



HAL
open science

MAUREL Raphaël, “ Le droit européen des investissements, une révolution inachevée : essai de contextualisation ”, in MAUREL Raphaël (dir.), Nouveaux regards sur le droit européen des investissements, Dijon, LexisNexis, coll. du CREDIMI, 2023, pp. 451-465.

Raphaël Maurel

► **To cite this version:**

Raphaël Maurel. MAUREL Raphaël, “ Le droit européen des investissements, une révolution inachevée : essai de contextualisation ”, in MAUREL Raphaël (dir.), Nouveaux regards sur le droit européen des investissements, Dijon, LexisNexis, coll. du CREDIMI, 2023, pp. 451-465.. MAUREL Raphaël, “ Le droit européen des investissements, une révolution inachevée : essai de contextualisation ”, in MAUREL Raphaël (dir.), Nouveaux regards sur le droit européen des investissements, Dijon, LexisNexis, coll. du CREDIMI, 2023, pp. 451-465., LexisNexis, pp. 451-465., 2023. hal-04158310

HAL Id: hal-04158310

<https://hal.science/hal-04158310>

Submitted on 11 Jul 2023

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

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

Le droit européen des investissements, une révolution inachevée : essai de contextualisation

par

Raphaël MAUREL¹

Synthétiser deux denses journées de colloque est une gageure. Sans doute n'est-il pas, dans cette situation, inutile de revenir aux fondamentaux du sujet qui a occupé les près de quarante intervenantes et intervenants au colloque de Dijon en décembre 2022. Ce que recourent exactement les « nouveaux regards » sur le « droit européen des investissements » ne coulait, à vrai dire, pas nécessairement de source. Pour autant, l'intitulé de la rencontre a été peu commenté. La plupart des conférenciers s'est, *a priori*, accordée sur le fait que le « droit européen des investissements » n'est ni une chimère juridique, ni une notion académique « à la mode », destinée principalement à l'oubli et à la critique des futurs historiens du droit s'intéressant à la doctrine d'une époque. Quant aux « nouveaux regards », il faut concéder qu'ils étaient nécessaires : trop rares sont les moments de discussions ouvertes entre internationalistes et européenistes – publicistes comme privatistes – sur ce sujet, alors que la dense actualité jurisprudentielle initiée par l'arrêt *Achmea*² appelait de riches échanges de vues.

Le fait que le droit de l'Union européenne et les investissements entretiennent des liens n'a jamais été contesté, tant au regard de la nature du projet européen que des règles qui ont directement ou indirectement vocation à affecter les investissements, qu'ils soient réalisés de manière « intra-européenne », c'est-à-dire par un investisseur d'un État membre de l'Union au sein d'un autre État membre, ou externe, c'est-à-dire par un investisseur ressortissant d'un État non membre de l'Union au sein d'un État membre. Le cas des investissements externes ne présente que peu de spécificités, au regard du droit international de l'investissement dit « classique ». Ce dernier, dont l'émergence est finalement récente³, trouve ses sources à la fois dans les traités bilatéraux d'investissements (TBI) – dont la survie est précisément mise en cause par l'interprétation du droit de l'Union européenne imposée par la Cour de justice de l'Union dans son arrêt *Achmea* – et autres chapitres « investissements » d'accords multilatéraux, et dans le droit interne des États, qui demeurent libres d'utiliser leurs prérogatives souveraines pour encadrer l'accueil des investissements sur leurs territoires. La mise en commun évolutive de compétences économiques entre les États membres de l'Union ne pouvait, à cet égard, que finir par soulever des questions d'articulation des règles relatives aux investissements, en particulier s'agissant de l'appréhension, par le droit de l'Union, des TBI conclus entre États membres et États non-membres. Dans la mesure où les questions qu'ils y traitent sont ne serait-ce que susceptibles d'impliquer l'application de règles de droit de l'Union, il était à prévoir que l'une des institutions de l'organisation internationale la plus intégrée au monde viendrait à s'y intéresser, voire prétendre assujettir un système arbitral contesté par une partie de la société civile à son propre ordre juridique⁴. À partir de

¹ Maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne, CREDIMI (EA 7532), CEDIN (EA 382) et CMH (EA 4232).

² CJUE, Gde Ch., 6 mars 2018, *Slowakische Republik contre Achmea BV*, Affaire C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

³ Pour un aperçu historique, voir par exemple les propos de A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 3^{ème} ed., Pedone, 2020, 564 p.

⁴ V. par exemple sur ce thème R. MAUREL, « L'éthicisation du droit international des investissements : un panorama », in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*,

questionnements quant à l'appréhension d'une activité économique – les investissements – par le droit de l'Union, de nouveaux sujets sont nés⁵, faisant peu à peu poindre l'idée de l'émergence d'un ensemble normatif propre à l'encadrement des investissements internationaux par l'Union européenne.

Ce propos conclusif vise, sans prétention autre que celle de la synthèse à vocation essentiellement pédagogique, à tenter de présenter un tableau général de l'objet « droit européen des investissements ». Au regard de ce qui précède, il est intéressant de le replacer dans les deux « foyers », ou « contextes » institutionnels, juridiques et politiques, dans lequel il s'insère et devrait, n'en déplaise à telle ou telle partie de la doctrine ou à tel juge, continuer à se développer : celui, d'abord, du droit international des investissements dans lequel il puise sa raison d'être (I), puis celui, d'abord plus complexe – pour l'internationaliste – et incertain, du droit de l'Union européenne (II).

I – REPLACER LE DROIT EUROPÉEN DES INVESTISSEMENTS DANS LE CONTEXTE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

L'émergence d'un droit européen de l'investissement n'est pas exclusivement liée à l'adoption d'un corpus normatif régional destiné à encadrer les activités économiques intra-européennes. Ce dernier existe depuis les années 1950, même si son développement s'est évidemment accéléré ces dernières décennies. Le fait est que même après Lisbonne, c'est-à-dire au début des années 2010, l'hypothèse d'un droit européen des investissements propre n'était pas particulièrement évoquée ; c'est l'arrêt *Achmea*, par la rupture majeure qu'il opère avec la logique du droit des investissements tel qu'il était conçu jusqu'alors, qui marque à notre sens le tournant européen de ce droit. Sans revenir sur les très nombreux commentaires de cet arrêt majeur, on peut retracer les grandes lignes qui ont rendu acceptable et certainement possible, du point de vue du droit international des investissements, une telle révolution. Parmi elles, on peut relever le besoin de légitimation de l'arbitrage d'investissements (A) et la dynamique internationale de régionalisation (B).

A – UN BESOIN SOCIAL DE « PUBLICISATION » DU CONTENTIEUX DES INVESTISSEMENTS

Beaucoup a été écrit sur les raisons qui conduisent une grande partie de la doctrine critique à rejeter tout ou partie du système de règlement des différends relatifs aux investissements – autrement dit, l'arbitrage d'investissement⁶. On peut dès lors se borner à rappeler quelques éléments généraux.

L'arbitrage d'investissements repose, structurellement, sur l'idée certainement datée selon laquelle l'investisseur est l'être faible et l'État, souverain, l'être fort. Or, contrairement au droit administratif français qui postule historiquement qu'au regard de l'intérêt général qui prédomine et guide l'action public, un juge spécifique globalement protecteur de l'Administration doit seul juger de ses actes, le système de règlement des différends relatifs aux investissements a été pensé pour effacer la différence, de poids, entre la personne privée et la personne publique. La justice étatique étant soupçonnée de partialité envers l'État, il s'est

2.

LexisNexis, 2021, pp. 3-22 et les références citées. V. également, entre autres, les contributions de E. STOPPIONI, C. KESSEDJIAN et F. LATTY dans cet ouvrage.

⁵ V. notamment C. KESSEDJIAN, Ch. LEBEN (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, Éditions Panthéon-Assas, 2009, 176 p.

⁶ On se référera particulièrement, ici, à la contribution d'E. STOPPIONI et aux auteurs cités.

agi d'inventer des mécanismes permettant, le temps de la résolution du litige, une égalité – et une apparence d'égalité – des parties. L'invention fut relative : l'arbitrage commercial, existant depuis pour ainsi dire toujours, a pu fournir un support solide à l'élaboration du contentieux des investissements, de sorte que l'arbitrage d'investissements est devenu le seul cas⁷ dans lequel une personne privée peut, sans épuiser les voies de recours internes ni même saisir une juridiction nationale, porter et faire trancher un litige impliquant un État autre que le sien par une autorité contentieuse internationale.

Cet héritage historique peut, voire doit, être interrogé. Peu à peu, a émergé l'idée selon laquelle les tribunaux d'investissements, par nature privés, seraient globalement « pro investisseurs », ce que peuvent confirmer les chiffres s'ils sont correctement interprétés – malgré un débat qui fait rage⁸. La composition des tribunaux arbitraux interroge également, les critiques dénonçant le portrait-robot de l'arbitre d'investissements comme étant majoritairement celui d'un homme blanc, occidental, de plus de soixante ans. Le statut des arbitres, lui aussi, questionne⁹ ; la société civile, alertée par les débats entourant l'adoption du CETA/AECG¹⁰, s'est d'ailleurs saisie de cet enjeu. Comme le rappelle Florian Couveinhes-Matsumoto, c'est « la puissance du rejet populaire, associatif, syndical et dans une certaine mesure parlementaire du principe même de tribunaux spéciaux d'investissements qui a mené le triangle institutionnel de l'UE et les gouvernements des États membres à faire leur une certaine critique de l'arbitrage d'investissements traditionnel, et de promouvoir un projet alternatif de [Cour mondiale d'investissements] »¹¹.

Il était donc logique, dans un tel contexte, que de nouvelles solutions émergent. L'intervention des États pour ramener l'arbitrage d'investissement, dont les critiques peuvent être – peut-être abusivement – résumées à son caractère privé, dans le giron de la puissance publique, était nécessaire ou, à tout le moins, très souhaitable. C'est certainement car une réforme du CIRDI, visant à le transformer en juridiction permanente, paraît illusoire, que la voie du régionalisme a pu, comme dans d'autres domaines, paraître dans ce contexte la plus pertinente – du point de vue des « réformateurs ».

B. UN INÉVITABLE RÉGIONALISME ?

Le droit international des investissements n'est pas figé. Son verdissement, et plus largement son « éthicisation »¹², est certainement en marche, entre autres dynamiques contemporaines. Toutefois, la réforme mondiale et structurelle des institutions chargées du contentieux de

⁷ Exception faite des litiges portés par les agents des organisations internationales devant les tribunaux administratifs internationaux ; ces contentieux sont cependant spécifiques et ne relèvent pas de la même logique.

⁸ V. par exemple H. GUÉRARI, « CIRDI : favorable aux investisseurs privés », in H. ASCENSIO, P. BODEAU-LIVINEC, M. FORTEAU, F. LATTY, J.-M. SOREL, M. UBÉDA-SAILLARD (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 75.

⁹ V. la contribution de F. LATTY dans cet ouvrage ; v. également, sur les difficultés posées par la « double casquette » de certains juges à la Cour internationale de justice fréquemment désignés comme arbitres, R. MAUREL, « Révolution discrète ou communication malheureuse ? À propos de la “ compilation des décisions » adoptées par la Cour internationale de justice en matière d'activités extérieures des juges » [en ligne], *Blog Inter-Éthique*, note n°5, 2020.

¹⁰ Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* du 14 janvier 2017, L 11/23.

¹¹ F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *RGDIP*, 2018/4, pp. 893-894.

¹² On se permet de nouveau de renvoyer à un ouvrage précédent : R. MAUREL, « L'éthicisation du droit international des investissements : un panorama », *op. cit.*.

l'investissement, que la société civile et l'Union européenne entendent promouvoir, peine à paraître ne serait-ce qu'envisageable. Il est difficile de s'en étonner : le multilatéralisme, que l'on dit volontiers en « crise » voire « en panne », n'est, bien qu'il faille relativiser ces conclusions alarmistes¹³, pas au sommet de son efficacité depuis le début des années 2000. Si les retraits des organisations internationales et donc de leurs traités constitutifs sont parfois jugés « relativement rares »¹⁴, un certain regain de l'activité de rétractation a pu être enregistrée, notamment mais pas exclusivement sous l'ère Trump¹⁵. Surtout, bien que la communauté internationale soit parvenue à adopter quelques traités significatifs ces dernières années – l'Accord de Paris de 2015 et l'AECG sont parfois qualifiés d'accords issus de la « génération » de la crise du multilatéralisme¹⁶ ; on peut certainement y ajouter le récent traité sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine en haute mer¹⁷ – l'heure n'est pas à la ferveur multilatérale ni à la révision systématique des traités existant.

Les nouveaux enjeux et sujets d'inquiétude des États sont volontiers, ces dernières années, discutés voire encadrés au niveau régional. Il en est ainsi du secteur du numérique dans lequel l'Union européenne se démarque particulièrement¹⁸, mais également de certaines préoccupations comme le respect des droits de la personne humaine par les entreprises multinationales. Pour prendre cet unique exemple, alors que le drame du Rana Plaza en 2013 a suscité rapidement la création d'un groupe de travail onusien chargé de travailler à l'élaboration d'un traité international sur la question¹⁹, le projet avance avec une telle lenteur que l'Union européenne – qui n'est au demeurant pas exempte de toute responsabilité dans cette absence de célérité mondiale – proposera vraisemblablement, par une directive en cours de discussion, le premier devoir de vigilance international applicable aux entreprises transnationales en matière de respect des droits environnementaux et de la personne humaine²⁰. Le régionalisme apparaît dans bien des domaines comme un palliatif à la lenteur multilatérale, de sorte que la solution aux difficultés et critiques rencontrées par l'arbitrage d'investissements pouvaient, en principe, y trouver des réponses.

Il n'est, dès lors, nullement surprenant que la Cour de justice de l'Union européenne ait, dans ce contexte mondial, décidé en 2018 de neutraliser les clauses attributives de compétence à un tribunal arbitral international (privé) en cas de litige entre un investisseur et un État membre

¹³ V. par exemple Y. DAUDET, « 1919-2019, le flux du multilatéralisme », *RCADI*, vol. 403, 2020, p. 19.

¹⁴ É. DAVID, *Droit des Organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 265.

¹⁵ Pour des analyses récentes, v. D. BURRIEZ, « Le retrait des États des organisations internationales », *AFDI*, vol. 64, 2018, pp. 373-382 ; H. B. TOURÉ, *Le retrait des États membres des organisations internationales*, Thèse de droit public soutenue le 8 juillet 2022 à Aix-Marseille Université, 635 p.

¹⁶ S. GROSBON, « Le chapitre 'Commerce et environnement' de l'Accord Économique et Commercial Global (AECG/CETA) face à l'urgence climatique », *AFDI*, vol. 63, 2017, p. 577.

¹⁷ UNGA, *Draft agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*, 4 March 2023. Le traité n'est pas encore officiellement adopté ; à son propos, v. V. BORÉ EVENO, P. RICARD, « Fin des négociations 'BBNJ' à l'ONU : enfin un traité pour protéger la biodiversité marine en haute mer ! », *Le blog des juristes*, 17 mars 2023, en ligne : <https://blog.leclubdesjuristes.com/fin-des-negociations-bbnj-a-lonu-enfin-un-traite-pour-protoger-la-biodiversite-marine-en-haute-mer-par-valerie-bore-eveno-et-pascale-ricard/>.

¹⁸ V. par exemple B. BERTRAND (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, 782 p.

¹⁹ Conseil des droits de l'homme, 26^{ème} session, résolution 26/9 - Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, adoptée à la 37^{ème} séance du 26 juin 2014, A/HRC/RES/26/9.

²⁰ Sur ce thème, v. R. MAUREL, « Regard critique sur le champ matériel du projet de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », *Revue de droit des affaires internationales*, numéro spécial, à paraître en 2023.

de l'Union européenne²¹. De ce point de vue, le fondement – en l'espèce, l'idée selon laquelle la procédure arbitrale, en ce qu'elle « pourrai[t] concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union »²² alors que le tribunal arbitral ne constitue pas une juridiction susceptible d'opérer un renvoi préjudiciel seul à même de permettre l'interprétation du droit de l'Union, « porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union »²³ – importe finalement peu. Peut-être même est-il tombé à point nommé, permettant aux États membre, au-delà des protestations de principe, de dénoncer de manière légitime et acceptable l'ensemble des TBI intra-européens²⁴ au profit d'un nouveau système, davantage « européen ».

Le champ du droit des investissements, produit des échanges entre États et d'une institutionnalisation accomplie mais minimale au sein du CIRDI, se déplace dès lors sous l'effet de la « prise de pouvoir » européenne. Il faut donc acter qu'il existe, aujourd'hui, un droit international « général » des investissements et un droit « européen » des investissements toujours en cours de formation. C'est, en tout cas, dans le contexte du droit de l'Union que son évolution peut dorénavant être appréhendée – ce qui n'exclut pas la possibilité de rapports de systèmes potentiellement complexes, en matière d'investissements, tant avec l'ordre juridique international qu'avec d'autres ordres juridiques régionaux.

II – REPLACER LE DROIT EUROPÉEN DES INVESTISSEMENTS DANS LE CONTEXTE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

La question de l'encadrement des investissements internationaux, ainsi déplacée dans le champ du droit de l'Union, soulève de nombreuses interrogations dont certaines sont classiques. D'autres ont été exhaustivement abordées, à l'instar de la question d'une définition européenne de l'investissement²⁵, de l'existence de règles et standards spécifiques²⁶, ou encore de l'articulation de ce droit régional des investissements avec les libertés européennes²⁷. Il paraît cependant pertinent de revenir ici sur le point fondamental que constitue la liberté institutionnelle qu'a prise la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en rendant l'arrêt *Achmea* (A), tant ce point de départ du « nouveau » droit européen des investissements constitue celui de nombreuses difficultés à venir. S'il n'est pas certain que les juges de l'Union avaient anticipé ces problématiques concrètes, la postérité du raisonnement de l'arrêt *Achmea* est incontestablement assurée, à défaut de la sécurité juridique de l'ensemble des sujets du droit des investissements (B).

A – LE PRODUIT D'ENJEUX DE POUVOIRS INTRA-EUROPEÉNS : LE RÔLE DE LA COUR DE JUSTICE

Il est un point qui ne fait pas débat : l'origine du formidable coup d'accélérateur qu'a mis l'Union au développement du droit européen des investissements réside dans l'arrêt *Achmea*,

²¹ CJUE, Gde Ch., 6 mars 2018, *Slowakische Republik contre Achmea BV*, Affaire C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

²² *Ibid.*, §56.

²³ *Ibid.*, §59.

²⁴ V. l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, SN/4656/2019/INIT, *JOUE* du 29 mai 2020, L 169/1, et à son propos J. CAZALA, « Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ? À propos de l'accord du 5 mai 2020 », *JDI*, n°3, 2020, pp. 855-874.

²⁵ V. la contribution d'E. LAFOND dans cet ouvrage.

²⁶ V. les contributions de M. FRAPPIER, A. DE NANTEUIL, P. ACCAOUI LORFING et C. CRÉPET DAIGREMONT dans cet ouvrage.

²⁷ V. notamment les contributions de F. MARTUCCI, D. BLANC et C. NOURISSAT dans cet ouvrage.

et donc dans la Cour de justice de l'Union. On le sait : d'autres solutions étaient possibles²⁸, et le rôle de la Cour a été prépondérant par rapport aux autres institutions européennes²⁹. Bien que la Cour soit autonome et indépendante, cette décision – contraire, faut-il le rappeler, aux conclusions de l'avocat général qui rappelait sur le point litigieux que la Commission pouvait toujours poursuivre et sanctionner un État membre qui donnerait effet à une sentence arbitrale interprétant incorrectement ou méconnaissant le droit de l'Union³⁰ – laisse à entrevoir une volonté propre à la Cour, une « vision » de ce que devrait être le droit de l'Union. La question de l'articulation de cette vision avec celle des autres institutions et surtout des États membres ne peut être éludée : quelle est la place des États, qui restent souverains, dans cette équation ?

Devant la Cour, deux groupes d'États s'opposaient. D'un côté figuraient les États, dont le couple franco-allemand, qui ne voyaient pas de difficulté dans la compatibilité des clauses d'arbitrage des TBI y compris intra-européens : Allemagne, France, Pays-Bas, Autriche, Finlande. Il faut dire, comme le soulignait l'avocat général, qu'ils sont « essentiellement des pays d'origine des investisseurs et, par conséquent, jamais ou rarement cités comme parties défenderesses dans des procédures arbitrales lancées par des investisseurs »³¹. Au support de l'argumentation slovaque, qui invoquait l'incompatibilité de ces clauses avec le droit de l'Union, figuraient des États régulièrement défendeurs devant des tribunaux d'investissements : République tchèque, Estonie, Grèce, Espagne, Italie, Chypre, Lettonie, Hongrie, Pologne, Roumanie. D'autres États, comme la Belgique, le Luxembourg, le Portugal, le Royaume-Uni ou la Suède – certaines des capitales de ces États étant de hauts lieux de l'arbitrage d'investissement – ne sont pas intervenus. De cette liste découle une évidence : les avis des États membres étaient partagés sur la question, de sorte que la réponse ne s'imposait pas.

Il n'est pas non plus inintéressant de s'arrêter sur les interrogations de l'avocat général concernant la position de la Commission, s'exprimant dans l'intérêt de l'Union :

« La thèse de la Commission m'interpelle également. En effet, pendant une très longue période, la thèse des institutions de l'Union, y compris de la Commission, consistait à dire que, loin d'être incompatibles avec le droit de l'Union, les TBI étaient des instruments nécessaires pour préparer l'adhésion à l'Union des pays de l'Europe centrale et orientale. Les accords d'association signés entre l'Union et les pays candidats comprenaient d'ailleurs des dispositions prévoyant la conclusion de TBI entre les États membres et les pays candidats. Lors de l'audience, la Commission a essayé d'expliquer cette évolution de sa position sur l'incompatibilité des TBI avec les traités UE et FUE, en soutenant qu'il s'agissait d'accords nécessaires pour préparer l'adhésion des pays candidats. Toutefois, si ces TBI ne se justifiaient que pendant la période d'association et si chaque partie savait qu'ils deviendraient incompatibles avec les traités UE et FUE dès que l'État tiers concerné serait devenu membre de l'Union, pourquoi les traités d'adhésion n'ont-ils pas prévu de mettre fin à ces accords, les laissant ainsi dans une incertitude juridique qui perdure pour certains États membres depuis plus de 30 ans et pour beaucoup d'autres depuis 13 ans ? De plus, dans l'Union il n'y a pas de traités d'investissement uniquement entre pays d'économie de marché et pays qui auparavant avaient connu une économie dirigée ou entre États membres et pays candidats à l'adhésion, comme l'a laissé croire la Commission. [...] J'ajoute que le risque systémique que les TBI internes à l'Union poseraient, selon la Commission, pour l'uniformité et l'efficacité du droit

²⁸ V. la contribution de C. KESSEDJIAN dans cet ouvrage.

²⁹ V. les contributions de S. THIÉRY, N. FORSTER, M. BARBA et B. SAMSON dans cet ouvrage.

³⁰ Conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET présentées le 19 septembre 2017 dans l'affaire C- 284/16, *Slowakische Republik contre Achmea BV*, ECLI:EU:C:2017:699.

³¹ *Ibid.*, §34.

de l'Union est largement exagéré. Les statistiques de la CNUCED montrent que, sur 62 procédures arbitrales internes à l'Union qui, sur une période de plusieurs décennies, ont été clôturées, les investisseurs n'ont eu gain de cause que dans 10 affaires, ce qui représente 16,1 % de ces 62 affaires, à savoir un taux sensiblement inférieur aux 26,9 % de « victoires » pour les investisseurs au niveau mondial. Les tribunaux arbitraux ont très largement donné la possibilité à la Commission d'intervenir dans les arbitrages et, à ma connaissance, dans aucune de ces 10 affaires, les tribunaux arbitraux n'ont été amenés à contrôler la validité des actes de l'Union ou la compatibilité d'actes des États membres au regard du droit de l'Union. Dans leurs observations écrites, plusieurs États membres ainsi que la Commission n'ont fait état que d'un seul exemple, à savoir l'arbitrage *Ioan Micula e.a. c/ Roumanie* (affaire CIRDI no ARB/05/20), qui aurait donné lieu à une sentence arbitrale prétendument incompatible avec le droit de l'Union. Même si cet exemple n'est pas, à mon avis, pertinent en l'occurrence, le fait qu'il existerait un seul exemple conforte mon idée que la crainte de certains États membres et de la Commission d'un risque systémique que créeraient les TBI internes à l'Union est largement exagérée ».

À la lecture de ces conclusions, on demeure dubitatif comme s'avérer convaincu par l'avocat général. Il est à tout le moins clair que l'assentiment général était difficile à trouver, et que le maintien du *statu quo* aurait, au regard de ce qui précède, entraîné peu de conséquences négatives concrètes. Autrement dit, la Cour aurait pu considérer, de manière certes davantage politique que juridique, que les conditions d'un consensus n'étaient pas réunies et qu'il convenait que les États se réunissent, au sein des institutions européennes, pour négocier entre eux, à l'initiative de la Commission le cas échéant. L'enceinte de la CJUE n'étant pas le meilleur *forum* de négociations possible sur ce thème sensible, la réponse juridique de la Cour aurait pu être brève et consister, au moins sur ce point majeur, à valider l'existant en s'appuyant sur le raisonnement solide de l'avocat général pour « renvoyer la balle » aux États. Tel n'a pas été le cas, la Cour ayant décidé de faire « cavalier seul » et de souligner son pouvoir.

S'il est nécessairement audacieux d'affirmer que la Cour a ici fait preuve d'autorité pour affermir sa position institutionnelle au sein de l'Union, ou encore d'analyser cette politique jurisprudentielle comme reflétant une volonté hégémonique du juge européen, il faut concéder que sa solution n'était ni la plus évidente sur le fond, ni celle entraînant le moins de conséquences concrètes. Le doute subsiste donc quant aux motivations concrètes de la Cour pour prendre cette décision aux externalités nombreuses.

B – L'ÉMERGENCE DE NOUVELLES DIFFICULTÉS CONTENTIEUSES

Les conséquences de la jurisprudence *Achmea* ont été largement discutées, qu'il s'agisse des déclinaisons *Komstroy*³² ou *PL Holdings*³³ ou des comportements rationnels des investisseurs, incités à transiter par des structures situées dans des États signataires hors de l'Union mais dotés d'un TBI avec un État membre, s'ils souhaitent échapper aux juridictions nationales réputées « pro-État » ou « anti-investisseur » de certains États membres. C'est justement ce dernier point qui constitue la conséquence négative principale de cette jurisprudence.

³² CJUE, Gde Ch., 2 octobre 2021, *République de Moldavie contre Komstroy LLC*, Affaire C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.

³³ CJUE, Gde Ch., 26 octobre 2021, *Republiken Polen contre PL Holdings Sàrl*, Affaire C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875.

Le mythe de l'équivalence des garanties juridictionnelles dans les vingt-sept États membres de l'Union ne résiste, on le sait, pas à l'analyse. Les investisseurs comme les États l'ont bien compris et il s'agit dorénavant, pour les premiers éventuellement victimes d'expropriation ou de violations de leurs droits par un État membre, d'obtenir justice sans pouvoir recourir aux tribunaux arbitraux. Des exemples récents invitent à mesurer l'ampleur des difficultés qui restent à surmonter pour éviter les dénis de justice et garantir une certaine célérité des procès.

Le récent arrêt de la Cour suprême suédoise dans l'affaire *PL Holdings*, sur lequel on se propose d'achever ce propos, en est topique³⁴. Une question restait en effet en (relatif) suspens à la suite de l'arrêt de la CJUE dans cette affaire : celle de savoir si les sentences auparavant rendues dans le cadre d'une convention d'arbitrage *ad hoc* – et non d'un TBI – devaient être annulées, par une application rétroactive de la jurisprudence européenne. La société *PL Holdings* soutenait depuis le départ que l'arrêt *Achmea* n'interdisait pas la conclusion d'une nouvelle convention d'arbitrage, hors TBI, après le début d'un arbitrage fondé sur un TBI dont la clause d'arbitrage aurait été neutralisée du fait de la jurisprudence de la CJUE *Achmea* – et ses ramifications ultérieures. C'était précisément sur le fondement d'une clause d'une convention *ad hoc* identique à celle du TBI que la Chambre de commerce de Stockholm avait ainsi rendu deux sentences arbitrales de 2017 contestées par la Pologne. Il découle néanmoins de l'arrêt *PL Holdings* de la CJUE que pour être validée, une sentence doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle suffisant de la part des juridictions nationales susceptibles de poser une question préjudicielle à la CJUE – cette capacité étant, à en croire la Cour, le seul moyen de garantir pleinement l'application du droit de l'Union. Une fois placée en tort sur le fond, la société expropriée – d'après les sentences arbitrales de 2017 – soutenait que l'annulation des sentences découlant de l'arrêt de la Cour de Justice serait contraire à une série de textes fondamentaux européens. La société invoquait notamment l'article 19 TUE³⁵, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux³⁶, les articles 6 et 13 de la Convention EDH relatifs au droit au procès équitable et à l'absence de discrimination, ainsi que l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole à la Convention sur le droit de propriété. En somme, l'argumentation de la société pour contester l'annulation des sentences reposait sur le fait que dans cette hypothèse, l'expropriation dont elle avait été victime – de manière peu discutable sur le fond – ne pourrait faire l'objet d'aucun recours effectif.

La solution à cette difficulté était donnée dans l'arrêt *PL Holdings* de la CJUE, de sorte que le raisonnement de la Cour suprême suédoise n'étonne pas. Le juge européen répond en effet à l'argument de la société en indiquant que « la protection des droits subjectifs que *PL Holdings* tire du droit de l'Union doit être assurée dans le cadre du système juridictionnel des États membres, en l'occurrence, le système juridictionnel polonais. Dès lors, à supposer que soit établie la lacune dans la protection de ces droits dont *PL Holdings* allègue l'existence, cette lacune devrait être corrigée au sein de ce système, le cas échéant avec la coopération de la Cour dans le cadre de ses compétences, sans qu'une telle lacune puisse justifier de tolérer la

³⁴ Supreme Court of Sweden, *PL Holdings S.a.r.l. v. Poland*, 15 december 2022, SCC Case No. V 2014/163. Pour un bref commentaire sur lequel s'appuient les paragraphes qui suivent, v. R. MAUREL, « *PL Holdings* case: The Investor Ordered to Pay the Expropriating State's Costs, a New Consequence of *Achmea* », *European Papers*, Vol. 7, 2022, N°3, European Forum, Insight of 10 February 2023, pp. 1131-1139.

³⁵ « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

³⁶ « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi [...] ».

méconnaissance des dispositions et principes fondamentaux »³⁷. Au regard du droit de l'Union, les sentences étaient donc annulables, et l'éventuel déni de justice en découlant contestable devant les juridictions polonaises. La Cour suprême suédoise devait cependant trancher une question de rapports de systèmes plus complexe : que faire si l'annulation des sentences, si elle devait être prononcée sur le fondement de la jurisprudence de la CJUE, méconnaît les droits garantis non seulement par le droit de l'Union, mais également par la CEDH³⁸ ? La problématique n'était pas des plus simples, puisque dans les deux cas, la responsabilité de l'État pouvait se trouver engagée. En cas d'annulation, l'État s'exposait à l'engagement de sa responsabilité internationale devant la CEDH. Si la Cour décidait de ne pas annuler les sentences, l'État s'exposait à l'engagement de sa responsabilité devant la CJUE. La Cour suprême suédoise a néanmoins, et assez logiquement, contourné le problème en se positionnant principalement dans le champ de l'ordre juridique de l'Union.

Pour résoudre la difficulté posée par ce rapport de systèmes, la Cour suprême s'est assez logiquement appuyée sur l'arrêt *Bosphorus*³⁹. Dans cet arrêt retentissant, la Cour de Strasbourg avait dégagé l'idée de « protection équivalente » pour considérer qu'une mesure étatique prise en exécution d'obligations internationales – et spécifiquement communautaires – devait « être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention »⁴⁰. La Cour suprême suédoise, en application directe de cette jurisprudence bien établie, a dès lors jugé qu'une juridiction nationale ne pouvait s'écarter de l'interprétation d'une disposition de l'Union par la CJUE que si son application dans le cas d'espèce constituait une violation grave et non équivoque des droits d'un individu au regard de la CEDH. Elle considéra, avec la CJUE, que le droit de l'Union a globalement renforcé les droits des investisseurs et, dans l'ensemble, que c'était à la Pologne qu'il incombait de respecter ses obligations en matière de procès équitable. La Cour suédoise a donc annulé les sentences visées sur le fondement de l'ordre public procédural, qui prévoit qu'une sentence ne peut être reconnue ou exécutée, au regard du droit interne suédois, si la manière dont elle a été rendue est manifestement incompatible avec les principes du système juridique suédois. L'ordre juridique de l'Union étant intégré à l'ordre juridique suédois, la Cour n'a eu aucun mal à considérer que la jurisprudence de la CJUE en la matière relevait des principes juridiques fondamentaux de nature procédurale, et par conséquent que les principes procéduraux du droit suédois avaient été violés par les sentences contestées – et l'auraient été par leur maintien. Les deux sentences ont donc été déclarées nulles, leur maintien étant manifestement incompatible avec l'ordre public suédois.

À lire ce raisonnement, on peut s'interroger sur les deux options ouvertes mais écartées par la Cour. La première est celle d'une nouvelle question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union, cette fois-ci sur le fondement de l'article 6§3 TUE⁴¹ et de la Charte des droits fondamentaux. La société *PL Holdings* n'avait en effet pas manqué de relever que l'application de la décision préjudicielle de la CJUE serait contraire au droit primaire de

³⁷ CJUE, Gde Ch., 26 octobre 2021, *Republiken Polen contre PL Holdings Sàrl*, *op. cit.*, §68.

³⁸ V. également, sur cette question, la contribution de C. FORTIER dans cet ouvrage.

³⁹ CEDH, Gde ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n° 45036/98. Pour une analyse, v. par exemple K. KUHNERT, « Bosphorus Double standards in European human rights protection? », *Utrecht Law Rev.*, n°2, 2006, pp. 117-189.

⁴⁰ *Ibid.*, §155.

⁴¹ « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux »

l'Union, réclamant par la même un nouveau renvoi préjudiciel que la Cour suédoise a écarté d'un revers de la main. Pour cette dernière, aucune question nouvelle n'était invoquée, et on peine, à la lecture de l'arrêt *Pl Holdings* d'octobre 2021, à concevoir comment la Cour de Justice pourrait s'écarter de sa jurisprudence. La seconde porte entrouverte dans cette affaire était celle du recours à la Cour européenne des droits de l'homme.

Il s'agit là d'une « niche » restreinte, même si la possibilité que la CEDH soit saisie d'une telle question existe théoriquement. On peut en effet imaginer qu'une juridiction nationale d'un État membre de l'Union, plus ouverte à la CEDH que d'autres, décide qu'il y a matière à réflexion et s'écarte de la jurisprudence *Bosphorus*. Deux possibilités seraient alors ouvertes. La première serait de poser de nouveau la même question à la CJUE, sous le double angle de la jurisprudence *Bosphorus* et du droit primaire, puisque les droits garantis par la CEDH en relèvent. La seconde résiderait dans la nouvelle possibilité de demander un avis consultatif à la CEDH. Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 2018, du Protocole n° 16 à la Convention EDH, les « plus hautes juridictions » des États l'ayant ratifié (Albanie, Andorre, Arménie, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Roumanie, Saint-Marin, Slovaquie, Slovénie, Ukraine) peuvent en effet adresser à la CEDH des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Une juridiction nationale pourrait dès lors utiliser cette possibilité et, potentiellement, semer la zizanie au sein de l'ordre que tente d'établir la CJUE sur la question de la protection des investissements intra-union.

Il est évidemment difficile de prédire ce que la CEDH, saisie d'une telle demande d'avis, pourrait décider, d'autant que l'hypothèse est pour l'instant peu plausible. La Suède n'a pas ratifié le Protocole 16 ; une demande d'avis pourrait toutefois émerger de la Cour de cassation française qui n'est pas hostile par principe à cette procédure ou d'une autre juridiction européenne habituée des différends relatifs aux investissements. En appliquant *mutatis mutandis* le raisonnement qu'elle a tenu dans les affaires *Nada c. Suisse*⁴² ou *Al-Dulimi c. Suisse*⁴³ – au contentieux – elle pourrait considérer que tant que la protection offerte par le système national ne satisfait pas aux exigences du procès équitable tel que garanti par la Convention, l'État qui a à connaître de l'annulation de la sentence sur le fondement de la jurisprudence de la CJUE doit lui-même mettre en œuvre un mécanisme permettant la protection de ces droits. Une telle prise de position demeure peu probable, au moins politiquement : l'avis viserait en effet directement le système juridique d'un État membre de l'Union, et *a fortiori* du Conseil de l'Europe. Il paraît délicat – pour ne pas dire impensable – que la Cour juge, par un avis consultatif, qu'un système juridictionnel membre ne satisfait pas aux exigences de la Convention du fait de l'application du droit de l'Union. Par ailleurs, les deux jurisprudences susmentionnées demeurent restreintes *ratione materiae* et il est probable que la Cour s'efforce d'interpréter l'article 6 et la jurisprudence de la CJUE « de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux »⁴⁴. On relèvera d'ailleurs que dans l'affaire *Al-Dulimi*, le standard est placé assez bas : ce n'est que parce que les requérants n'ont même pas disposé « au moins d'une possibilité réelle de présenter et de faire examiner au fond, par un tribunal, des éléments de preuve adéquats »⁴⁵ qu'une violation de l'article 6 de la Convention a été reconnue. Cette situation paraît, objectivement, difficilement transposable au sein d'un État membre de l'Union.

⁴² CEDH, Gde ch., 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08.

⁴³ CEDH, Gde ch., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08.

⁴⁴ CEDH, *Nada c. Suisse*, préc., §170.

⁴⁵ CEDH, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, préc., §151.

Il est en tout état de cause douteux que l'investisseur en reste à ce qui s'apparente manifestement à un déni de justice...du fait de l'application du droit de l'Union. Il y a donc tout lieu de penser que PL Holdings tentera d'obtenir réparation devant les juridictions polonaises – puisque la jurisprudence de la CJUE n'ouvre pas d'autres possibilités à ce stade. Il faut relever ici le caractère ironique de la situation : c'est précisément pour éviter les juridictions nationales suspectées de trop peu protéger les investisseurs étrangers que ces derniers font habituellement appel à l'arbitrage d'investissements, le cas échéant hébergées par des institutions reconnues comme l'Institut d'arbitrage de Chambre de commerce de Stockholm. Si, comme il est possible de le présumer, la société demandeuse n'obtient pas totalement réparation pour l'expropriation dont elle a été victime devant les juridictions polonaises, elle devra alors se tourner vers les voies de recours qui lui restent. Celles-ci sont peu nombreuses, et résident essentiellement...dans la CEDH. En effet, la Cour de Strasbourg pourrait être saisie par un investisseur déçu et placé en position de déni de justice. Mais là encore, il n'est pas certain que la CEDH se positionne à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice pour condamner un État dont les juridictions, saisies en application du droit de l'Union, ne proposeraient pas un niveau de garantie des droits des investisseurs jugé satisfaisant.

Il est, toutefois, difficile de prédire l'avenir contentieux et l'existence-même de l'arrêt *Achmea* montre que les lignes peuvent bouger, de manière occasionnellement imprévisible. D'autres questions d'articulations contentieuses se poseront très certainement à l'avenir ; les négociations en vue d'une future Cour mondiale d'investissements⁴⁶, notamment, ne sont pas sans soulever des interrogations quant à ses relations avec la CJUE comme avec la CEDH. Cinq ans après *Achmea*, le bilan est donc toujours en cours d'élaboration : la seule certitude demeure que le droit européen des investissements a de beaux jours devant lui.

⁴⁶ V. la contribution de C. TITI dans cet ouvrage.