'un tel mécanisme multilatéral, le Comité mixte de l'AECG adopte une décision établissant que les différends relatifs aux investissements relevant de la présente section seront tranchés dans le cadre du mécanisme multilatéral, et prend les dispositions transitoires appropriées ».

classique ou s'il ne s'agit au contraire que de la simple poudre aux yeux pour tempérer l'opinion publique et politique.

Toutefois, avant d'analyser ce système en détails, nous reviendrons tout d'abord sur ce que peuvent contenir les accords d'investissement. Ainsi nous examinerons leurs raisons d'être, les protections et le traitement accordés aux investisseurs, ainsi que le fonctionnement prévu par l'arbitrage d'investissement pour régler les litiges liés à ces accords.

Ensuite, nous déterminerons ce qu'il faut retenir réellement du possible bouleversement engendré par l'arrêt Achmea. Nous en profiterons pour établir les conséquences pratiques de cet arrêt en se concentrant sur le sort des traités bilatéraux intra-européens (TBI) et la situation des investisseurs.

Enfin, notre exposé se terminera par l'analyse et la critique des modifications apportées par le système ICS ainsi qu'une évaluation du fondement réel des contestations existantes sur l'arbitrage d'investissement dans son ensemble.

CHAPITRE 1^{ER} : LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

SECTION 1^{ère} : APERCU HISTORIQUE ET NOTIONS GENERALES

Les premières bases d'un droit international des investissements apparaissent dès le XVII^{ème} siècle avec la volonté des Etats européens de protéger les biens de leurs nationaux se trouvant sur un territoire étranger. La première préoccupation des Etats, dès les origines et encore de nos jours, est en effet d'assurer la sécurité des personnes et des biens, et plus largement des capitaux investis à l'étranger par leurs ressortissants. D'autres préoccupations vont s'agréger à ce souci de la sécurité des investissements telles que la non-discrimination entre investisseurs, le désir de bénéficier des meilleures conditions offertes à des investisseurs étrangers, leur traitement sur un pied d'égalité avec les nationaux, ou encore le traitement impartial et équitable devant les tribunaux nationaux. Toutes ces questions vont constituer la substance même du droit international des investissements⁸.

Le droit des investissements internationaux est donc élaboré dans le but de devenir un droit de la protection des investisseurs et des investissements étrangers. Certes un objectif de promotion des investissements leur est également assigné, mais il repose essentiellement sur la portée incitative attendue des mécanismes conventionnels de protection que l'État hôte offre aux investisseurs de l'autre partie⁹.

Celui-ci va être élaboré au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles par les différents sujets et acteurs de la scène internationale en utilisant l'ensemble des sources du droit international, à savoir la coutume, les traités, les principes généraux de droit, la jurisprudence, ou encore la doctrine¹⁰.

Dans un premier temps, la sécurité juridique des investissements étrangers était assurée par des règles relevant du droit coutumier. Puis, au début de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, la communauté des Etats a fait émerger un instrument spécialement dédié à leur protection : le traité d'investissement (bilatéral ou multilatéral) pour l'encouragement et la protection des investissements¹¹. Il existe aujourd'hui plus de 3000 traités de ce type destiné à encadrer les

⁸ C.LEBEN, Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Editions A.PEDONE, 2015, pp.110-115.

⁹ S. ROBERT-CUENDET, Droit des investissements internationaux : perspectives croisées, Bruylant, Bruxelles, 2017. P24 et s.

¹⁰ C.LEBEN, op.cit, p.116.

¹¹ S.BONOMO, les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats, collection de l'institut de droit des affaires centre de droit économique, presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

investissements. Ces traités instituent au profit des investisseurs étrangers, un cadre normatif protecteur qui peut leur offrir une indemnisation en cas de violation de l'accord par l'action de l'Etat récepteur.

Ce régime protecteur est indispensable pour encourager l'investissement car l'investisseur a besoin de garanties et de sécurité pour son investissement avant de s'engager dans ce processus. En effet, le premier souci de tout investisseur à l'étranger, en dehors de sa sécurité physique, concerne la sécurité de son investissement face à la toute-puissance normative de l'Etat dans lequel il investit. L'investisseur va vivre pendant des années, souvent des décennies, dans un territoire étranger soumis à la réglementation d'un Etat qui peut modifier les conditions financières, fiscales, juridiques, sociales qui prévalaient au moment de l'investissement, voire même exproprier celui-ci¹². C'est là le « risque politique » couru par les investisseurs. On comprend donc aisément qu'une bonne partie des règles de droit international des investissements a pour objectif de traiter ce risque¹³.

Nous allons désormais nous concentrer sur le contenu de ces accords internationaux d'investissement et sur ce qu'ils offrent réellement comme protection aux investisseurs face aux actions normatives de l'Etat récepteur.

SECTION 2 : LES ACCORDS D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAUX

SOUS-SECTION 1 : UNE MULTITUDE DE TYPES D'ACCORDS

Le droit international des investissements est principalement composé de trois types d'accords internationaux : les traités bilatéraux d'investissement, les traités multilatéraux d'investissement et les accords commerciaux¹⁴.

i. Les traités bilatéraux d'investissement (TBI's)

Les traités bilatéraux d'investissement sont, comme son nom l'indique, des traités conclus entre deux États dans lesquels chaque Partie contractante s'engage à traiter de manière spécifique les investisseurs ressortissants de l'autre Partie contractante et à s'abstenir de certains comportements préjudiciables envers eux dans le but de favoriser les investissements étrangers sur leur territoire¹⁵. Ces traités sont très nombreux et constituent la majeure partie des sources conventionnelles en droit de l'investissement

¹² V.E.ROOT, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *AJIL*, 1910, pp.517-528.

¹³ C.LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Editions A.PEDONE, 2015, pp.118-120.

¹⁴ J.W. SALACUSE, « The Law of Investment Treaties - second edition », The Oxford International Law Library, 2015, p. 167.

¹⁵J.W. SALACUSE, *op.cit*, p. 118-124.

ii. Les traités multilatéraux d'investissement

Les traités multilatéraux d'investissement sont fort semblables aux traités bilatéraux, la seule différence réside dans le nombre de parties au traité qui est supérieur à deux. Ils n'ont cependant pas eu autant de succès que les traités bilatéraux et sont donc en nombre limité même s'ils auraient pu réduire le nombre de sources conventionnelles en la matière. Cette limitation des accords multilatéraux s'explique en grande partie par l'échec du projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) négocié de manière secrète entre 1995 et 1997 par les 29 Etats de l'OCDE qui affecta sensiblement les Etats occidentaux. Malgré cet échec, des traités multilatéraux d'envergure destinés à protéger les investissements ont vu le jour tel que le traité ALENA¹⁶.

iii. Les accords commerciaux

Les accords commerciaux (constitué notamment par les accords de libre-échange) sont des ententes entre deux ou plusieurs Etats, afin de faciliter les échanges commerciaux entre eux. Ces ententes se caractérisent généralement par une diminution ou la suppression des barrières à l'échange à l'intérieur d'une zone ou entre plusieurs zones telles que les droits de douanes ou les formalités administratives.

Ces accords ne sont cependant pas dépourvus de dispositions concernant les investissements. En effet, il existe généralement un chapitre dans ces accords concernant les investissements afin d'offrir des protections aux investisseurs des parties contractantes lorsqu'ils décident d'investir dans un Etat étranger partie à l'accord¹⁷.

Le traité CETA qui nous concerne particulièrement dans cet exposé est un exemple d'accord de libre-échange comprenant un chapitre lié à l'investissement et à la protection des investisseurs.

SOUS-SECTION 2 : LES REGLES SUBSTANTIELLES DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Il existe de manière générale dans ces instruments un noyau de règles substantielles communes destinées à encadrer et protéger la situation des investisseurs. Nous analyserons dans cette section les différentes protections qui ressortent le plus souvent au sein de chacun des accords.

Parmi les règles substantielles consacrées, on retrouve tout d'abord des règles relatives à la non-discrimination entre les investisseurs étrangers et locaux, à savoir la clause de traitement

¹⁶ E.GAILLARD, « L'arbitrage international », Commentaire, vol. numéro 158, no. 2, 2017, pp. 333-342.

¹⁷ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, pp.321.

national et la clause de la nation la plus favorisée. Ensuite, il existe des clauses de protection contre l'expropriation sous la condition notamment du versement d'une compensation. Enfin, on retrouve également des règles qui constituent des standards minimums de droit international, à savoir le droit à un traitement juste et équitable (TJE), la pleine et entière protection et sécurité ou encore l'interdiction des restrictions contre le rapatriement de l'investissement et des revenus¹⁸.

i. Clause de traitement national et clause de la nation la plus favorisée

Le traitement national constitue un élément essentiel pour la protection des investisseurs. Il consiste pour l'Etat à s'engager à traiter les investisseurs étrangers de manière tout aussi favorable que les investisseurs nationaux se trouvant dans les mêmes conditions. Bien qu'elle semble essentielle, cette clause n'est pas reprise systématiquement dans tous les traités. Les traités ne reprenant pas cette règle prévoient néanmoins le traitement juste et équitable qui pourrait s'apparenter à une obligation générale de non-discrimination impliquant les mêmes effets que ceux du traitement national¹⁹.

Cette clause n'est pas toujours bien vue par les Etats qui tendent à protéger leur économie nationale. C'est pourquoi, il existe des exceptions à ces clauses, notamment en faveur des pays en voie de développement.

La clause de la nation la plus favorisée impose, quant à elle, une égalité de traitement entre investisseurs. En effet, ce concept dérive, comme de la première clause, du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement²⁰. Sur la base de ce principe, un pays qui accorde un traitement avantageux dans le cadre d'un accord d'investissement à un investisseur doit appliquer ce même traitement à l'ensemble des investisseurs étrangers, afin que ceux-ci ne soient pas traités de manières moins favorables par l'état d'accueil par rapport aux autres investisseurs. Cette clause permet donc de généraliser des avantages de toute nature²¹.

Cette situation entraîne donc une particularité au niveau du champ d'application de l'accord d'investissement en ce que la protection substantielle qui pourrait y figurer doit être appliquée à tous les investisseurs de l'Etat hôte et même ceux qui ne proviennent pas d'un Etat membre partie à l'accord. Cette clause a donc pour effet d'atténuer l'effet relatif des traités qui prévoit, lui, la limite des effets d'un traité aux seules parties du traité²².

¹⁸ S. BONOMO, « Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats », PUAM, 2012, p. 165 et s.

¹⁹ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 306.

²⁰ M.SADOWSKY., « Section 1 - Le principe d'égalité de traitement » in Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 55-84

²¹ J.W. SALACUSE, « The Law of Investment Treaties - second edition », The Oxford International Law Library, 2015, p. 149.

²² A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p. 320.

ii. *La protection contre l'expropriation*

L'expropriation est une prérogative propre à chaque Etat qui l'encadre comme bon lui semble selon ses règles internes. Le rôle du droit de l'investissement international n'est pas d'interdire ce pouvoir mais de l'encadrer et de le limiter en imposant certaines conditions prévues dans des clauses à cet effet afin de protéger les investisseurs contre des éventuels abus²³.

Les règles de protection font une distinction entre l'expropriation directe et l'expropriation indirecte. La première, l'expropriation directe et formalisée qui se trouve dans la plupart des ordres juridiques internes, se définit comme la dépossession de l'investisseur de son investissement par la puissance publique à charge pour lui de rembourser l'investisseur de manière adéquate. La seconde constitue toutes les mesures d'effets équivalents. Ce sont donc des mesures qui n'ont en elles-mêmes rien d'une expropriation mais qui produisent le même effet. Les TBI's protègent des deux expropriations et les soumettent aux mêmes conditions de licéité, à quelques nuances près²⁴.

Les conditions de licéité offrent des garanties pour l'investisseur étranger. Elles lui assurent une protection minimum efficace qui limite les possibilités d'expropriation. En effet, l'expropriation doit, dans un premier temps, être effectuée dans un but d'intérêt général. La simple affirmation de l'Etat qu'il poursuit un intérêt général n'est pas suffisante pour se protéger de toute violation. Des tribunaux arbitraux ont rendu des décisions concernant le respect de cette condition en précisant que celle-ci n'était pas sans contenu²⁵. Deuxièmement, l'expropriation doit respecter le principe de non-discrimination. Cette condition consiste à appliquer le même régime à toute entité privée de manière identique. La troisième condition prévoit que l'expropriation doit être réalisée par le biais d'une procédure légale qui respecte le *due process of law*. Enfin, l'expropriation ne peut être réalisée que moyennant une compensation financière adéquate versée à l'investisseur exproprié.

La protection offerte aux investisseurs a également pu être étendue par l'interprétation des tribunaux arbitraux en raison de la grande indétermination de ces notions d'expropriation souvent définies brièvement²⁶. En particulier pour la notion d'expropriation indirecte qui a heurté certains auteurs en ce qu'elle peut permettre aux investisseurs d'obtenir réparation pour les effets d'une mesure de réglementation²⁷. L'application la plus éclatante de cette approche

²³ S. BONOMO, « Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats », PUAM, 2012, pp. 140-141.

²⁴ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, pp.358-360.

²⁵ CIRDI, ADC c. Hongrie, n°ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, §432.

²⁶ Sur l'indétermination des standards de protection conventionnels, voy., entre autres, A. ROBERTS, « The next battleground : standards of review in investment treaty arbitration », International Council for Commercial Arbitration Congress Series, 2011, pp. 170-171.

²⁷ S.ROBERT-CUENDET, « I. - Les spécificités du régime juridique applicable aux investisseurs étrangers » in Droit des investissements étrangers, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 253-276

revient au tribunal chargé de l'affaire Metalclad c. Mexique, dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)²⁸.

iii. *Le traitement juste et équitable*

Cette expression est reprise dans l'ensemble des traités d'investissement à quelques exceptions près, avec la même cohérence et constance des termes employés, ce qui en fait une protection prévue de manière constante par les traités d'investissements. Cette notion consacre les mêmes principes fondamentaux prévus par l'article 6 de la CEDH tels que l'interdiction du déni de justice ou encore la garantie d'une procédure légale. Elle est néanmoins évolutive et contient dès lors au fil du temps de plus en plus d'éléments comme la protection des attentes légitimes ou la transparence qui occupent à l'heure actuelle une place prépondérante dans le contentieux arbitral²⁹.

iv. *La pleine et entière protection et sécurité*

Cette clause oblige l'Etat hôte à faire preuve de diligence à l'égard de l'investisseur étranger. La « pleine et entière protection et sécurité » fait naître des obligations bien plus précises que celles déjà prévues dans d'autres clauses. Elle protège l'investissement et l'investisseur à deux égards principalement : elle prévoit leur sécurité physique et leur protection contre l'inaction ou la passivité de l'Etat³⁰. La difficulté de cette clause se trouve dans la définition du type d'obligation que les Etats ont voulu prévoir. Cependant, la jurisprudence arbitrale en la matière semble plutôt s'orienter vers l'obligation prévalant en droit international classique, à savoir que cette règle n'est pas absolue et n'impose pas de stricte responsabilité de la part de l'Etat³¹.

v. *Clause de règlement des différends*

La quasi-totalité des accords d'investissement contiennent des clauses prévoyant des mécanismes particuliers pour permettre aux investisseurs de répondre à toute question d'interprétation ou d'application des dispositions des traités. Cette clause prévoit également un mode de règlement des différends pour trancher les litiges qui pourraient survenir entre investisseurs et Etats. Les parties au traité ont chaque fois eu la volonté de recourir à un tiers « indépendant et impartial »

²⁸ Selon une formule devenue célèbre, le tribunal a considéré dans cette affaire que « [...] *expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.* » ; Voy. également S. ROBERT-CUENDET, op.cit., p.270.

²⁹ A. DE NANTEUIL, « Quelle préservation du droit de régler dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017, pp. 340-356.

³⁰ A. DE NANTEUIL, op. cit., pp. 384-388.

³¹ S. BONOMO, « Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats », PUAM, 2012, pp. 50-56.

en vue de résoudre leur litige³². C'est dans cette optique que l'arbitrage est devenu le recours principal pour l'investisseur et qu'il est le mode de résolution des litiges privilégié.

Nous allons désormais nous pencher sur ce mode de résolution des conflits en examinant ses avantages, ses caractéristiques procédurales propres, ainsi que les critiques à son encontre.

SECTION 3 : LE REGLEMENT DES DIFFERENDS EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT

SOUS-SECTION 1 : CONSIDERATIONS GENERALES

Suite à l'expansion du droit de l'investissement international, deux phénomènes parallèles et concurrents ont progressivement fait surface pour offrir une procédure d'arbitrage aux parties³³. D'une part, l'arbitrage d'investissement a été institutionnalisé sous l'égide de la Banque mondiale par la convention de Washington du 18 mars 1965 qui a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)³⁴. D'autre part, les investisseurs peuvent également avoir recours à d'autres institutions arbitrales ou à des arbitrages ad hoc.

Le recours à l'arbitrage d'investissement offre la possibilité pour un investisseur étranger, en cas de litige, de poursuivre un Etat hôte devant des arbitres qualifiés et indépendants afin de résoudre le litige et d'obtenir une sentence exécutoire.

Cela permet à l'investisseur étranger de contourner les juridictions nationales qui pourraient être perçues comme biaisées ou faisant preuve d'un manque d'indépendance, et de régler le différend conformément aux différentes protections accordées en vertu des traités internationaux.

En effet, la volonté des rédacteurs de la Convention de Washington était de permettre aux investisseurs lésés dans leurs droits d'avoir recours à un système digne de confiance et de sécurité plutôt qu'à des juridictions étatiques dont l'indépendance et la compétence étaient régulièrement pointées du doigt afin de stimuler l'afflux d'investissements de capitaux privés originaires des pays développés vers les pays en voie de développement.

SOUS-SECTION 2 : LE CONSENTEMENT A L'ARBITRAGE

Pour qu'un investisseur étranger puisse être en mesure d'engager une procédure d'arbitrage d'investissement, un État hôte doit avoir donné son consentement à l'avance de manière

³² S. BONOMO, op. cit., pp. 69-72.

³³ L.MALINTOPPI, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI » in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Editions A.Pedone, 2015, p.641.

³⁴ E.GAILLARD, « L'arbitrage international », Commentaire, vol. numéro 158, no. 2, 2017, pp. 333-342.

unilatérale et irrévocable au sein des traités par l'adoption d'une clause d'arbitrage en stipulant qu'un investisseur étranger pourra le poursuivre devant un tribunal arbitral en cas de litige³⁵.

Ce mécanisme se singularise donc par le fait qu'il n'y a pas d'accord conclu directement entre les deux parties à l'arbitrage, l'investisseur et l'Etat. Chaque Etat partie faisant en réalité une offre publique d'arbitrage, détachée de toute relation contractuelle avec les investisseurs étrangers, ceux-ci pourront par la suite accepter sans que l'Etat d'accueil ne puisse s'y opposer³⁶. C'est pourquoi la doctrine utilise des appellations telles que « arbitrage sans consentement spécifique »³⁷, « arbitrage sans lien contractuel » ou en anglais « arbitration without privity »³⁸.

Une autre particularité de ce système, et qui fait également l'objet de critiques, est qu'il prévoit un droit de poursuite à sens unique, des investisseurs à l'encontre des Etats. Les Etats n'ont donc pas la possibilité d'intenter un recours à l'encontre d'un investisseur, ce qui est de nature à déséquilibrer la balance des protections des parties³⁹.

Ces différentes caractéristiques propres à l'arbitrage d'investissement permettent de différencier ce dernier par rapport à l'arbitrage commercial international traditionnel qui ne présente pas ces spécificités.

Les règles de procédure des différentes instances arbitrales accordent de manière générale beaucoup d'importance au principe d'autonomie des parties, ainsi que la possibilité pour les arbitres d'adapter la procédure aux besoins de l'espèce⁴⁰. Nous allons, dans la suite de cet exposé, mentionner brièvement les différentes modalités que peuvent prévoir les parties durant la procédure arbitrale. Toutefois nous commencerons préalablement par expliquer comment un investisseur peut saisir le tribunal arbitral pour introduire sa demande. Ensuite, nous nous focaliserons sur le déroulement de l'instance. Enfin, nous nous pencherons sur les voies de recours et l'exécution de la sentence arbitrale.

SOUS-SECTION 3 : LA SAISINE DU TRIBUNAL

Cette opération est le point de départ d'une procédure constituant un moment déterminant pour la suite de l'instance. Les conditions formelles d'envoi de la requête à l'organisme d'arbitrage

³⁵ C. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », AFDI, 2004, pp.690-69.

³⁶ W. BEN HAMIDA, L'arbitrage commercial transnational. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, Thèse Paris II, 2003.

³⁷ B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires », in Mélanges Philippe Kahn, Paris, Litec, 2000, p.223.

³⁸ A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », Rev. Arb., 2005, p.65.

³⁹ V. KORZUN, « The right to regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », S.J.D. Dissertations (Fordham Law School), 2016, pp. 368-370.

⁴⁰ L.MALINTOPPI, *op.cit.*, p.657.

sont abordées par le règlement d'arbitrage et peuvent donc varier d'un organisme à l'autre. Des disparités sont donc inévitables mais certaines tendances générales ressortent néanmoins au sein des institutions d'arbitrage⁴¹.

Tout d'abord, l'exigence qui semble la plus évidente est celle d'un écrit. La requête doit être envoyée par une partie auprès de l'institution où se déroulera la procédure, laquelle est tenue de transmettre la demande à l'autre partie. En règle générale, il est prévu que chaque partie désigne un arbitre avant que l'un et l'autre désigne le président du tribunal, les tribunaux étant normalement composés de trois personnes, sous réserve d'un accord contraire des parties⁴².

Ensuite, la question de la langue de la procédure est également cruciale dans la mesure où cette matière implique différents acteurs internationaux dont l'origine linguistique peut être différente. La détermination de la langue de l'arbitrage accorde une place prioritaire à la volonté des parties. Chaque organisme arbitral dispose généralement de plusieurs langues officielles dans laquelle la procédure peut se dérouler. Mais le tribunal peut demander aux parties qu'elles s'accordent sur une langue qui s'appliquera tout au long de la procédure. A défaut d'accord entre les parties, il est possible que la procédure se déroule en deux langues⁴³.

Enfin, la requête doit naturellement présenter certaines mentions fondamentales telles que les coordonnées des parties, un résumé des faits ou encore la signature de son auteur, sous réserve des différentes exigences supplémentaires prévues par les règlements d'arbitrage applicables. La requête doit dans ce sens parfois mentionner l'objet de la demande ainsi qu'une évaluation pécuniaire du préjudice.

SOUS-SECTION 4 : LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE

Si toutes les conditions mentionnées *supra* sont respectées, le tribunal arbitral se trouve saisi de la demande. Le tribunal doit néanmoins s'assurer que la demande est recevable et qu'elle entre effectivement dans le champ de sa compétence. La question de la recevabilité et de la compétence sont deux questions distinctes qu'il faut analyser successivement sans quoi la poursuite de l'instance au fond ne peut être effectuée.

A. Les conditions de recevabilité de la requête

Seules les personnes physiques et morales pouvant se prévaloir de la qualité d'investisseur peuvent accéder à l'arbitrage. Cette question relève d'une appréciation objective et absolue. De plus, la personne doit disposer d'un intérêt à agir pour présenter une demande. Cette question

⁴¹ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p.253.

⁴² D.BURRIEZ, Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de protection et de promotion des investissements, thèse univ., Panthéon Assas, 2014 ; A. DE NANTEUIL, *op.cit.*, p.254.

⁴³ C.SCHREUER et al., The ICSID Convention : a commentary, Cambridge university Press, 2^{ème} éd., 2009. ; A. DE NANTEUIL, *op.cit.*, p.254.

revêt une dimension bien plus casuistique que la première. En effet, il faudra vérifier, en l'espèce, si l'investisseur dispose bien d'un droit subjectif affecté lui conférant un intérêt à saisir la juridiction de la question qui lui est adressée⁴⁴. Ces deux conditions classiques de qualité et d'intérêt à agir présentent certaines singularités dans le contentieux de l'investissement par rapport à un contentieux classique.

B. Les conditions de la compétence du tribunal

Cette exigence constitue pour l'essentiel de vérifier que le consentement des parties a été effectivement exprimé⁴⁵. Le principe qui s'applique en la matière est celui du consensualisme : le tribunal n'est compétent que dans la mesure où les parties lui ont donné compétence⁴⁶. La forme sous laquelle la volonté des parties s'est exprimée en faveur de la compétence du tribunal arbitral présente quelques particularités pour l'arbitrage d'investissement déjà mentionnées *supra*. Le consentement des parties peut être présent à la fois dans un traité, dans un contrat, une loi nationale ou encore un accord spécifique.

Par ailleurs, la compétence du tribunal arbitral est également limitée à ce que les parties ont entendu lui confier. Les parties peuvent ainsi prévoir, sur base du principe de l'autonomie des volontés, des limites matérielles ou temporelles à la compétence de l'arbitre. En ce qui concerne les traités d'investissement, la compétence est en principe limitée à l'objet du traité, c'est-à-dire que le tribunal n'est compétent que pour les demandes liées à l'« investissement » au sens du traité. Or sachant que la notion d'investissement peut soulever des difficultés⁴⁷, des arbitres peuvent parfaitement se reconnaître incompétents s'ils estiment que l'affaire en cause n'a pas pour objet un investissement.

C. Droit applicable

La question du droit applicable est également essentielle pour le bon déroulement de la procédure. Pour déterminer quel est le droit applicable, il faut, dans un premier temps, effectuer une *summa divisio* entre le droit applicable à la procédure par opposition au droit applicable au fond. L'arbitre international doit donc premièrement qualifier la question de droit qui lui est soumise comme relevant de la procédure ou du fond de l'affaire⁴⁸.

⁴⁴ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p.259.

⁴⁵ S.ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publ., 2006, p.254.

⁴⁶ CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Rwanda), *Rec. P.6*, §65). Cet arrêt mentionne ce principe fondamental du droit international qui s'applique de manière manifeste dans l'arbitrage où la volonté des parties a une emprise encore plus importante sur le déroulement de la procédure.

⁴⁷ CNUCED, *International investment agreements : key issues*, vol.1, UN Publications, 2004.

⁴⁸ L.ACHTOUK-SPIVAK, « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements » in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Editions A.Pedone, 2015, p.814.

Encore une fois, que ce soit pour les questions relatives à la procédure ou au fond, le principe du consensualisme et de la volonté des parties prime et s'impose au tribunal arbitral⁴⁹, même s'il existe quelques particularités pour les règles applicables à la procédure dont la problématique sera explicitée ci-dessous. Pour le cas des traités d'investissement, qui nous concerne particulièrement dans cet exposé, les parties au traité auront généralement prévu des dispositions applicables pour le déroulement de la procédure et de l'instance ainsi que des règles applicables au fond par une clause de « choix de loi » qui renvoie fréquemment au traité en question, aux principes de droit applicable et dans certains cas au droit interne⁵⁰.

En cas de silence des parties concernant les règles applicables à la procédure, les règles d'arbitrage du lieu du siège de la procédure en question et les dispositions impératives ont vocation à s'appliquer. Toutefois, il faut distinguer les arbitrages soumis à la Convention CIRDI qui sont entièrement dépendants des règles d'arbitrage CIRDI relativement complètes⁵¹ avec en toile de fond le droit public international⁵², des autres arbitrages qui peuvent poser plus de questions sur l'interaction des deux corps de règles.

En outre, l'arbitrage d'investissement contient des spécificités concernant certains arbitrages « mixtes » opposant Etat ou personne publique à personne privée. En effet, dans l'affaire *Aramco* où un arbitrage mixte était en cause, le tribunal arbitral a conclu que l'arbitrage ne pouvait être régi par la loi du siège de l'arbitrage, mais devait nécessairement être régi par le droit international⁵³. A l'inverse, dans l'arbitrage *Sapphire*, le tribunal arbitral a souligné que l'arbitrage devait être régi par les règles de procédure du siège de l'arbitrage⁵⁴.

Cette question est donc soumise à controverse et peut conduire à des décisions différentes mais Aron Broches, lorsqu'il commente ces deux sentences, semble y voir une distinction entre un arbitrage qui concerne une entité étatique et un arbitrage contre l'Etat lui-même⁵⁵.

En l'absence de choix exprès de droit applicable pour les questions relatives au fond dans le cadre d'un traité d'investissement, certains tribunaux ont conclu à un accord des parties en faveur de l'application du traité et du droit international en toile de fond.⁵⁶

⁴⁹ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p.274.

⁵⁰ CNUDCI, *Bilateral Investment treaties 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking*, op.cit., p.116.

⁵¹ A.BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States », RCADI, 1972, t.136, p.385.

⁵² C.McLACHLAN, L.SHORE, M.WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford, OUP, 2008, p.60, §3.51.

⁵³ *Arabie saoudite c. Arabian American Oil Company (Amraco)*, S du 23 août 1958, ILR 1963, vol.27, pp. 155-156.

⁵⁴ *Sapphire International Petroleum Ltd. C. National Iranian Oil Company*, S du 15 mars 1963, ILR 1967, vol.35, pp. 168-169.

⁵⁵ A.BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States », op .cit. , pp.383-385.

⁵⁶ L.ACHTOUK-SPIVAK, « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements » in *Droit*

SOUS-SECTION 5 : L'EXECUTION DE LA SENTENCE

Une fois la sentence arbitrale rendue, celle-ci doit encore faire l'objet d'une exécution, sans quoi son efficacité serait nulle. Cette question est cruciale surtout quand il y a une condamnation d'un Etat. Cette dernière se traduit de façon systématique par l'obligation d'indemniser l'investisseur sous la forme d'une somme d'argent. Il est essentiel de prévoir des procédures spécifiques d'exécution si l'exécution se heurte à la tendance actuelle, à savoir de plus en plus de résistances du côté de l'Etat⁵⁷. En effet, plusieurs Etats ont ainsi notoirement refusé de se conformer à la sentence arbitrale rendue à leur encontre, comme par exemple dans les affaires, *Sedelmayer c. Russie*⁵⁸, *Petrobart limited c. Kyrgyzstan*⁵⁹ ou *Walter Bau c. Thaïlande*⁶⁰. Toutefois, avant de prévoir l'exécution, il faut vérifier que la sentence n'ait pas fait l'objet de recours spécifique.

A. Les voies de recours

Tout d'abord, une sentence arbitrale est, faut-il le rappeler, définitive en ce sens qu'elle n'est pas susceptible d'appel. L'arbitrage n'est composé que pour une espèce donnée et disparaît après avoir rendu sa décision, il est donc logique qu'il n'ait pas un deuxième niveau de juridiction⁶¹.

Toutefois, il existe des possibilités de recours contre une sentence dans le cas où le tribunal n'aurait pas respecté les limites fixées par les parties ou si la sentence repose sur une appréciation manifestement excessive des faits⁶². C'est pourquoi, pour contester ce type de décision rendue de manière irrégulière, il existe pour les parties le recours en annulation ainsi que le recours en interprétation et en révision.

B. La procédure d'exécution

Lorsque la partie succombante ne se conforme pas à la sentence arbitrale de manière volontaire, s'ouvre alors la voie de l'exécution forcée⁶³. Celle-ci peut prendre plusieurs formes selon que l'on y procède dans l'ordre international ou dans l'ordre juridique interne⁶⁴. En arbitrage

international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Editions A.Pedone, 2015, p.834.

⁵⁷ A.J. VAN DEN BERG, « Recent Enforcement Problems under the New York and ICSID Convention », *Arb. Int.*, 1989, pp. 2-20.

⁵⁸ *Mr Franz Sedelmayer c. Fédération de Russie*, arbitrage SCC, S du 7 juillet 1998.

⁵⁹ *Petrobart limited c. Kyrgyzstan*, arbitrage SCC 126/2003, S du 29 mars 2005.

⁶⁰ Arbitrage CNUDCI, *Walter Bau AG c. Thaïlande*, S du 1^{er} juillet 2009.

⁶¹ V.BALAS, « Review of awards », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 1125.

⁶² A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p.276.

⁶³ L.ACHTOUK-SPIVAK, A.BEN MANSOUR, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement » in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Editions A.Pedone, 2015, p.834

⁶⁴ G.KAUFMANN-KOHLER, A.RIGOZZI, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Zürich, Editions Weblaw, 2010, p.353.

d'investissement, cette dernière est la voie la plus usitée en premier recours. L'exécution devant le juge interne se déroule en plusieurs étapes : la reconnaissance assortie de l'*exequatur*, puis la mesure d'exécution forcée elle-même.

i. L'exequatur

Un tribunal arbitral ne statue pas au nom d'un Etat ou d'une souveraineté. C'est pourquoi, avant toute procédure d'exécution, la sentence arbitrale doit faire l'objet d'une reconnaissance par un juge national disposant du sceau de la souveraineté étatique. Les conditions de cette reconnaissance sont partiellement posées par la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères même si celle-ci procède principalement par renvoi aux droits nationaux. De manière générale, la procédure de reconnaissance constitue simplement en une vérification de l'ensemble des facteurs « externes » à la sentence : compétence du tribunal, respect par les arbitres des limites de leur compétence ou encore validité de l'accord d'arbitrage. En d'autres mots, le juge vérifie que la volonté des parties a bien été respectée. C'est sur cette base qu'un juge national peut, non pas annuler la sentence, mais neutraliser les effets en refusant son exécution si certains de ces éléments précités non pas été respectés.

ii. La question de l'immunité de l'Etat

L'une des singularités de l'arbitrage d'investissement tient au fait qu'une des deux parties est un Etat. Or, lorsque la sentence est rendue contre ce dernier, son exécution peut se heurter à un obstacle de taille lié à la souveraineté du débiteur, à savoir son immunité de juridiction et d'exécution de principe. Or, cette situation ne peut pas protéger les Etats de toutes condamnations⁶⁵.

Tout d'abord, il se peut que le règlement d'arbitrage applicable prévoie un engagement de la part des Etats à exécuter les sentences. Ce n'est pas à proprement parler une renonciation à l'immunité d'exécution même si telle est la position de la Cour de cassation française, qui fut dégagée au sujet du règlement de la Cour d'arbitrage de la CCI⁶⁶.

Par ailleurs, l'immunité d'exécution a été prévue au départ pour protéger les biens étatiques indispensables aux services publics, ce qui dans ce sens peut se comprendre aisément⁶⁷. Or, il existe néanmoins des exceptions à cette immunité pour la contourner tout en respectant la finalité de cette dernière. En effet, la convention des Nations Unies prévoit en son article 19 la possibilité de mesures d'exécution contre les biens de l'Etat « *spécifiquement utilisées ou*

⁶⁵ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p.287.

⁶⁶ Cass.Civ.1^{ère}, 6 juillet 2000, *Creighton c. Qatar*, pourvoi n° 98-19068, publié au *Bulletin*, extraits reproduits in *Revue de l'arbitrage* 2001-1, p. 114.

⁶⁷ A. DE NANTEUIL, op.cit., p.288.

destinées à être utilisées autrement qu'à des fins de service public non commerciales ». L'article 21 propose ensuite une liste de biens qui doivent être considérés comme tels.

En d'autres termes, les principes généraux applicables à l'immunité de l'Etat ne constituent pas un obstacle insurmontable à l'exécution des sentences arbitrales. Au contraire, ceux-ci permettent de faire porter l'exécution de préférence sur certains biens afin de ne pas affecter les intérêts supérieurs de l'Etat, plus que d'empêcher purement et simplement cette exécution⁶⁸.

CHAPITRE 2 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ARRET ACHMEA

Dans l'arrêt Achmea⁶⁹, la Cour de justice de l'Union européenne a pris position, pour la première fois, sur la question de la compatibilité avec le droit de l'Union des clauses d'arbitrage contenues dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre deux États membres.

La Cour a jugé ces clauses incompatibles avec le droit de l'Union lorsqu'elles permettent à un tribunal arbitral, qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel d'un État membre, d'interpréter le droit de l'Union, et sans que sa décision ne fasse l'objet d'un contrôle suffisant par une juridiction d'un Etat membre⁷⁰.

Nous commencerons tout d'abord ce chapitre par un bref rappel des faits, du contexte et de la procédure antérieure à l'affaire en cause.

Ensuite, nous aborderons le raisonnement suivi par la Cour ainsi que celui de l'avocat général en se focalisant particulièrement sur leurs arguments respectifs afin d'observer leur point de vue divergent.

Enfin, nous examinerons les répercussions de cet arrêt pour la situation des investisseurs sans oublier les critiques éventuelles qui peuvent être soulevées.

SECTION 1 : RAPPEL DES FAITS ET DU CONTEXTE

Dans le courant de l'année 2008, la société Achmea, société d'assurance néerlandaise implantée en Slovaquie, intenta un recours contre la Slovaquie devant un tribunal arbitral sur base de la violation d'un TBI entre les Pays Bas et la Slovaquie. La société néerlandaise soutenait qu'une mesure réglementaire slovaque interdisant la distribution des bénéfices produits par les activités

⁶⁸ M.COSNARD, La soumission des Etats aux tribunaux internes, Paris, Pedone, 1996, p.478.

⁶⁹ CJUE, 6 mars 2018, Achmea, aff. C-284/16, EU:C:2018:158 (ci-après « Arrêt Achmea »).

⁷⁰ G.CROISSANT, Brexit : actualités en droit international privé et en arbitrage international, Journal des tribunaux, Editions Larcier, 2018, pp.352-353 ; E.LANOTTE, L'arrêt Achmea une décision de principe ?, J.D.E., 2018/7, n°251, p.266-269.

d'assurance maladie privée était contraire aux obligations contenues dans le TBI, ce qui aurait causé à la société un préjudice pécuniaire. Le tribunal arbitral chargé de l'affaire trancha en 2012 en faveur de la société Achmea et condamna la Slovaquie à payer 22,1 millions d'euros de dommages et intérêts⁷¹.

La Slovaquie décida donc d'introduire un recours en annulation devant les juridictions allemandes en soutenant que la clause d'arbitrage était incompatible avec certaines dispositions du droit de l'Union⁷². Au terme de la procédure, la Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*) a posé trois questions préjudicielles à la CJUE pour vérifier la compatibilité de la clause d'arbitrage avec le droit de l'Union et plus précisément au regard des articles 267 et 344 TFUE. Nous pouvons énoncer et résumer les questions préjudicielles posées de la manière suivante⁷³ :

- Premièrement, la clause d'arbitrage en cause (prévue à l'article 8 du TBI) est-elle compatible avec l'article 344 du TFUE, selon lequel les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre « leurs différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci. » ?
- Deuxièmement, en cas de réponse négative à la première question, l'article 267 TFUE qui organise le système juridictionnel de l'Union fait-il obstacle à l'application d'une telle clause ?
- Enfin, en cas de réponse négative aux deux premières questions, la clause d'arbitrage, n'étant pas accessible aux investisseurs de tous les Etats membres, serait-elle contraire à l'article 18 TFUE interdisant la discrimination sur base de la nationalité dans le champ d'application des traités ?

SECTION 2 : RAISONNEMENT DE LA COUR

Tout d'abord, la Cour n'a pas voulu répondre à la troisième question préjudicielle et s'est uniquement occupée des deux premières. Dans un premier temps, la Cour a commencé son raisonnement en rappelant les principes constitutionnels fondateurs de l'Union en insistant sur l'autonomie de l'ordre juridique européen grâce au système juridictionnel institué par les traités et basé notamment sur la procédure de renvoi préjudiciel⁷⁴. La Cour va ensuite vérifier la compatibilité de la clause d'arbitrage au regard des articles 267 et 344 TFUE avec un raisonnement basé sur 3 questions explicitées ci-dessous.

⁷¹ CNUDCI, Achmea B.V. c. la République Slovaque, 7 décembre 2012, CPA 2008-13.

⁷² Arrêt Achmea, point 12.

⁷³ *Ibidem*, point 23.

⁷⁴ *Ibidem*, points 32-37

Premièrement, la Cour a vérifié si le tribunal arbitral était susceptible d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union lors d'un litige qui lui serait soumis. La Cour a considéré que c'était le cas sur base, d'une part, de la compétence *ratione materiae* du tribunal qui lui permet de connaître tout différend relatif à un investissement (et donc pas uniquement des droits contenus dans le traité) et, d'autre part, sur la base du droit applicable qui comprenait également le droit en vigueur de la partie contractante⁷⁵. Le droit de l'Union faisant partie du droit en vigueur des parties contractantes à la cause, la Cour a conclu que le tribunal était susceptible de l'interpréter et de l'appliquer pour les besoins du litige.

Ce développement était contraire à la position prise par l'avocat général Melchior Wathelet qui considérait que l'article 344 TFUE ne s'applique pas, au vu de la jurisprudence la Cour, aux différends entre Etats membres ou entre un Etat membre et l'Union, mais aux litiges entre particuliers et Etats⁷⁶.

Deuxièmement, la Cour s'est posé la question de savoir si le tribunal arbitral pouvait être considéré comme une juridiction au sens de l'article 267 TFUE et s'il peut donc utiliser la procédure du renvoi préjudiciel. Si c'était le cas, l'application uniforme du droit de l'Union serait protégée puisque la Cour garderait la possibilité d'assurer en dernière instance l'uniformité d'interprétation de ce droit. Toutefois, la Cour va conclure que ce tribunal arbitral ne peut pas être considéré comme une juridiction car il n'est pas institué par une législation nationale⁷⁷.

De nouveau, la position de l'avocat général sur cette question était différente. En effet, celui-ci estimait qu'il fallait considérer les tribunaux arbitraux comme une juridiction et ayant donc la possibilité de poser une question préjudicielle en affirmant que les conditions requises par la jurisprudence de la Cour étaient remplies⁷⁸.

Enfin, la Cour a en outre examiné si les sentences rendues par le tribunal arbitral peuvent être contrôlées par une juridiction d'un Etat membre⁷⁹. Ce qui aurait permis à la Cour de contrôler *in fine* la bonne application du droit de l'union par l'intermédiaire du renvoi préjudiciel⁸⁰. Néanmoins, la Cour a déclaré que ce contrôle était insuffisant pour deux raisons. Premièrement, si le lieu du siège de l'arbitrage est établi dans un Etat tiers à l'Union, la juridiction interne se

⁷⁵ *Ibidem*, points 42-45.

⁷⁶ Av.gén. M. WATHELET, concl.préc. C.J.U.E., arrêt du 6 mars 2018 (Achméa), C-284/16, publié au recueil numérique, février 2018, § 151-152.

⁷⁷ Arrêt Achmea, point 45-49.

⁷⁸ Av.gén. M. WATHELET, concl.préc. C.J.U.E., arrêt du 6 mars 2018 (Achméa), C-284/16, publié au recueil numérique, février 2018, § 96. Les conditions requises par la jurisprudence pour qualifier une institution de tribunal étant : l'origine légale, la permanence et le caractère obligatoire de la juridiction. Accessoirement, la jurisprudence tient également compte comme critères le caractère contradictoire de la procédure, l'application du droit et le principe d'indépendance et d'impartialité.

⁷⁹ Arrêt Achmea, point 50.

⁸⁰ E.LANOTTE, L'arrêt Achmea une décision de principe ?, J.D.E., 2018/7, n°251, p.266-269.

trouvant dans cet état n'aura pas accès au mécanisme de la question préjudicielle pour contrôler la bonne application du droit. Deuxièmement, même si le siège se trouve dans un Etat membre, le contrôle de cet Etat ne pourrait s'opérer que dans la mesure où son droit le permet⁸¹. Or, certains droits nationaux ne prévoient qu'un contrôle limité de la sentence ; à ce propos, on peut prendre le droit allemand à titre d'exemple qui ne contrôle que le respect de l'ordre public⁸².

Enfin, la Cour a ajouté que la clause d'arbitrage n'est pas compatible avec le principe de confiance mutuelle entre Etats membres, le principe de coopération loyale et la préservation du caractère propre du droit de l'Union⁸³.

Sur la base de tous ces éléments, la Cour a conclu que la clause du TBI portait atteinte à l'autonomie du droit de l'Union⁸⁴.

SECTION 3 : ANALYSE ET CRITIQUE DE L'ARRÊT

Après la lecture de cet arrêt, une question essentielle prédomine : l'arrêt Achmea constitue-t-il un arrêt de principe ou un arrêt *in concreto* ? En effet, dans le développement de sa décision, la Cour a adopté deux types de raisonnements ; d'une part, un raisonnement général et d'autre part, un raisonnement casuistique qui ne se justifie que par rapport à la spécificité du cas d'espèce⁸⁵.

Dans son raisonnement généraliste qu'elle développe aux points 31 à 37 et 57 à 58 de l'arrêt, la Cour semble vouloir s'inscrire dans la ligne de sa jurisprudence constante en la matière⁸⁶ en justifiant sa décision sur base des principes constitutionnels fondateurs de l'Union.

Toutefois, le reste de l'argumentation de la cour se fonde sur un raisonnement *in concreto* spécifiquement adapté à la clause d'arbitrage en cause⁸⁷. En effet, la Cour n'a indiqué à aucun moment que le recours à l'arbitrage prévu dans les TBI intra-UE était contraire aux articles 267 et 344 TFUE, mais bien que c'est bien la clause d'arbitrage en question telle qu'elle est formulée qui viole le droit de l'Union⁸⁸. Or, tous les TBI intra-européens ne contiennent pas des clauses d'arbitrage libellées de cette façon. En effet, certaines clauses, comme l'article 8.31.2 du CETA, prévoient que le tribunal ne peut tenir compte du droit interne ou du droit de

⁸¹ Arrêt Achmea, point 53.

⁸² E.LANOTTE, L'arrêt Achmea une décision de principe ?, op.cit. ; Arrêt Achmea, point 53.

⁸³ Arrêt Achmea, point 58.

⁸⁴ Arrêt Achmea, point 59.

⁸⁵ E.LANOTTE, L'arrêt Achmea une décision de principe ?, J.D.E., 2018/7, n°251, p.266-269.

⁸⁶ S.ROBERT-CUNDET, « l'arrêt de la grande chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l'affaire Achmea : la fin des T.B.I. européens ? », European Papers, 24 juin 2018, p.5.

⁸⁷ Arrêt Achmea, points 38-56.

⁸⁸ Arrêt Achmea, points 39, 43, 51, 59 et 60.

l'union qu'en tant que question de fait; le droit applicable étant simplement constitué des dispositions du traité.

Dans une telle situation, certains tribunaux arbitraux pourraient donc conclure que les enseignements de l'arrêt Achmea sont propres au cas d'espèce et ne doivent pas être généralisés⁸⁹.

Cependant, certains auteurs estiment que ce point de vue est inexact⁹⁰. En effet, N. DE SADELEER rappelle que les litiges portés par les investisseurs devant les tribunaux arbitraux ont principalement trait à des mesures réglementaires qui restreignent l'exercice des droits des investisseurs. Or, selon cet auteur, l'examen de compatibilité d'une mesure réglementaire est tout sauf une donnée factuelle. Au contraire, il peut conduire les arbitres à vérifier si ces mesures respectent le droit de l'union et donc *in fine* à interpréter voire appliquer ce droit.

Par ailleurs, certains auteurs prétendent que la décision de la Cour consiste simplement à affirmer, de façon quasi péremptoire, que la compétence exclusive des tribunaux de la CJUE s'étend à toutes matières dans lesquelles d'autres tribunaux pourraient appliquer le droit européen hors arbitrage commercial⁹¹. Or, selon ces auteurs, ce raisonnement est complètement faux. Pour appuyer leur opinion, ils prennent l'hypothèse dans laquelle un juge non européen applique le droit d'un Etat membre qui comprend lui-même du droit de l'Union car c'est le choix des parties au contrat. Il est donc possible que cette décision ne soit soumise à aucun contrôle si elle n'est pas exécutée dans l'Union. Se pose alors la question de savoir pourquoi un tribunal arbitral statuant sur un TBI intra-UE doit être traité différemment ? La Cour n'a donné aucun élément de réponse concernant cette question.

De plus, il faut se poser la question des implications concrètes de cet arrêt sur les droits des investisseurs. Si la solution émise par la Cour devait être généralisée et que les clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE devaient être interdites, les investisseurs ne disposeraient plus de ce mécanisme de règlement des différends pour faire valoir leurs droits. Ainsi, ils ne leur resteraient plus que comme unique possibilité que le recours aux juridictions nationales⁹². Or, certains investisseurs auront plus de craintes à vouloir investir dans certains Etats membres où la garantie d'indépendance et d'impartialité n'est pas toujours présente de façon certaine. Cependant, même si plusieurs juridictions arbitrales ainsi qu'étatiques ont jugé

⁸⁹ Q.DECLEVE, I.VAN DAMME, « Achmea : Potential Consequences for CETA, the Multilateral Investment Court, Brexit and other EU trade and investment agreements », *International Litigation Blog*, 13 mars 2008.

⁹⁰ N.DE SADELEER, Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie de l'Union, Editions Larcier, 25 février 2019, p.125.

⁹¹ P.PINSOLLE, I.MICHOU, Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissement intra-UE ?, Dalloz actualités, 7 mars 2018, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/arbitrage-l-arret-achmea-fin-des-traites-d-investissements-intra-ue#.XK4HqTAzbiU> (10 avril 2019).

⁹² N.DE SADELEER, Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie de l'Union, Editions Larcier, 25 février 2019, p.126.

que les TBI conféraient directement des droits aux investisseurs⁹³, ce n'est pas le cas d'un traité comme le CETA⁹⁴.

Se pose également la question du sort des sentences rendues dans l'UE dans des litiges intra-UE fondés sur des TBI. Si la réponse devait être l'annulation de celles-ci, une solution pourrait néanmoins se trouver dans les pays non européens. En effet, prenons l'exemple du Brexit. Le Royaume Uni, qui va probablement bientôt quitter l'UE, a conclu des TBI avec une dizaine d'Etats membres de l'UE. Or, à moins qu'un accord de libre-échange ne soit conclu par la suite, ces accords d'investissement resteront très vraisemblablement en vigueur. Le Brexit pourrait dès lors pousser certains investisseurs à développer leurs futurs investissements à travers une société établie outre-Manche, dans les Etats membres avec lesquels le Royaume-Uni a conclu un accord d'investissement, afin de profiter de la protection offerte par ces accords⁹⁵.

En outre, le Royaume-Uni ou la Suisse, pourrait devenir un siège d'élection de choix pour les arbitrages d'investissement intra-UE sachant que seules les juridictions du siège du tribunal arbitral sont compétentes pour connaître des recours en annulation⁹⁶. Cette hypothèse permettrait aux tribunaux arbitraux de refuser de se plier à la décision de la Cour dans l'arrêt *Achmea* sans risquer un recours en annulation. Toutefois, le problème serait dès lors déplacé sur le terrain de la reconnaissance et de l'exécution des sentences dans les Etats membres de l'UE.

En conclusion, il est encore un peu tôt pour connaître avec certitude la réelle portée de cet arrêt. La pratique jurisprudentielle subséquente nous informera plus précisément sur la question même si cette décision amorce un changement de perspective par rapport à l'action menée par la Commission européenne dans sa politique relative à l'investissement. En effet, cet événement a notamment conduit la Commission à modifier le mécanisme RDIE prévu dans les accords de libre-échange dits de nouvelle génération tels que le CETA. L'analyse de ce nouveau système fait partie de notre prochain chapitre.

⁹³ Voy. jurisprudence citée dans les conclusions de l'avocat général M. WATHELET, *op.cit.*, point 156.

⁹⁴ Art.30.6.1. Traité CETA.

⁹⁵ M.BURGSTALLER, A.ZAROWNA, « Possible Ramifications of the UK's EU Referendum on Intra- and Extra BITs », *Journal of international arbitration*, 2016/7, pp.568 et 569 ; G.CROISSANT, *Brexit : actualités en droit international privé et en arbitrage international*, *Journal des tribunaux*, Editions Larcier, 2018, pp.352-353.

⁹⁶ Article V, §1, e), de la Convention de New York, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958.

CHAPITRE 3 : L'INVESTMENT COURT SYSTEM (ICS)

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, l'UE dispose d'une compétence exclusive en matière de traités internationaux d'investissements⁹⁷. Dès 2010, les institutions européennes ont entamé leur politique d'investissement avec pour objectif principal de remplacer progressivement les accords d'investissement bilatéraux des Etats membres. Au départ, la volonté de la Commission était que la clause d'arbitrage présente dans la quasi-totalité des accords bilatéraux fasse partie des nouveaux accords de libre-échange⁹⁸. La Commission a dès lors suivi cette démarche lors des négociations de la première version du traité CETA. En effet, cette version reprenait tous les éléments traditionnels des TBI conclus par les pays membres et s'efforçait d'établir un régime d'arbitrage investisseurs-Etats par des dispositions détaillées⁹⁹.

Parallèlement à ses négociations, des discussions dans les milieux politiques et académiques, et des critiques de plus en plus cinglantes¹⁰⁰ au sein des de la société civile se sont développées contre ce système d'arbitrage d'investissement¹⁰¹. Les principales contestations invoquées sont d'une part, le manque d'indépendance, de transparence et d'impartialité des arbitres et d'autre part, le risque de « gel réglementaire » qui pourrait notamment poser problème en matière de politique de protection de l'environnement et de la santé. Devant cette levée de boucliers contre le recours à l'arbitrage, la Commission a décidé de lancer une consultation publique mais bien après le début des négociations¹⁰² dont le résultat traduisait une inquiétude massive de la part de la société civile à l'égard du système ISDS classique. Ce vent de contestation a conduit le Canada et l'Union européenne à changer leur fusil d'épaule en renonçant au modèle traditionnel en faveur d'une juridiction permanente d'investissement, comprenant un tribunal de première instance et une cour d'appel¹⁰³.

⁹⁷ Art.206 et 207 du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, JO C 306, 17 décembre 2007.

⁹⁸ Communication de la Commission au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 7 juillet 2010, COM(2010) 343 final.

⁹⁹ *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, conclu le 18 octobre 2013 entre le Canada et l'Union européenne, Note de la Commission à l'attention du Comité de politique des échanges (diffusion restreinte) du 5 août 2014 ; R.GEIGER, « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissements de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », *Revue internationale de droit économique* 2015/4 (t. XXIX), p.453.

¹⁰⁰ « The arbitration game », *The Economist*, 10 octobre 2014, p.74.

¹⁰¹ R.GEIGER, *op.cit.*, p.454.

¹⁰² Consultation publique en ligne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et Etats (ISDS) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) du 27 mars 2014, élargie le 13 juillet 2014 ; résumé des résultats majoritairement hostiles au ISDS, Commission Staff Working Paper, Bruxelles, 13 janvier 2015, SWP (2015) 3 Fin.

¹⁰³ Traité CETA, Section F, chapitre 8 ; N.DE SADELEER, *Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie de l'Union*, Editions Larcier, 25 février 2019, p.119.

L'objet de ce chapitre portera, dans un premier temps, sur l'analyse des modifications procédurales et substantielles apportées par ce système inédit. Ensuite, nous aborderons les critiques émises à l'encontre de ce mécanisme et de l'arbitrage d'investissement en général afin de vérifier le fondement de celles-ci. Enfin, nous analyserons la compatibilité de ce système avec le droit de l'Union sur base de l'avis émis par la Belgique au mois d'octobre 2018.

SECTION 1 : LES MODIFICATIONS PROCEDURALES ET SUBSTANTIELLES DU TRAITE CETA

SOUS-SECTION 1 : LES REGLES RELATIVES A LA PROTECTION DES INVESTISSEURS

La protection des investissements est consacrée au chapitre huit du traité CETA. Les dispositions s'appliquent aux investissements réalisés par des entreprises européennes sur le territoire du Canada ou réalisés par des entreprises canadiennes sur le territoire de l'UE.

Tout d'abord, le traité accorde de nombreuses garanties de fond comme dans les accords d'investissement classique¹⁰⁴. En effet, les principes généraux de protection y sont présents tels que la clause du traitement national (article 8.6 CETA), la clause de la nation la plus favorisée (article 8.7), le traitement juste et équitable et la pleine protection et sécurité (article 8.10), la protection contre l'expropriation avec le droit au paiement d'une indemnité (article 8.12) et le libre transfert des fonds liés à l'investissement (article 8.13).

Néanmoins, certains principes méritent une attention particulière telle que le traitement juste et équitable. Traditionnellement, cette clause est l'une des plus critiquées non seulement parce que la définition de ce qui est « juste » et « équitable » est extrêmement vague mais aussi parce que certains arbitres ont interprété ce principe comme étant la source d'obligations très contraignantes¹⁰⁵. Les rédacteurs du CETA ont cependant eu comme préoccupation de mieux rédiger ce type de clause en établissant une liste presque exhaustive des comportements qui constituent une violation du principe¹⁰⁶.

S'agissant de la protection contre l'expropriation, une importante annexe interprétative (l'annexe 8-A) vient en limiter la portée en définissant ce qui constitue une expropriation et ce qui est couvert par la compensation¹⁰⁷. Sur cette base, le CETA s'éloigne de la coutume des TBI qui accordent une compensation pour expropriation directe ou indirecte sans plus de conditions. Le CETA semble s'inspirer de la pratique de l'ALENA en définissant clairement

¹⁰⁴ A.REINISCH, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State arbitration to permanent investment court » *Center for International Governance Innovation*, 2016.

¹⁰⁵ Rapport au Premier ministre (France), L'impact de l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé, 7 septembre 2017, disponible sur https://www.gouvernement.fr/rapport_de_la_commission_devaluation_du_ceta.pdf

¹⁰⁶ Article 8.10 CETA ; C. TIETJE, et F. BAETENS, « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais, 2014, pp. 63 à 64.

¹⁰⁷ Article 8.12 CETA

les contours de l'expropriation indirecte susceptible de donner lieu à une compensation. Ce qui laisserait une moins grande marge d'appréciation à l'arbitre par rapport au système classique.

Par ailleurs, c'est certainement en termes de modifications procédurales que la rupture avec l'arbitrage d'investissement est plus profonde. En effet, l'innovation majeure introduite dans le chapitre 8 du CETA tient au fait qu'il substitue au mécanisme classique l'instauration d'un système de règlement des différends permanent, sous la responsabilité d'un Tribunal de première instance (article 8.27) et d'un Tribunal d'appel (article 8.28).

Plusieurs différences essentielles distinguent ce dispositif de l'arbitrage d'investissement¹⁰⁸ :

- Tout d'abord, le caractère permanent de ce nouveau système de règlement des différends. Alors que l'arbitrage classique repose sur l'établissement de tribunaux *ad hoc*, dont la mission s'épuise avec le règlement définitif de l'affaire dont ils sont saisis, le traité CETA institue, quant à lui, un tribunal arbitral permanent. Le but de cette permanence et centralisation des litiges est d'assurer une meilleure cohérence et homogénéité dans la mise œuvre des dispositions de l'accord et garantir une sécurité juridique, à travers la jurisprudence que développeront les tribunaux permanents. Cela ne serait toutefois possible que sous la condition implicite de la publication des décisions.
- Ensuite, il existe également une différence concernant le mode de désignation des membres des tribunaux¹⁰⁹. Ceux-ci seront nommés par le Comité mixte du CETA¹¹⁰ qui établira des listes d'au moins quinze personnes¹¹¹ dont les compétences seront reconnues. L'arbitre doit posséder les mêmes compétences que celles requises à la fonction de juge étatique¹¹². Le fonctionnement du tribunal se fait sur base tripartite, ce qui implique que pour chaque affaire trois arbitres sont désignés ; un arbitre par groupe géographique¹¹³. Chaque division ainsi composée par le président du tribunal s'occupe du litige qui lui a été attribué. A cet égard, l'attribution des cas aux arbitres mérite une attention particulière. Alors que dans l'arbitrage d'investissement classique les investisseurs avaient la possibilité de choisir leur arbitre, ce n'est plus le cas pour le mécanisme de l'ICS où les affaires sont attribuées aux membres du tribunal sans implication des parties.

¹⁰⁸ Rapport au Premier ministre (France), *op.cit.*, p.30.

¹⁰⁹ Article 8.27 CETA.

¹¹⁰ Ce comité est composé de manière égale par les représentants compétents pour le Canada et pour l'Union européenne.

¹¹¹ Ces quinze personnes seront composées de cinq membres ressortissants de l'Union européenne, cinq membres ressortissants du Canada et cinq membres ressortissants d'un Etat tiers).

¹¹² Article 8.27 (4) CETA.

¹¹³ Article 8.27 (6) du CETA.

- Enfin, le traité CETA prévoit l'institution d'un mécanisme d'appel, ce qui constitue une nouveauté fondamentale par rapport à l'arbitrage classique¹¹⁴. En effet, de manière générale, les sentences arbitrales des tribunaux arbitraux ne peuvent faire l'objet, faut-il le rappeler, que d'un recours en annulation qui ne permet qu'un contrôle très restreint de la décision. Cependant, l'instauration d'un mécanisme d'appel aurait comme désavantage de rendre les procédures plus longues et onéreuses alors que la rapidité est l'un des aspects positifs du recours à l'arbitrage. Toutefois, ce défaut peut être contrebalancé par certains avantages déjà cités plus haut comme le renforcement de cohérence et de sécurité juridique des décisions.

Ce nouveau mécanisme ne se détache pas non plus complètement de l'arbitrage d'investissement classique en conservant certaines caractéristiques de ce dernier¹¹⁵ :

- Tout d'abord, le chapitre huit conserve le caractère unilatéral de l'arbitrage d'investissement en ce qu'il est prévu que seul l'investisseur peut déposer une requête devant le Tribunal de première instance (article 8.18) sans possibilité de demande reconventionnelle pour l'Etat poursuivi.
- Ensuite, concernant les règles de procédures qui doivent être suivies par le Tribunal, l'article 8.23 du traité renvoie aux règlements d'arbitrage qui sont habituellement visés par les accords d'investissement (prenons pour exemple la Convention CIRDI ou règlement d'arbitrage de la CNUDCI).
- Enfin, en ce qui concerne la rémunération des membres du Tribunal, les dispositions prévoient que ceux-ci percevront une rétribution mensuelle mais également des honoraires et remboursement de frais, tels qu'ils sont déterminés par l'article 14(1) du Règlement administratif et financier de la Convention CIRDI. Cette double rémunération pourrait entraîner des frais plus élevés que l'arbitrage d'investissement classique alors que beaucoup critiquent le coût de l'arbitrage qui empêche l'accès des entreprises de taille modeste à ce mode de règlement des conflits.

SECTION 2 : LES CONTESTATIONS EMISES A L'ENCONTRE DE L'ISDS ET DE L'ICS

Le nouveau mécanisme de règlement des différends a été élaboré à l'initiative de la Commission dans le but de résorber les critiques émises à l'encontre du système ISDS¹¹⁶. Avant d'évaluer si

¹¹⁴ Voy. Commission européenne, « Concept paper : Investment in TTIP and beyond – the path for reform », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, visité la dernière fois le 15 avril 2019.

¹¹⁵ Rapport au Premier ministre (France), *op.cit.*, p.31.

¹¹⁶ Voy. la déclaration de la Commission européenne sur les problèmes de l'ISDS de novembre 2013 : « Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf, visité la dernière fois le 14 avril 2017.

l'ICS peut répondre aux manquements que pourrait comporter le système ISDS, il y a lieu d'établir les principales contestations dont fait l'objet l'arbitrage d'investissement classique.

Il existe quatre importants chefs de contestations que l'on retrouve systématiquement dans les propos des détracteurs à l'ISDS : premièrement, le « gel réglementaire » ou en d'autres mots, l'atteinte à la capacité de réguler des Etats ; deuxièmement, le manque de cohérence du système associé à l'absence d'une possibilité de faire appel d'une décision ; troisièmement, la discrimination entre les investisseurs ; quatrièmement et dernièrement, le manque de transparence du système lié à la politique de confidentialité. Nous allons examiner ces différentes contestations l'une à la suite de l'autre en ajoutant ce que le CETA a prévu pour y remédier.

i. Le « gel réglementaire »

L'une des critiques majeures du régime de l'arbitrage d'investissement est le risque d'effet dissuasif indirect sur les politiques publiques. En effet, les tribunaux arbitraux peuvent constituer un frein effectif à l'ardeur des législateurs en raison du risque d'un recours et d'une condamnation à des compensations financières parfois exorbitantes à cause d'une disposition préjudiciant les intérêts d'un investisseur¹¹⁷. La notion d'expropriation directe est l'exemple d'une notion vague qui donne beaucoup de marge à l'arbitre pour apprécier si une mesure publique constitue une expropriation ou non.

Cependant, le CETA a tenté d'apporter des solutions à ce problème en définissant avec précision le principe de traitement juste et équitable et en établissant une annexe interprétative pour limiter les contours de la notion d'expropriation.

Par ailleurs, certains craignent que cette situation risque de rendre les Etats réticents à adopter des mesures en matière de protection de l'environnement et de la santé. Le CETA a proposé une solution au problème en insérant des clauses pour la protection de l'intérêt général. A titre d'exemple, des clauses de non-abaissement des normes sanitaires et environnementales figurent dans le traité (article 24.5)¹¹⁸ ou une disposition garantissant la capacité des Etats de réguler dans le domaine de la santé et de l'environnement (article 8.9). Ces dispositions ne sont pas en tant que telles novatrices. L'accord ALENA a déjà intégré des mécanismes comparables¹¹⁹. Le CETA imite également l'ALENA en établissant un Comité institutionnel capable d'adopter des interprétations contraignantes¹²⁰.

¹¹⁷ C.HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties : The TTP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp.27 à 48.

¹¹⁸ Rapport au Premier ministre (France), L'impact de l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé, 7 septembre 2017, p.18, disponible sur https://www.gouvernement.fr/rapport_de_la_commission_devaluation_du_ceta.pdf.

¹¹⁹ Article 1001 (4), (6) et 1114 de l'ALENA.

¹²⁰ Article 8.12 et Annexe 8-A du CETA.

Ces différents éléments ajoutés par le traité CETA permettent de renforcer la prévisibilité nécessaire aux Etats pour assurer l'efficacité de leur processus législatif.

ii. Le manque de cohérence et l'absence de mécanisme d'appel

Certaines prises de positions parfois divergentes des arbitres sur des décisions quasi-similaires, et l'absence de possibilité de révision de la décision par un mécanisme d'appel renforcent l'idée que l'arbitrage d'investissement peut parfois manquer de cohérence et donc de prévisibilité. Sur ce point, le CETA a tenté d'apporter une solution en prévoyant, comme mentionné plus-haut, un organe d'interprétation pour réduire la marge d'appréciation des arbitres dans leur décision. De plus, nous avons également vu que l'institution d'un Tribunal d'appel a été prévue dans les dispositions du traité pour renforcer le contrôle des décisions¹²¹. Cette contestation semble donc avoir été solutionnée par les rédacteurs du traité même si la bonne mise en œuvre du Tribunal d'appel devra encore être vérifiée en pratique.

iii. Le principe d'égalité et de non-discrimination

L'un des reproches liés à l'arbitrage d'investissement est que son accès n'est généralement prévu que pour les investisseurs étrangers, ce qui pourrait constituer une violation du principe d'égalité et de non-discrimination entre investisseurs. Cette différence de traitement était au départ justifiée dans le but de protéger l'investisseur étranger, considéré comme étant désavantagé par rapport aux nationaux car ignorant le système juridique d'un Etat lointain ou risquant le manque d'indépendance et d'impartialité des juridictions étrangères. La première des raisons semble aujourd'hui dépassée tant les grosses entreprises disposent désormais de nombreux juristes spécialisés en matière de transactions internationales¹²². Ensuite, le recours à l'arbitrage d'investissement est sûrement encore la meilleure solution à offrir aux investisseurs pour régler leurs litiges lorsqu'ils investissent dans des pays en voie de développement. Toutefois, la nécessité de maintenir ce système entre Etats développés comme la France, l'Allemagne ou le Canada n'est plus si simple à démontrer. Certains défenseurs de l'ISDS avancent néanmoins, sur base du classement du Forum économique mondial¹²³, que toute juridiction européenne ne dispose pas des garanties suffisantes, ce qui justifie le maintien de ce système dans le traité CETA.

¹²¹ Voy. Commission européenne, « Concept paper : Investment in TTIP and beyond – the path for reform », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, visité la dernière fois le 15 avril 2019.

¹²² R.GEIGER, « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissements de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », *Revue internationale de droit économique* 2015/4 (t. XXIX), p.459.

¹²³ F.BAETENS, « Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee », *CEPD Special Report*, n°103, 2015, pp. 4-5.

iv. Le manque de transparence

La confidentialité de la procédure d'arbitrage constitue un avantage pour la vie des affaires et c'est notamment pour cette raison que le recours à ce mode de résolution des conflits sera privilégié. Cette caractéristique se comprend tout à fait au sein de l'arbitrage commercial mais qu'en est-il pour l'arbitrage d'investissement où des intérêts publics sont en jeu ? L'opinion souhaite en effet connaître le poids que pèse la protection des investisseurs dans les dépenses publiques. Concernant cette problématique, les rédacteurs du traité ont donné une réponse satisfaisante en faisant référence dans le CETA aux règles sur la transparence issues du règlement de la CNDUCI¹²⁴ (article 8.36 CETA). Les parties à la procédure ont ainsi l'obligation de rendre publique toute une série de documents informatifs notamment sur leur demande, leur identité, leur secteur d'activité, leurs arguments ainsi que la décision finale.

En plus des questions d'opportunité ou de légitimité relatives à l'insertion des clauses d'arbitrage dans les accords d'investissement internationaux, il existe également des interrogations concernant la compatibilité de l'ICS avec le droit de l'Union. Comme nous l'avons vu plus-haut, la CJUE a déclaré dans l'arrêt *Achmea* que les clauses d'arbitrage dans les TBI intra-UE étaient incompatibles avec le droit de l'Union dans la mesure où les tribunaux arbitraux, n'étant pas considérés comme une juridiction au sens de l'art.267 TFUE, étaient susceptibles d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union. Or, il est opportun de se poser la même question mais concernant cette fois-ci les clauses d'arbitrage dans les traités conclus entre l'UE et un Etat tiers comme c'est le cas pour le CETA. C'est un sujet qui a fait l'objet de nombreuses contestations dans les négociations du traité qui a mené le Royaume de Belgique à solliciter, le 7 septembre 2018, une demande d'avis à la CJUE concernant la compatibilité de l'ICS au regard de l'article 277 TFUE.

La dernière section de cet exposé se penchera sur l'analyse que l'on peut porter sur la compatibilité de cette nouvelle procédure d'arbitrage sur base de l'avis rendu par l'avocat général dans cette affaire.

SECTION 3 : L'ICS EST-IL COMPATIBLE AVEC LE DROIT DE L'UNION ?

L'objet de cette section est d'exposer les arguments émis par l'avocat général¹²⁵ concernant la compatibilité de certains aspects du traité CETA et particulièrement la procédure d'arbitrage inédite instaurée par ce traité. Il est utile de rappeler qu'au moment d'écrire cet exposé la Cour n'a pas encore rendu de décision concernant cet avis et que les conclusions de l'avocat général ne lient pas la Cour.

¹²⁴ Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et Règlement d'arbitrage (tel que révisé en 2010, avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

¹²⁵ CJUE, avis 1/17, conclusions de l'avocat général M. Y. BOT, 29 janvier 2019, EU:C:2019:72.

Le Royaume de Belgique va profiter de l'avis pour poser trois questions à la Cour concernant la compatibilité du système de règlement des différends mise en place par le traité CETA :

- Tout d'abord, la première question s'interroge sur la compatibilité du règlement des différends organisé par le traité avec la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union¹²⁶.
- Ensuite, la deuxième question concerne la compatibilité de ce système d'arbitrage avec le principe d'égalité de traitement et l'exigence d'effectivité du droit de l'Union¹²⁷.
- Enfin, la troisième question demande à la Cour de vérifier la compatibilité de la section F du chapitre 8 du CETA, qui instaure l'ICS, avec le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial¹²⁸.

i. Sur la compatibilité du RDIE organisé par le CETA avec la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union

Cette première question a également fait l'objet d'un débat lors de l'arrêt Achmea exposé plus haut. Dans cet arrêt, la Cour s'était érigé comme gardienne de l'interprétation uniforme du droit de l'Union en interdisant les clauses d'arbitrage prévues dans les TBI européens. Quid des dispositions du CETA qui organise un tribunal arbitral ? Ce tribunal est-il susceptible d'interpréter et d'appliquer lui aussi le droit de l'Union et, le cas échéant, d'être incompatible avec la compétence de la Cour ?

Selon l'avocat général, la solution retenue par la Cour dans l'arrêt Achmea ne peut pas être transposée à l'examen de compatibilité de l'ICS car les situations sont différentes. Le traité CETA concerne un accord entre l'UE et un Etat tiers, c'est pourquoi l'exigence du principe de confiance mutuelle n'a pas à s'appliquer ici, contrairement pour les accords entre Etats membres¹²⁹. De plus, l'avocat général précise que le droit applicable devant le Tribunal du CETA consiste exclusivement dans les dispositions pertinentes de cet accord, telles qu'interprétées conformément au droit international. En ajoutant que, contrairement aux TBI intra-UE, le droit de l'Union ne fait pas partie du droit international applicable entre les parties contractantes¹³⁰. Toutefois, même si le tribunal devait tenir compte du droit de l'Union lors d'un litige, celui-ci serait lié par l'interprétation que la Cour a donnée et ne pourrait imposer une interprétation de ce droit au sein de l'ordre juridique de l'Union¹³¹. De plus, l'avocat général énonce d'autres garanties qui entourent le mécanisme de règlement des différends comme les interprétations contraignantes de l'accord que le Comité mixte du traité CETA peut adopter et

¹²⁶ Conclusions générales Y.BOT, avis 1/17, 29 janvier 2019, point 39 et s.

¹²⁷ Concl. gén. Y.BOT, *op.cit.*, point 185 et s.

¹²⁸ Concl. gén. Y.BOT, *op.cit.*, point 220 et s.

¹²⁹ Conclusions générales Y.BOT, avis 1/17, 29 janvier 2019, EU:C:2019:72, point 109.

¹³⁰ Concl.gén. Y.BOT, *op.cit.*, point 110.

¹³¹ *Ibidem*, points 136-140.

l'institution d'une procédure d'appel¹³².

Compte tenu de l'ensemble des garanties et des considérations énumérées, l'avocat général conclut que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu au sein du traité CETA ne porte pas atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et, en particulier, n'affecte pas le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union¹³³.

ii. Sur le principe d'égalité de traitement et l'exigence d'effectivité du droit de l'Union

Concernant cette question, le Royaume de Belgique observe que les investisseurs canadiens disposent, sur base de ce qui est prévu dans le traité CETA, d'une voie juridictionnelle privilégiée. En effet, les entreprises canadiennes investissant dans un des États membres de l'Union pourront porter leur différend soit devant une juridiction interne de l'Union, soit devant le Tribunal du CETA, tandis que les entreprises européennes investissant dans l'Union n'auront pas le choix. La question est donc de savoir si cette situation est compatible avec l'article 20 et 21, §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (ci-après « la Charte ») garantissant le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Néanmoins, pour que ces principes soient applicables il faut que deux personnes se trouvent dans une situation comparable mais subissent un traitement différent ou vice-versa. Or, l'avocat général estime que les entreprises canadiennes investissant dans l'Union et les entreprises européennes investissant dans leur propre espace économique ne sont pas dans une situation comparable et ne doivent donc pas subir le même traitement. La première catégorie d'entreprises réalise des investissements internationaux alors que l'autre catégorie réalise des investissements intra-communautaires ; elles ne doivent donc pas être régies par les mêmes règles. La situation ne peut donc être qualifiée de discriminatoire. Les seules situations comparables sont celles où un investisseur canadien investi dans l'Union, d'une part, et où un investisseur de l'Union investi au Canada, d'autre part¹³⁴. Or, pour cette situation, chacun des investisseurs disposent des mêmes moyens juridictionnels pour faire valoir leurs droits.

Selon l'avocat général, il découle des développements précédents que les dispositions du traité CETA relatives à l'accès au mécanisme de règlement des différends ne méconnaissent pas le principe général d'égalité de traitement¹³⁵.

¹³² *Ibidem*, points 145-148.

¹³³ *Ibidem*, point 184.

¹³⁴ Conclusions générales Y.BOT, avis 1/17, 29 janvier 2019, EU:C:2019:72, point 203.

¹³⁵ *Ibidem*, point 213.

iii. Sur la compatibilité des règles organisant l'ICS avec le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial

En ce qui concerne la dernière question de l'avis, le Royaume de Belgique sollicite l'examen de compatibilité de la section F du chapitre 8 du traité CETA organisant le tribunal arbitral avec l'article 47 de la Charte établissant le droit d'accès à un tribunal indépendant impartial. A cet égard, l'Etat belge observe principalement que le régime prévu à cette section F pourrait rendre excessivement difficile l'accès des petites et moyennes entreprises au Tribunal du CETA dès lors que les frais liés à l'arbitrage peuvent s'avérer très conséquents. L'avocat général répond à cette observation en estimant que le mécanisme d'arbitrage constitue seulement un mode alternatif de règlement d'éventuels différends portant sur l'application de l'accord de libre-échange, qui s'ajoute aux voies de recours qui sont offertes par les Parties contractantes¹³⁶. Il existe donc des garanties procédurales qui permettent d'assurer un niveau suffisant de protection du droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations et développements, l'avocat général a conclu que les dispositions du traité CETA (section F du chapitre 8) mettant en place un mécanisme de règlements des différends investisseurs-Etats inédit, étaient compatible avec le droit de l'Union.

Comme nous l'avons rappelé, la Cour n'est pas tenue par les conclusions de l'avocat général mais osera-t-elle interdire ce nouveau système d'arbitrage d'investissement et entrer en contradiction avec la nouvelle politique de la Commission en matière d'investissement ? En effet, l'approche de la Commission à l'égard de la résolution des litiges en matière d'investissement a changé¹³⁷. Selon elle, l'arbitrage d'investissement classique tel qu'il était prévu dans les TBI intra-UE est dépassé et a été jugé incompatible avec le droit de l'Union par la Cour à juste titre. C'est pourquoi, la Commission a modifié ce système pour créer un mécanisme hybride, à mi-chemin entre une juridiction permanente et un arbitrage classique, avec pour but d'arriver à la création d'un tribunal multilatéral des investissements.

¹³⁶ Concl.gén. Y.BOT, op.cit., points 252-259.

¹³⁷ Commission européenne, « La Commission fournit des orientations sur la protection des investissements transfrontières dans l'UE - Questions et réponses », Communiqué de presse, 19 juillet 2018, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4529_fr.htm, visité la dernière fois le 17 avril 2019.

CONCLUSIONS

Le présent exposé avait pour objectif d'analyser le nouveau mécanisme de règlement des différends investisseurs-Etats organisé par le traité CETA afin de tenter de répondre à la question suivante : *L'Investor Court System* élaboré par la Commission répond-il aux contestations provenant de la société civile à l'encontre de *l'Investor State Dispute Settlement* ?

Pour parvenir à l'examen de ce système inédit afin de répondre à cette question, il était indispensable, dans un premier temps, de commencer par l'étude des principes généraux du droit de l'investissement qui régit la situation des deux acteurs principaux de la procédure : l'investisseur et l'Etat. Tout d'abord, nous avons examiné les différentes protections accordées par les accords internationaux aux investisseurs, les obligations qui pèsent sur les Etats et ainsi que la raison d'être de ces dispositions. Celles-ci sont indispensables pour le développement des investissements à l'étranger et favorisent notamment la croissance des pays en voie de développement désireux d'accueillir de nouveaux investisseurs. Ensuite, nous avons découvert que les rédacteurs de ces accords d'investissement avaient prévu un mécanisme particulier pour le règlement des litiges qui pouvaient survenir. En effet, la plupart de ces accords disposent d'une clause d'arbitrage qui permet à l'investisseur d'établir un tribunal arbitral pour faire valoir ses droits en cas de violation de ceux-ci et réclamer le paiement d'une indemnité. Nous en avons profité pour analyser les différentes caractéristiques de la procédure d'arbitrage d'investissement qui, sur quelques points, diffère de l'arbitrage commercial.

Ensuite, nous nous sommes aperçus que l'arbitrage d'investissement avait du plomb dans l'aile après l'examen de l'arrêt *Achmea*. Cet arrêt semble être un bouleversement dans l'histoire de la procédure arbitrale entre investisseurs et Etats, en tout cas au niveau européen. En effet, les clauses d'arbitrage présentes dans les TBI intra-UE ont été jugées incompatibles avec le droit de l'Union par la Cour en ce qu'elles donnent la possibilité pour les tribunaux arbitraux en cause d'appliquer et d'interpréter le droit de l'Union ce qui risque d'altérer l'interprétation uniforme du droit de l'Union. Cependant, nous nous sommes penchés sur les critiques qui pouvaient être adressées à l'encontre de la décision. A l'heure actuelle, nous ne pouvons affirmer avec certitude si cet arrêt représente une décision de principe ou une décision *in concreto* spécifique au cas d'espèce. La tendance générale semble néanmoins transparaître que l'arbitrage d'investissement fait l'objet de plus en plus de critiques notamment sur l'opportunité d'inclure un tel mécanisme entre Etats développés au sein de l'Union européenne. C'est pourquoi, la Cour, voulant affirmer la suprématie du droit de l'Union, a vraisemblablement rendu une décision motivée par une opinion politique et dans laquelle elle est manifestement partie du résultat à obtenir pour tenter de le justifier ensuite.

Enfin, dans le troisième et dernier chapitre de cet exposé, nous avons pu aborder, avec toutes les connaissances nécessaires liées à l'arbitrage d'investissement, le nouveau mécanisme de règlement des litiges instauré par le traité CETA, à savoir l'*Investment Court System*.

Dans un premier temps, nous nous sommes intéressés sur les motivations précises de la Commission dans l'adoption d'un tel système. Ainsi, nous avons signalé que lors des négociations entre le Canada et l'UE, les parties avaient d'abord prévu un mécanisme ISDS classique. Cependant, suite aux réticences provenant de la société civile et aux résultats d'une consultation publique, la Commission a du corriger le tir en prévoyant ce système hybride pour tenter de pallier aux critiques grandissantes. Ensuite, nous nous sommes concentrés sur les caractéristiques de l'ICS pour énoncer toutes les nouveautés substantielles et procédurales de ce mécanisme par rapport au système classique. Au terme de cette analyse, nous étions en mesure d'apprécier si le principal changement opéré par le traité CETA pouvait répondre aux contestations à l'encontre du mécanisme ISDS en général. Pour ce faire, nous nous sommes focalisés sur quatre critiques qui sont le plus souvent mises en exergue par l'opinion publique, les institutions politiques et la doctrine. L'analyse à laquelle nous nous sommes livrés a permis de démontrer que le traité CETA et son Investment Court System répondent dans l'ensemble à la majorité des critiques de l'ISDS. En effet, la capacité de réguler, la cohérence et la transparence sont garantis par les dispositions du traité même si le coût de l'arbitrage peut empêcher à certaines entreprises l'accès à ce mode de règlement des conflits.

Pour finir, nous avons exposé les arguments de l'avocat général suite à la demande d'avis du Royaume de Belgique quant à la compatibilité de l'ICS avec le droit de l'Union. En effet, l'arrêt Achmea avait suscité beaucoup d'interrogations notamment sur le sort des clauses d'arbitrage dans les traités conclus entre l'UE et un Etat tiers. La question posée par l'Etat belge était donc intéressante. Toutefois, même si elles ne lient pas la Cour, les conclusions de l'avocat général semblent convaincantes, notamment sur le fait que la situation du traité CETA n'est pas comparable avec celles des traités intra-UE. Nous en avons donc conclu que ce mécanisme de règlement des conflits ne serait pas jugé incompatible avec le droit de l'Union par la Cour au risque d'entrer en contradiction avec la nouvelle politique de la Commission en matière d'investissement.

En conclusion, cet exposé nous a permis d'apercevoir que le droit de l'investissement et sa procédure d'arbitrage sont en perpétuelle évolution, tant pour subvenir au besoin des investisseurs que pour permettre aux Etats de conserver une marge de manœuvre dans leur pouvoir réglementaire afin de satisfaire l'intérêt général. Au sein de l'UE, le règlement des différends investisseurs-Etats est en mutation, se déplaçant d'une procédure arbitrale classique à une juridiction permanente des investissements. Les années futures permettront d'évaluer si cette tendance se confirme et satisfait les intérêts des différents acteurs.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

ACHTOUK-SPIVAK L., « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements » in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Editions A.Pedone, 2015.

ACHTOUK-SPIVAK L., BEN MANSOUR A., « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement » in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Editions A.Pedone, 2015.

ARES.M et BOULANGER.E., *L'investissement et la nouvelle économie mondiale*, Bruylant, 2012, Bruxelles.

BAETENS F., « Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee », CEPD Special Report, n°103, 2015.

BALAS V., « Review of awards », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

BEN HAMIDA W., *L'arbitrage commercial transnational. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse Paris II.

BONOMO S., « Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats », PUAM, 2012.

BROCHES A., « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others States », RCADI, 1972, t.136.

BURGSTALLER M., ZAROWNA A., « Possible Ramifications of the UK's EU Referendum on Intra- and Extra BITs », *Journal of international arbitration*, 2016/7.

BURRIEZ D., *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de protection et de promotion des investissements*, thèse univ., Panthéon Assas, 2014.

CNUDCI, *Bilateral Investment treaties 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking*.

COSNARD M., *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Paris, Pedone, 1996.

CROISSANT G., *Brexit : actualités en droit international privé et en arbitrage international*, *Journal des tribunaux*, Editions Larcier, 2018.

DECLÈVE Q., VAN DAMME I., « Achmea : Potential Consequences for CETA, the Multilateral Investment Court, Brexit and other EU trade and investment agreements », *International Litigation Blog*, 13 mars 2008.

DE NANTEUIL. A., « *Droit international de l'investissement* », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017.

- DE NANTEUIL A., « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017.
- DE SADELEER N., Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie de l'Union, Editions Larcier, 25 février 2019.
- GAILLARD E., « L'arbitrage international », Commentaire, vol. numéro 158, no. 2, 2017.
- GEIGER R., « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissements de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », Revue internationale de droit économique 2015/4 (t. XXIX).
- HENCKELS C., « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties : The TTP, CETA, and TTIP », Journal of International Economic Law, 2016.
- KAUFMANN-KOHLER G., RIGOZZI A., Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, Zürich, Editions Weblaw, 2010.
- KORZUN V., « The right to regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », S.J.D. Dissertations (Fordham Law School), 2016.
- LANOTTE E., L'arrêt Achmea une décision de principe ?, J.D.E., 2018/7, n°251.
- LEBEN C., Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Editions A.PEDONE, 2015.
- LEBEN C., « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », AFDI, 2004.
- MALINTOPPI L., « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI » in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Editions A.Pedone, 2015.
- McLACHLAN C., SHORE L., WEINIGER M., International Investment Arbitration Substantive Principles, Oxford, OUP, 2008.
- PINSOLLE P., MICHOU I., Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissement intra-UE ?, Dalloz actualités, 7 mars 2018, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr>.
- PRUJINER A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », Rev. Arb., 2005.
- REINISCH, A., « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State arbitration to permanent investment court » *Center for International Governance Innovation*, 2016.
- ROBERTS A., « The next battleground : standards of review in investment treaty arbitration », International Council for Commercial Arbitration Congress Series, 2011.
- ROBERT-CUENDET S., « I. - Les spécificités du régime juridique applicable aux investisseurs étrangers » in Droit des investissements étrangers, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- ROBERT-CUENDET S., Droit des investissements internationaux : perspectives croisées, Bruylant, Bruxelles, 2017.

ROBERT-CUNDET S., « l'arrêt de la grande chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l'affaire Achmea : la fin des T.B.I. européens ? », *European Papers*, 24 juin 2018.

ROOT V.E., « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *AJIL*, 1910.

ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publ., 2006.

SADOWSKY M., « Section 1 - Le principe d'égalité de traitement » in *Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013.

SALACUSE J.W., « The Law of Investment Treaties - second edition », *The Oxford International Law Library*, 2015.

SCHREUER C. et al., *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge university Press, 2ème éd., 2009.

STERN B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires », in *Mélanges Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000.

TIETJE C., et BAETENS F., « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais, 2014.

VAN DEN BERG A.J., « Recent Enforcement Problems under the New York and ICSID Convention », *Arb. Int.*, 1989.

JURISPRUDENCE

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo) c. Rwanda, CIJ, 3 février 2006, Rec. P.6, §65.

ADC c. Hongrie, CIRDI, n°ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, §432.

Achmea, aff. C-284/16, CJUE, 6 mars 2018, EU:C:2018:158.

Mr Franz Sedelmayer c. Fédération de Russie, arbitrage SCC, S du 7 juillet 1998.

Petrobart limited c. Kirgystan, arbitrage SCC 126/2003, S du 29 mars 2005.

Walter Bau AG c. Thaïlande, CNUDCI, S du 1er juillet 2009.

Achmea B.V. c. la République Slovaque, CNUDCI, 7 décembre 2012, CPA 2008-13.

Arabie saoudite c. Arabian American Oil Company (Amraco), S du 23 août 1958, ILR 1963, vol.27.

Sapphire International Petroleum Ltd. C. National Iranian Oil Company, S du 15 mars 1963, ILR 1967, vol.35.

Creighton c. Qatar, Cass.Civ.1ère (Fr.), 6 juillet 2000, pourvoi n° 98-19068, publié au Bulletin, extraits reproduits in *Revue de l'arbitrage 2001-1*.

C.J.U.E., arrêt du 6 mars 2018 (Achméa), av.gén. M. WATHELET, concl.préc. C-284/16, publié au recueil numérique, février 2018.

CJUE, avis 1/17, conclusions de l'avocat général M. Y. BOT, 29 janvier 2019, EU:C:2019:72.

LEGISLATION

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, signé le 30 octobre 2016.

Convention de New York, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958.

Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, JO C 306, 17 décembre 2007.

Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et Règlement d'arbitrage (tel que révisé en 2010, avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), signé le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

COMMUNICATIONS ET DOCUMENTS DIVERS

Communication de la Commission au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 7 juillet 2010, COM(2010) 343 final.

Déclaration de la Commission européenne sur les problèmes de l'ISDS de novembre 2013 : « Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf.

Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission fournit des orientations sur la protection des investissements transfrontières dans l'UE - Questions et réponses », 19 juillet 2018, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4529_fr.htm.

Commission européenne, « Concept paper : Investment in TTIP and beyond – the path for reform », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

Consultation publique en ligne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et Etats (ISDS) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) du 27 mars 2014, élargie le 13 juillet 2014 ; résumé des résultats majoritairement hostiles au ISDS, Commission Staff Working Paper, Bruxelles, 13 janvier 2015, SWP (2015) 3 Fin.

CNUCED, International investment agreements : key issues, vol.1, UN Publications, 2004.

Rapport au Premier ministre (France), L'impact de l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé, 7 septembre 2017, disponible sur https://www.gouvernement.fr/rapport_de_la_commission_devaluation_du_ceta.pdf.

The Economist, « the arbitration game », 10 octobre 2014.