

Arbitrage d'investissement : examen d'une question particulière : le cas des BIT intraeuropéens" [BR]- Un stage au barreau dans la matière du droit des affaires[BR]- Une épreuve orale de simulation de plaidoirie en matière de droit des obligations et des contrats[BR]- Epreuve de casus interdisciplinaire

Auteur : Février, Vincent

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 : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/4995>

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.

ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT : EXAMEN D'UNE QUESTION PARTICULIERE : LE CAS DES BIT INTRAEUROPEENS.

Vincent FEVRIER

Travail de fin d'études

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

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur ordinaire

RESUME

Le travail en question se décline en deux parties. Une première partie est consacrée à une étude des particularités de l'arbitrage d'investissement en général comparé à l'arbitrage commercial international, avec un tour d'horizon des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement dont la convention de Washington du 18 mars 1965 établissant le CIRDI. La seconde partie est quant à elle consacrée à la question des particularités de l'arbitrage d'investissement en droit européen. Se posera la question des traités bilatéraux d'investissement intraeuropéens et de leur validité au regard des traités fondateurs, question controversée au cœur de l'affaire Achmea contre Slovaquie qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne le 6 mars 2018.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	4
Titre 1 : Particularités du système d'arbitrage international d'investissement.....	5
1.1. La notion d'investissement.....	5
1.2. Historique du règlement des différends en matière d'investissement.....	7
1.2.1. La situation antérieure à l'apparition des BIT.....	7
1.2.2. La Convention de Washington et l'arbitrage CIRDI.....	10
1.2.3. Les BIT : traités bilatéraux et multilatéraux.....	12
1.3. Caractéristiques de l'arbitrage international d'investissement.....	14
1.3.1 Aperçu général et comparaison avec l'arbitrage commercial international.....	14
1.3.2. Une question particulière relative à la compétence : <i>Treaty claims</i> et <i>Contract claims</i>	18
1.4. Critiques et vision prospective.....	20
Titre 2 : Questions particulières relatives aux arbitrages d'investissement intraeuropéens.....	24
2.1. L'épineux problème des BIT en droit européen.....	24
2.1.1. Origines.....	24
2.1.2. La jurisprudence des juridictions arbitrales, positions de la Commission et de la doctrine.....	25
2.2. Evolution récente : l'arrêt <i>Achméa c. Slovaquie</i> du 6 mars 2018.....	28
2.2.1. Les faits et la procédure antérieure.....	28
2.2.2. Les conclusions de l'Avocat général Melchior WATHELET.....	29
2.2.3. L'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne.....	32
Conclusion : Vers une fin des BIT intraeuropéens ?.....	34
Bibliographie.....	38

INTRODUCTION

L'investissement est devenu un élément essentiel du système économique mondial contemporain. Aucun Etat ne pourrait décemment songer à se passer de l'apport de capitaux étrangers. Ceci est d'ailleurs particulièrement vrai pour les pays en voie de développement. L'investissement international est nécessairement sous-tendu par une relation de confiance entre l'Etat d'accueil et l'investisseur. Ce dernier doit en effet être certain que ses avoirs ne risquent pas d'être atteints par une action de l'Etat d'accueil, que ce soit dans l'exercice de sa puissance souveraine ou par le biais d'organes publics autonomes. L'investisseur a rapidement marqué sa défiance (fondée ou non) des tribunaux étatiques, perçus comme portés à trancher en sa défaveur voire dans certaines zones de la planète comme corrompus.

Suite à la prise de conscience de ces enjeux, divers mécanismes portant sur la protection des investisseurs et sur le règlement des différends entre eux et l'Etat ont vu le jour. Nous nous proposons dans cette étude de les passer en revue, pour nous attacher au dernier avatar de cette évolution, à savoir l'arbitrage international d'investissement prévu par *Bilateral investment treaties* (BIT) ou traités bilatéraux d'investissement. Nous nous attacherons par ailleurs à comparer cette forme d'arbitrage avec la figure de l'arbitrage commercial international.

Ce travail s'attachera également à examiner les critiques et les défis que la matière devra affronter à l'avenir. L'arbitrage international d'investissement n'a pas bonne presse auprès de l'opinion publique, et ce mouvement, longtemps cantonné aux pays en voie de développement, a essaimé sur l'ensemble du globe.

Nous examinerons surtout un enjeu qui nous concerne de façon beaucoup plus directe. En effet, au niveau de l'Union européenne, il existe à l'heure actuelle un très grand nombre de BIT liant deux Etats membres de l'Union. La Commission européenne s'est lancée dans une véritable croisade contre ces traités qu'elle estime contraires au droit de l'Union. Jusqu'à présent, elle n'est pas parvenue à faire admettre sa thèse devant les juridictions arbitrales. Cependant, une décision *Achméa c. Slovaquie* du 6 mars 2018 de la Cour de justice de l'Union européenne semble bien consacrer ce que la Commission défendait depuis des années. Nous nous proposons d'examiner si cet arrêt sonne le glas des BIT intraeuropéens ou si au contraire, il n'est qu'un élément supplémentaire d'un débat qui est encore loin d'être tranché.

TITRE I : PARTICULARITÉS DU SYSTÈME D'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL.

1.1. LA NOTION D'INVESTISSEMENT

Avant de s'atteler à l'analyse des différents textes internationaux relatifs aux investissements et aux mécanismes de règlement des différends qu'ils prévoient, il convient de définir la notion d'investissement elle-même.

Il n'existe pas de définition générale de l'investissement au niveau international¹. Ceci peut notamment s'expliquer par le fait que la notion d'investissement est destinée à embrasser une réalité économique de par sa nature en constante évolution, générant sans cesse de nouvelles pratiques qui pourraient potentiellement être qualifiées comme telles. Cette tendance ne fait d'ailleurs que s'accélérer avec l'explosion des nouvelles technologies. Une définition trop rigide de l'investissement ne serait tout simplement pas du tout adaptée. Il n'est dès lors pas étonnant que la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après désignée Convention CIRDI) ne prévoient aucune définition de son objet². Elle se limite à indiquer en son article 25 :

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou une collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre.

Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. »

Il n'y a pas de problème si l'Etat et la partie privée ont conclu une convention d'arbitrage. En effet, les parties se sont alors mises d'accord sur le fait que leur litige était relatif à un investissement, et les arbitres qui seront saisis n'auront pas à se poser la question de leur compétence *ratione materiae*. Cette solution était d'ailleurs celle envisagée par les rédacteurs de la Convention CIRDI. Est donc un investissement ce que l'Etat a consenti à qualifier comme tel³.

Cependant, la question a retrouvé une incidence pratique indéniable avec le développement des traités bilatéraux d'investissement, au détriment des contrats. En effet, comme nous le verrons *infra*, ceux-ci se caractérisent par le fait que l'Etat d'accueil de l'investissement donne son consentement à l'arbitrage de façon différée. Pour déterminer si un litige concerne un investissement, il faut dès lors regarder la définition de l'investissement telle que donnée par le traité. On peut d'ailleurs observer une grande diversité dans les approches adoptées, certains traités restants muets sur la définition de l'investissement, d'autres ayant une acception plus ou moins stricte du concept.

¹ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2^{ème} édition, Paris, Pedone, 2017, p. 165.

² A. GILLES, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 168.

³ A. DE NANTEUIL, *op cit*, p. 166.
A. GILLES, *op cit*, p. 154.

Au vu des éléments qui précèdent, on ne peut approcher la notion d'investissement qu'en la brossant à gros traits, en identifiant les traits généraux qui se dégagent de la pratique arbitrale.

Comme cela n'est pas directement l'objet de notre étude, et qu'une analyse détaillée demanderait à elle seule un travail complet, nous nous bornerons ici à isoler une définition « de travail ». Qu'on se le dise de toute façon : il n'existe en la matière aucune solution définitive et d'application générale.

Confrontés à des Etats et des particuliers en conflit sur la question même de savoir si leur litige pouvait être qualifié d'investissement au sens du BIT, les arbitres ont essayé de fournir une vision objective de la notion d'investissement, qui ne dépendrait plus de la vision des parties⁴. Les premières tentatives en la matière furent fortement marquées par l'empirisme, les tribunaux arbitraux identifiant des éléments de fait *in casu*, qui sont en général rattachés à la notion d'investissement, mais en prenant soin de ne pas les présenter comme des critères généraux d'identification des investissements applicables de façon généralisée⁵.

Un progrès des plus significatifs fut réalisé dans le cadre de la sentence *Salini c. Maroc*⁶. Cette sentence propose quatre critères.

Le premier critère est celui de l'*apport financier*. Pour que l'opération puisse être qualifiée d'investissement, le ressortissant de l'autre Etat contractant du BIT doit avoir injecté une certaine somme d'argent dans l'économie de l'Etat d'accueil.

Le second critère est celui de la *durée*. L'investissement se caractérise par une certaine permanence sur le territoire de l'Etat d'accueil. L'idée est ici de ne pas confondre de réelles opérations d'investissements avec des interventions tout à fait ponctuelles et de courte durée. Ce critère a été apprécié de façon très diverse en fonction des tribunaux arbitraux, et les exigences en matière de durée minimale de l'investissement ne sont pas uniformisées.

Le troisième critère est celui du *risque*. On veut entendre ici le risque inhérent au développement d'une activité économique sur le territoire de l'Etat d'accueil, à savoir le fait que celle-ci périclité et que l'on ne tire pas les bénéfices escomptés. Ce critère permet notamment d'exclure de la notion d'investissement l'épargne qu'un particulier pourrait détenir auprès d'une banque et qui serait située à l'étranger.

⁴ A. GILLES, *op cit.*, p. 184.

⁵ Voy. par exemple l'affaire *Fedax N.V. c. Venezuela*, CIRDI n° ARB/96/3, décision sur la compétence du 11 juillet 1997.

S. BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, Marseille, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2012, p. 88.

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

A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 178 à 180.

A. GILLES, *op cit.*, p. 190 à 193.

Enfin, la sentence *Salini* se singularise par l'ajout d'un quatrième critère, par ailleurs très controversé, qui est celui de la *participation au développement économique de l'Etat d'accueil*.

Les critères *Salini* ne sont pas appliqués de façon uniforme en pratique. Certains arbitres n'y voient que des lignes de conduite très générales qui ne les obligent en rien et qui ne doit surtout pas entraver un examen au cas par cas des situations qui se présentent⁷, d'autres au contraire les considèrent comme contraignants et les appliquent de manière cumulative⁸. Il y a des arguments en faveur de chacune des deux approches. La première correspond davantage à une vision traditionnelle de l'arbitrage, où il n'y a pas à proprement parler de jurisprudence, et où chaque nouveau litige entraîne une nouvelle réflexion. Elle permet une plus grande souplesse en adéquation avec une notion aussi évolutive que n'est celle de l'investissement. A l'inverse, la seconde vision des critères *Salini* offre davantage de sécurité juridique. Il est d'ailleurs intéressant de constater que cette logique s'éloigne en cela sensiblement de l'arbitrage traditionnel (notamment l'arbitrage commercial international)⁹, pour se rapprocher de la logique d'un juge.

Malgré ce manque d'uniformité dans leur application et les controverses qu'ils suscitent, les critères *Salini* présentent un caractère suffisamment clair et concret pour que nous puissions les retenir comme définition de travail pour les réflexions qui vont suivre.

1.2. HISTORIQUE DU REGLEMENT DES DIFFERENTS EN MATIERE D'INVESTISSEMENT

1.2.1 : LA SITUATION ANTERIEURE A L'APPARITION DES BIT

Le droit international se préoccupe de la question de la protection des investissements réalisés par des étrangers sur le territoire d'un Etat depuis des temps immémoriaux¹⁰. Une des caractéristiques saillantes de cette matière est la méfiance naturelle que l'investisseur étranger éprouve vis-à-vis des institutions de l'Etat d'accueil, notamment vis-à-vis de ses juridictions, dont la neutralité et l'indépendance pourraient être remises en cause.

Au fil du temps se sont apparus divers moyens de régler le contentieux international relatif à l'investissement. Il faut souligner à titre liminaire que l'apparition d'un nouveau mécanisme de règlement des différends ne rend aucunement ceux apparus précédemment obsolètes, et que la présentation chronologique des différentes méthodes qui va suivre ne doit donc aucunement induire en erreur sur ce point.

Le droit international des investissements a tout d'abord été régi par des règles d'origine essentiellement coutumière. S'y appliquait le principe bien établi que le droit international public est un droit applicable aux Etats, par les Etats, pour les Etats et que les

⁷ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 181.

Voy. *Malicorp limited c. Egypte*, CIRDI n° ARB/08/18, sentence du 7 février 2011, §109.

⁸ Voy. *Joy Mining c. Egypte*, CIRDI n° ARB/03/11 sentence du 6 août 2004, § 42.

⁹ A. GILLES, *op cit.*, p. 204 à 208.

¹⁰ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p.13.

M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, Domat, L.G.D.J., 2014, p. 228.

particuliers (en ce compris les investisseurs) ne pouvaient aucunement s'en prévaloir. En cas de violation par un Etat de ses obligations internationales vis-à-vis de lui, l'investisseur n'avait d'autre choix que de s'en remettre à son gouvernement. Au 19^{ème} siècle, l'intervention du gouvernement de l'Etat d'origine de l'investisseur se traduisait souvent par l'envoi d'une flottille devant les ports de l'Etat d'accueil pour une démonstration de force (stratégie abondamment utilisée par les puissances européennes). Cette « diplomatie de la canonnière » prit fin avec la conclusion de la Convention de la Haye sur la Résolution pacifique des Différends Internationaux en 1907¹¹.

Une autre modalité d'intervention de l'Etat d'origine qui s'est quant à elle maintenue jusqu'à nos jours est le mécanisme de la protection diplomatique, devenu traditionnel en droit international public. L'Etat prend ainsi « fait et cause pour son ressortissant » mais de la sorte il ne défend pas en réalité les droits et intérêts de celui-ci, mais les siens propres. Il a en effet « le droit d'assurer vis-à-vis de la personne de ses nationaux le respect des normes du droit international » et d'obtenir une indemnité dans le cas contraire¹². La procédure ne répond pas efficacement aux attentes de l'investisseur. En effet, rien n'oblige l'Etat d'origine à mettre en branle le mécanisme en question, qui relève d'une compétence discrétionnaire¹³. De plus, il ne peut exercer sa protection diplomatique que si l'investisseur est un de ses ressortissants. Ce principe exclut par exemple l'idée d'une intervention de l'Etat de la nationalité des actionnaires si la société qui a réalisé l'investissement ne partage pas cette nationalité¹⁴. Ensuite, l'investisseur doit non seulement avoir épuisé toutes les voies de recours internes mais aussi ne rien avoir à se reprocher par rapport à ce qui lui arrive (théorie dite des « mains propres »)¹⁵. Enfin, si l'Etat d'origine devait exercer sa protection diplomatique et se voyait donner raison, l'indemnisation lui serait destinée, et rien ne lui imposerait de la rétrocéder à l'investisseur malheureux. Du fait de ces inconvénients, si le recours à la protection diplomatique n'a pas totalement disparu de la pratique en droit international des investissements, il est devenu quasiment anecdotique¹⁶.

Sont alors apparues les commissions mixtes, institutions établies entre deux états dans un souci d'économie, afin de traiter des cas semblables plutôt que de recourir de façon séparée à la protection diplomatique pour chaque cas. Chaque Etat désignait la moitié des commissaires, auxquels la pratique a vu s'ajouter l'ajout d'un tiers d'une nationalité autre que celle des Etats en litige, le « surarbitre ». Il convient de considérer ce mécanisme comme un raffinement et une rationalisation de celui la protection diplomatique. Les commissions n'étaient pas là pour trancher les litiges qui leurs étaient soumis, se contentant de dégager des pistes de résolution, la décision finale revenant aux Etats¹⁷.

¹¹ C. LEBEN, « Un survol historique », in C. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 15.

.N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN ET M.HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 465.

¹² CPJI, *Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonie c. Lituanie)* arrêt du 28 février 1939, Série A/B 76, p. 16
CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Série A n°2, p. 12.

¹³ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN ET M.HUNTER, *op cit*, p. 467.

¹⁴ CIJ, *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Rec .p.* 3.

¹⁵ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 634 à 640.

¹⁶ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 21.

¹⁷ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 23.

Une autre manière pour les Etats de régler leurs différends en matière d'investissements est de recourir au mécanisme de l'arbitrage. Malgré l'existence de l'arbitrage depuis des temps immémoriaux et son utilisation fréquente dans les litiges entre particuliers en matière commerciale au niveau international, il n'est effectivement utilisé dans les litiges d'investissement opposant un Etat et une partie privée que depuis l'entre-deux-guerres¹⁸. Ce développement soudain peut s'expliquer par l'apparition du contrat d'Etat. Il s'agit d'un contrat conclu entre un investisseur et l'Etat dans lequel celui-ci compte s'implanter, contenant une clause compromissoire par laquelle les parties marquent leur accord pour recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques en cas de survenance d'un litige¹⁹.

Une grande innovation apportée par ces nouveaux contrats est leur soumission au droit international (souvent en combinaison plus ou moins étroite avec le droit interne). L'idée de déplacer le litige vers un tribunal arbitral certes indépendant et impartial aurait vite tourné court si celui-ci devait appliquer le droit national de l'Etat d'accueil pensé à son seul avantage. Il fallait donc soustraire le contrat à l'application exclusive de ce droit. Le droit international fut préféré au droit d'un Etat tiers pour des raisons de maîtrise de celui-ci par les arbitres.

Cette solution était loin d'être évidente au vu de la pratique internationale antérieure qui ne pouvait concevoir que l'on puisse appliquer à un contrat un autre droit que celui d'un Etat²⁰.

Pour parvenir à internationaliser le contrat, plusieurs méthodes sont disponibles. Soit les parties y indiquent expressément leur volonté de voir les éventuels litiges tranchés en application du droit international. Les principes bien connus des civilistes du consensualisme, de la liberté contractuelle et de l'expression de la volonté des parties trouve alors pleinement à s'appliquer²¹. Soit les parties internationalisent leur contrat de manière plus indirecte par l'introduction de clauses de stabilisation ou d'intangibilité. Dans les deux cas le droit national sera applicable, mais avec de sérieuses garanties pour l'investisseur. Une clause de stabilisation interdira tout bonnement à l'Etat de modifier par la suite son droit, (ce qui constitue une atteinte certaine à sa souveraineté), ce que la doctrine compare à une forme de « gel » du droit national qui demeurera tel qu'il existe au moment de l'introduction de la clause. Une clause d'intangibilité se limitera quant à elle à rendre inopposable à l'investisseur

C. LEBEN, *op cit.*, p. 55.

Leur utilisation, initiée par le traité de Jay entre les Etats-Unis et le Royaume Uni en 1794, a connu son heure de gloire entre le dix-neuvième siècle et le début du vingtième. Les commissions mixtes ont surtout été utiles dans le traitement des nombreux différends qui apparaissaient avec des Etats nouvellement indépendants, aux régimes politiques souvent instables.

¹⁸ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 27.

C. LEBEN, *op cit.*, p. 27.

J. SALACUSE, *The law of investment treaties*, 2^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 412

¹⁹ C. LEBEN, *op cit.*, p. 35.

Les premiers contrats de ce type ont été conclus dans les domaines miniers et pétroliers, notamment avec l'Union soviétique ou les monarchies arabes.

²⁰ Ibidem

Voy. notamment CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt de 1929, Série A, n°20.

²¹ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 34.

d'éventuelles modifications ultérieures de son droit par l'Etat d'accueil²². Cet engagement de l'Etat ne vaut qu'en vertu du droit international, qui devient par-là indirectement applicable. Il se peut également que le contrat reste silencieux quant à cette question. On constate alors une tendance générale des tribunaux arbitraux à appliquer néanmoins le droit international, ou à tout le moins à appliquer le droit national en se réservant le pouvoir d'en contrôler la conformité au droit international²³.

Ces différents mécanismes de résolution des différends, s'ils ont vu leur importance décroître au fil des années, ont néanmoins apporté beaucoup au droit de l'investissement international. En effet, grâce à eux, de nombreux principes coutumiers en matière de protection des investisseurs étrangers ont pu être dégagés, principes qui seront par la suite consacrés par leur inclusion de manière généralisée dans des traités bilatéraux d'investissements (comme nous le verrons *infra*).

1.2.2 : LA CONVENTION DE WASHINGTON ET L'ARBITRAGE CIRDI

L'arbitrage en matière d'investissement se développait, mais plusieurs difficultés sont rapidement apparues. Entre autres, le principe de souveraineté des Etats faisait souvent obstacle à toute tentative d'exécution des sentences rendues²⁴. Par ailleurs, investisseurs et Etats ne tombaient pas nécessairement d'accord sur la question de savoir à qui confier leur litige, faute d'institution avec une compétence suffisamment reconnue dans le domaine.

Ces difficultés ont amené les administrateurs de la Banque Mondiale, qui était régulièrement approchée afin d'offrir ses services dans ce domaine, à plancher dans le courant des années 1960 sur la création d'un Centre qui serait spécialisé dans le domaine du règlement des différends en matière de droit international des investissements²⁵. Ce mouvement, initié par une résolution n° 204 du Conseil des Gouverneurs de la Banque Mondiale du 10 septembre 1964²⁶, aboutit à l'adoption en 1965 de la Convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention CIRDI), entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

L'un des objectifs affichés des rédacteurs de la Convention était de stimuler l'afflux d'investissements de capitaux privés originaires des pays développés vers les pays en voie de développement, en permettant aux investisseurs s'estimant lésés dans leurs droits d'avoir recours à un système digne de confiance plutôt qu'à des juridictions étatiques dont l'indépendance, la compétence voire la probité étaient régulièrement remises en question²⁷.

²² P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *Journal du droit international*, vol 113, 1986.

P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques », *Mélanges en l'honneur de Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 308.

²³ C. LEBEN, *op cit.*, p. 39-41.

²⁴ La Convention de New York de 1958 règle partiellement cette question.

²⁵ J. SALACUSE, *op cit.*, p. 417.

²⁶ Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, I.1.

²⁷ Rapport des Administrateurs, III.9.

La Convention créait une toute nouvelle institution internationale au sein de la Banque Mondiale, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Ses services sont hébergés au sein des locaux de la Banque Mondiale à Washington D.C.

En vertu de l'article 18 de la Convention CIRDI, le Centre bénéficie d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de la Banque Mondiale. En vertu des articles 4 et 9 de la Convention, il a pour organes un conseil administratif constitué d'un représentant de chaque Etat contractant et présidé par le président de la Banque Mondiale, ainsi qu'un secrétariat.

Le conseil administratif a notamment pour compétence en vertu de l'article 6 §1, c) l'adoption d'un règlement relatif à l'arbitrage. Ce règlement a été adopté le 25 septembre 1967 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1968. Il a par la suite été modifié plusieurs fois.

Comme c'est le cas pour les autres institutions arbitrales, ce n'est pas le CIRDI qui tranche les litiges. Il met à disposition des parties qui le souhaitent un Règlement d'arbitrage susceptible d'être appliqué à leur litige ainsi qu'une liste d'arbitres potentiels²⁸. Cette liste est établie avec le concours des Etats parties à la Convention, qui peuvent en vertu de son article 13 désigner jusque 4 arbitres, lesquels ne doivent pas nécessairement être de leur nationalité. Le CIRDI offre ainsi un système clef sur porte.

L'arbitrage CIRDI présente d'importantes divergences avec l'arbitrage commercial international traditionnel. Elles seront analysées *infra*, au point 1.3.1.

La Convention CIRDI a connu un énorme succès de par le monde, avec 162 Etats signataires dont 153 l'ayant ratifié au 31 mars 2018²⁹. D'autres institutions arbitrales de réputation internationale telles que la Chambre de commerce internationale de Paris, la *London Court of international Arbitration*, la Chambre du commerce de Stockholm sont de plus en plus souvent saisies de différends relatifs à l'investissement international (et ce malgré le fait qu'elles étaient à l'origine conçues pour l'arbitrage commercial international), et le recours à un arbitrage *ad hoc* n'a pas disparu. La cour permanente d'arbitrage s'y est également mis en permettant aux particuliers de la saisir et ce dès 1935³⁰. L'arbitrage CIRDI demeure néanmoins le mécanisme de règlement des différends le plus utilisé au monde, concentrant à lui tout seul 63% des litiges connus en la matière en 2010 (selon des statistiques de la CNUCED, Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement)³¹

J. SALACUSE, *op cit.*, p 418.

²⁸ Ibidem, p. 420.

²⁹ A côté du mécanisme général que nous venons de sommairement présenter, il ne faut pas oublier l'existence d'un *mécanisme supplémentaire*, adopté par le Conseil administratif en 1978. Chose tout à fait originale, ce mécanisme permet de soumettre à un arbitrage de type CIRDI des litiges qui opposent un investisseur avec un Etat qui n'est pas partie à la Convention de Washington. Le régime est cependant moins avantageux que celui prévu pour le mécanisme général en cas de litige avec un Etat partie à la Convention de Washington.

A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 232.

³⁰ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 234.

³¹ CNUDCI, « UNCTAD-Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement 2010 », *IIA Issues Note Ser.*, vol. 1 (2010), no.1, p 1-16,2.

1.2.3 : LES BIT : TRAITES BILATERAUX ET MULTILATERAUX

Avec le temps, les Etats ont commencé à élaborer des traités d'un genre nouveau traitant de manière exclusive de la protection réciproque des investissements, connus sous le nom de traités bilatéraux d'investissement (en anglais *Bilateral Investment Treaty* ou BIT). Le premier de ces traités fut celui de 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan³². Les BIT concernaient dans un premier temps les relations en termes d'investissements entre les pays développés et leurs partenaires qui l'étaient moins, en Afrique, Asie et Amérique du Sud.

Les BIT présentent une grande diversité dans leur rédaction. Chaque Etat a au fil des ans, développé son propre modèle. Néanmoins, il demeure possible de dresser une liste des dispositions que l'on y retrouve le plus généralement. On peut ainsi citer des clauses très fréquentes dans le cadre de la rédaction de traités en droit international public, telles celle du traitement juste et équitable, qui prohibe les atteintes étatiques injustifiées aux intérêts de l'investisseur, celle du traitement national qui empêchent l'Etat d'accueil de discriminer les investisseurs étrangers par rapport à ses nationaux, ou encore celle du traitement de la Nation la plus favorisée, qui étend aux investisseurs des Etats parties au BIT les droits et avantages octroyés par l'Etat d'accueil aux investisseurs d'Etats tiers. A côté de ces normes, il faut compter celles qui encadrent l'expropriation de l'investisseur par l'Etat d'accueil³³. Un élément capital qui se retrouve de manière quasi-systématique dans les BIT est la clause de règlement des différends, qui prévoit un recours à la figure de l'arbitrage international, fréquemment sous l'égide du CIRDI³⁴. Enfin, certains BIT, dont les rédacteurs souhaitaient assurer une protection des plus étendues et des plus durables, comprennent une clause qui permet le maintien en vigueur des effets du traité nonobstant leur extinction pendant un laps de temps déterminé³⁵.

Les BIT ont connu pendant les premières années de leur existence une croissance lente mais continue. Tout cela a changé à l'occasion d'une sentence arbitrale rendue par le CIRDI.

La sentence *AAPL c. Sri Lanka*³⁶, rendue en 1990 marque un véritable tournant. Jusque-là, l'idée était que pour pouvoir soumettre un différend relatif à un investissement entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger à un arbitrage, il fallait qu'ils y aient expressément marqué leur consentement par le biais d'une convention d'arbitrage. Comme nous l'avons vu, de telles clauses se retrouvent dans les contrats d'Etat, et c'est dans l'optique

³² C. CREPET DAIGREMONT, « les sources du droit international des investissements », in C. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 87.

³³ M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *op cit.*, pp. 241-243.

³⁴ E. GAILLARD, « l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.*, 2003, p. 854 et suivantes.

³⁵ S. BONOMO, *op cit.*, p. 118. Il lui donne le nom de « clause de rémanence ».

³⁶ *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, CIRDI n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, *I.L.M.* 1990, p.580.

de l'application de clauses d'arbitrage contenues dans des contrats d'Etat que la Convention CIRDI a été rédigée³⁷.

Dans cette affaire, la société britannique AAPL ne disposait pas d'un contrat d'Etat avec le gouvernement sri lankais et donc d'aucune clause compromissoire pour lancer une procédure d'arbitrage de type CIRDI. Cependant, il existait depuis 1980 un BIT entre le Royaume Uni et le Sri Lanka dont l'article 8 prévoit que :

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

Le tribunal arbitral appelé à statuer sur sa compétence a alors estimé que les Etats avaient entendu par l'introduction d'une clause ainsi formulée dans leur BIT permettre à leurs ressortissants respectifs d'entamer une procédure d'arbitrage nonobstant le fait qu'étant des particuliers, ils ne pouvaient être considérés comme étant des parties au traité³⁸.

Suite à cette sentence, les BIT ont connu un succès phénoménal, passant de 386 en 1990 à près de 3000 actuellement. De plus, la chute du monde soviétique a permis la conclusion de tels traités avec les Etats de l'ancien Bloc de l'Est³⁹.

Les traités conclus de façon multilatérale sont assez rares en droit international des investissements. On n'est jamais parvenu à conclure de traité multilatéral applicable de façon universelle⁴⁰, et ce malgré les tentatives de l'OCDE en 1967 (projet de traité multilatéral en matière de protection du droit de propriété des étrangers) et en 1995 (projet d'accord multilatéral sur les investissements) qui ont toutes deux malheureusement avorté⁴¹.

Si par exemple la Convention CIRDI a été ratifiée par un grand nombre d'Etats de la planète, elle se borne à offrir aux Etats et aux investisseurs une institution à laquelle ils pourront soumettre leurs litiges concernant les investissements, et ne contient pas de dispositions concernant le régime et le type de protection accordé à ces investisseurs. De plus, la simple ratification de la convention CIRDI par l'Etat d'accueil n'est pas suffisante pour pouvoir entamer une procédure sous l'égide du Centre. Cette procédure doit soit être prévue au préalable dans un BIT, soit faire l'objet d'un accord entre les parties dans un contrat (Voyez *supra*).

Des traités multilatéraux relatifs à l'investissement existent néanmoins. Ils se répartissent en deux grandes catégories. La première catégorie concerne des traités à vocation régionale : on y retrouve la Convention de l'Organisation de la Conférence Islamique, celle de l'ASEAN, le Protocole de Colonia du MERCOSUR et l'ALENA⁴². Ce dernier se distingue

³⁷ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN ET M. HUNTER, *op cit*, p. 467.

³⁸ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 49.

J. SALACUSE, *op cit.*, p. 434.

³⁹ C. CREPET DAIGREMONT *op cit.*, p. 92.

⁴⁰ C. CREPET DAIGREMONT *op cit.*, p. 104.

⁴¹ M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *op cit.*, p. 230.

⁴² A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. Arb.*, 2005, p. 71.

par l'ampleur de la jurisprudence à laquelle son application a donné lieu. La seconde concerne les traités centrés sur un objet particulier et prévoyant un régime de protection des investissements y afférents. Le seul exemple à l'heure actuelle est le traité sur la Charte de l'Energie adopté le 17 décembre 1994 à l'initiative des Communautés européennes. Entré en vigueur le 16 avril 1998, il a été ratifié non seulement par les pays européens mais également par quelques pays d'Asie centrale ainsi que par le Japon⁴³.

1.3. CARACTERISTIQUES DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL D'INVESTISSEMENT

1.3.1 : APERCU GENERAL ET COMPARAISON AVEC L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Une grande question qui traverse la doctrine à l'heure actuelle est de savoir s'il faut considérer l'arbitrage d'investissement comme une discipline indépendante à part entière ou si au contraire elle ne constitue qu'une variation de l'arbitrage commercial international (arbitrage qui vise à trancher des différends en matière commerciale, généralement entre deux particuliers, avec un élément d'extranéité).

Les arbitrages fondés sur une clause compromissoire contenue dans un contrat d'Etat avant la sentence *AAPL c. Sri Lanka* suivaient *grosso modo* les règles bien établies en matière d'arbitrage commercial international. La différence résidait dans le fait que les litiges d'investissement opposaient un particulier investisseur à une entité publique, que ce soit l'Etat d'accueil ou une autorité lui étant liée, tandis que ceux en matière de commerce international concernaient des conflits entre personnes privées⁴⁴. L'arbitrage étant volontaire, il en résultait une importante différence de traitement entre les investisseurs étrangers qui avaient conclu un contrat avec l'Etat d'accueil et ceux qui n'en disposaient pas, et qui se retrouvaient en cas de problème à la merci de ce dernier qui pouvait tout à fait refuser de conclure le moindre compromis pour soumettre le litige à ce mode de résolution des différends.

Avec l'avènement des BIT, l'arbitrage d'investissement a connu une véritable révolution. En effet, la clause de règlement des différends que ces traités contiennent peut s'analyser comme un « consentement dissocié à l'arbitrage », chaque Etat partie faisant en réalité une offre publique d'arbitrage, détachée de toute relation contractuelle entre lui et les investisseurs ressortissants des autres Etats, et que ces derniers pourront par la suite accepter sans que l'Etat d'accueil ne puisse s'y opposer. Cela justifie l'utilisation dans la doctrine d'appellations telles que « arbitrage transnational unilatéral »⁴⁵, « arbitrage sans lien

⁴³ M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *op cit.*, p. 232.

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

M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *op cit.*, pp. 719 et 720.

⁴⁵ 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.

contractuel », « arbitrage sans consentement spécifique »⁴⁶ ou en anglais « arbitration without privity »⁴⁷.

C'est cette absence de base contractuelle qui fait toute la spécificité de l'arbitrage d'investissement par rapport à l'arbitrage commercial international traditionnel qui connaît la figure du consentement dissocié, mais où celui-ci résulte d'une clause compromissoire préalablement conclue entre les parties au litige. L'existence d'un lien de droit entre l'Etat d'accueil et l'investisseur devient donc indifférente. Une autre conséquence est que l'Etat d'accueil ne pourra quant à lui pas initier de procédure devant le tribunal prévu par le traité, ce qui distingue un peu plus le mécanisme de celui de l'arbitrage commercial international. Enfin, les litiges qui pourront être portés à la connaissance du tribunal du traité devront concerner des violations par l'Etat des engagements pris par celui-ci dans le traité. Le sort réservé aux litiges concernant les violations d'éventuelles obligations contractuelles vis-à-vis de l'investisseur sera examiné en détail au chapitre suivant⁴⁸.

Comme nous l'avons vu au point 1.2.2., l'arbitrage d'investissement est souvent placé sous l'égide d'institutions arbitrales qui à l'origine étaient spécialisées dans l'arbitrage commercial international. Les règlements d'arbitrage qu'elles proposent n'ont pas été modifiés par rapport aux litiges issus de l'application des BIT, aussi la procédure appliquée aux litiges en matière d'investissement placés sous leurs auspices ne présente que peu de caractéristiques vraiment uniques. Tout au plus peut-on constater certaines tendances récurrentes. Ceci peut être mis en contraste avec l'arbitrage régi par le règlement d'arbitrage CIRDI, qui quant à lui présente des particularités qui l'éloigne considérablement de ce qui existe au niveau de l'arbitrage commercial international⁴⁹.

Une des tendances qui peut s'observer est celle d'un certain affranchissement vis-à-vis de la confidentialité. Lorsque des particuliers recourent à l'arbitrage pour trancher un différend privé au niveau international, l'une de leurs premières exigences est d'être assurés d'une certaine discrétion. Cette vision des choses ne se retrouve pas de façon aussi forte en matière d'investissement. Les différends qui surviennent dans ce cadre entraînent généralement une remise en cause de la politique de l'Etat d'accueil, parfois sur des sujets particulièrement sensibles pour l'opinion publique (voir *infra* au point 1.4). L'enjeu est considéré comme trop important pour que ces arbitrages soient passés sous silence⁵⁰. Le Règlement du CIRDI a ouvert la voie en prévoyant en son article 48 paragraphe 4 :

⁴⁶ Par exemple 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.

⁴⁷ A. PRUJINER, *op cit.*, p.65.

J.PAULSSON, « Arbitration without privity », *ICSID Rev.*, 1995.241.

⁴⁸ A. PRUJINER, *op cit.*, p.74.

E. LOQUIN, *op cit.*, p.326 à 328.

⁴⁹ H. WELHAND, « Investment Treaty Arbitration », in S. BALTHASAR (éd.), *International Commercial Arbitration: A Handbook*, Munchen, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, p.161.

⁵⁰ Voyez notamment ce qu'en dit l'OCDE dans son document de travail n° 2005/1, p.14.

« (4) Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal⁵¹. »

La porte étant entrouverte, le Centre a orienté sa pratique vers une grande transparence. Ainsi les dépôts de requête et le suivi de la procédure sont toujours annoncés sur son site internet, et la publication *online* ou papier⁵² des décisions arbitrales rendues par les arbitres CIRDI est généralisée, l'identité aussi bien des parties que des arbitres étant systématiquement dévoilée. Les parties, conscientes de ce besoin de transparence, ont très peu recherché à s'opposer à cette pratique, au point que cela est devenu difficilement concevable aujourd'hui nonobstant le texte toujours en vigueur⁵³. Un auteur, A. PRUJINER, va même jusqu'à dire qu'en matière d'arbitrage d'investissement, « le principe de confidentialité a été remplacé par un principe de publicité »⁵⁴. Le CIRDI est même allé encore plus loin dans sa quête de transparence en réformant en 2006 son règlement afin d'ouvrir ses audiences au public, chose qui aurait auparavant été inconcevable⁵⁵.

Cette ouverture vers plus de publicité dans le cadre de l'arbitrage d'investissement a gagné d'autres institutions davantage tournées vers l'arbitrage commercial international. Par exemple le nouvel article 34(5) du règlement de la CNUDCI établit depuis 2010 que :

« La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale. »

Ce « principe de transparence » entraîne des conséquences importantes.

La pratique arbitrale a ainsi admis la possibilité d'intervention d'*amici curiae*. Il s'agit de personnes tierces à la procédure qui n'a pas été appelé à la cause par les parties mais qui souhaitent y prendre part afin d'y exposer son avis. Ce mécanisme a tout d'abord été développé par l'organe d'appel de l'OMC, avant d'être admis par le Règlement du CIRDI en son article 37 et par l'ALENA. Il y a une grande diversité dans l'identité de ces intervenants : il peut s'agir d'ONG, de syndicats, d'associations, d'Etats tiers voire d'organisations internationales comme l'Union européenne⁵⁶. Nous verrons que cette faculté a été fortement utilisée par la Commission européenne dans la seconde partie de cet exposé.

Le tribunal arbitral reste souverain quant à l'admission d'*amici curiae*. L'article 37 du Règlement du CIRDI indique ainsi que le tribunal doit avoir notamment égard, après avoir consulté les parties au préalable à ce sujet, à ce que la soumission de la partie non contestante

⁵¹ Cet article ne s'applique pas au mécanisme supplémentaire.

⁵² *ICSID review, Foreign Investment Law Journal*.

⁵³ E. LOQUIN, *op cit.*, p.331.

A. PRUJINER, *op cit.*, p.84.

E. GAILLARD, « l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.*, 2003, p. 857.

⁵⁴ A. PRUJINER, *op cit.*, p.85.

⁵⁵ Nouvel article 32 du Règlement.

B. STERN, « un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseurs », *Rev. Arb.*, 2007, p.28.

⁵⁶ E. LOQUIN, *op cit.*, p.334.

A. PRUJINER, *op cit.*, p.88.

assisterait le tribunal dans sa tâche de trancher le litige, et que cet *amicus curiae* justifie d'un intérêt significatif par rapport à cette instance. Encore une fois, cette faculté a essaimé vers d'autres instruments ne visant pas directement le droit de l'arbitrage de façon spécifique, tel que l'article 4 du règlement de la CNUDCI⁵⁷.

La publicité étendue dont jouissent les sentences arbitrales a donné lieu à l'apparition de ce que l'on pourrait appeler une véritable « jurisprudence arbitrale ». Les BIT contiennent en effet des dispositions souvent très similaires voire identiques, avec des notions très récurrentes telles que la définition de l'investissement, la clause de la Nation la plus favorisée, celle du traitement national, l'interdiction d'expropriation sans indemnisation appropriée, etc... Les décisions antérieures, même si elles peuvent parfois aboutir à des solutions divergentes, constituent malgré tout un vivier de « précédents » auxquels les arbitres vont avoir naturellement tendance à se référer⁵⁸. Cette « jurisprudence » présente un intérêt des plus certains : l'uniformité des décisions rendues dans l'interprétation des BIT offre une sécurité juridique tout à fait propice à l'investissement. La situation est toute à fait différente en matière d'arbitrage commercial international où les arbitres doivent se tenir à interpréter le contrat liant les parties, éventuellement en faisant référence de manière très indirecte à des sentences portant sur des litiges à peu près comparables, si du moins de telles sentences sortent de leur clandestinité⁵⁹.

L'exécution des sentences est un enjeu majeur aussi bien en matière d'arbitrage commercial international qu'en matière d'arbitrage d'investissement. Grâce à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères, valable pour les deux types d'arbitrage, obtenir l'exequatur d'une sentence est devenu parfois encore plus facile que d'obtenir la reconnaissance d'une décision d'un juge étatique étranger. Le contrôle du juge se bornera à celui du respect de l'ordre public et de la régularité de la procédure⁶⁰. Si cette convention marque déjà une avancée indéniable, un investisseur pouvait encore craindre, pour des raisons déjà évoquée, l'intervention d'un tel juge même de façon marginale et en fin de procédure. C'est pourquoi la Convention CIRDI a été encore plus loin, en son article 54 paragraphe 1^{er} :

« Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. [...] »

Cette disposition affranchit la sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage CIRDI de quasiment tout contrôle judiciaire⁶¹. Remarquons cependant que les rédacteurs du traité ne

⁵⁷ E. LOQUIN, *op cit.*, p.334.

⁵⁸ L'existence de telles divergences n'est pas en soi suffisante pour nier à ce corps de sentences la qualité de jurisprudence. En effet, il suffit d'observer la jurisprudence étatique pour voir que celle-ci est régulièrement secouée par des controverses. La seule différence est que dans le cadre de l'arbitrage il n'y a pas d'instance hiérarchiquement supérieure pour fixer la jurisprudence.

⁵⁹ H. WELHAND *op cit.* p. 160.

A. PRUJINER, *op cit.*, p.94.

⁶⁰ A. DE NANTEUIL, *op cit.* , p. 277 et 284.

A. PRUJINER, *op cit.*, p.88.

⁶¹ A. PRUJINER, *op cit.*, p.88.

sont pas aventurés jusqu'à y inclure une exception à l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats du fait du principe de souveraineté bien connu du droit international⁶².

Cette exonération du contrôle judiciaire étatique dans le cadre de l'arbitrage CIRDI ne veut pas dire que l'arbitrage placé sous l'égide du centre échappe à tout mécanisme de contrôle. Le recours devant une instance *ad hoc* contre une sentence est une figure qui est connue en droit de l'arbitrage commercial international, bien que très rarement utilisée. Encore faut-il que les parties en prévoient la possibilité (sinon seul reste la procédure en annulation devant des juridictions étatiques). La Convention CIRDI prévoit un recours en annulation spécifique en son article 52 devant un comité *ad hoc* composé de 3 personnes figurant sur la liste d'arbitres proposés par le CIRDI et désignés par le Président du conseil administratif, endéans les 120 jours qui suivent la date de la sentence⁶³. Cinq motifs d'annulation existent, à savoir le vice dans la constitution du Tribunal, l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal, la corruption d'un membre du Tribunal, l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et le défaut de motifs. Le comité peut en vertu du paragraphe 5 de l'article 52 et à la demande d'une des parties, ordonner la suspension de l'exécution de la décision jusqu'à ce qu'il ait rendu sa décision. Si le comité opte pour l'annulation de la décision, la partie la plus diligente peut soumettre le litige à un nouveau tribunal arbitral CIRDI⁶⁴.

1.3.2 : UNE QUESTION PARTICULIERE RELATIVE A LA COMPETENCE : *TREATY CLAIMS* ET *CONTRACT CLAIMS*

Lorsque des arbitres se voient soumettre un litige dans le cadre d'un arbitrage d'investissement fondé sur une clause d'un BIT, ils doivent en premier lieu se poser la question de leur compétence *ratione materiae* vis-à-vis de ce traité. Se posera alors souvent le problème de la distinction entre d'un côté les *treaty claims* et de l'autre les *contract claims*.

Les *treaty claims* sont des demandes fondées sur la violation par l'Etat d'accueil des engagements qu'il a pris dans le cadre du traité. La compétence du tribunal arbitral ne fait aucun doute à leur sujet. Les problèmes apparaissent lorsque l'investisseur est en outre lié à cet Etat (ou une personne morale de droit public en émanant) par le biais d'un contrat. Les demandes fondées sur le non-respect par l'Etat de ses obligations contractuelles, ou *contract claims*, peuvent-elles être soumises au tribunal du traité⁶⁵? Le problème peut par ailleurs être complexifié. Par exemple, le contrat peut lui-même prévoir la juridiction exclusive d'une autre instance, étatique ou arbitrale⁶⁶.

⁶² Rapport des Administrateurs, VI.43.

A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 288.

⁶³ Sauf pour les cas de corruption où le délai de 120 jours ne démarre que suite à la découverte de celle-ci, dans un délai maximum de 3 ans après la sentence.

⁶⁴ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 282 et 283.

⁶⁵ M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *op cit.*, p. 724.

E. GAILLARD, *op cit.*, p. 864.

⁶⁶ I. FADLALAH, « la distinction *treaty claim/ contract claim* et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route », in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements*, Paris, Anthémis, 2006, p. 205.

La controverse ne se limite pas à une querelle théorique. On remarque en pratique que lorsque les investisseurs décident de recourir à l'arbitrage proposé par le BIT, il arrive souvent que ce soit pour invoquer le respect des clauses contractuelles par l'Etat, indistinctement de violations du traité⁶⁷. Il se peut même qu'ils aient préalablement voire concomitamment saisi le for compétent en vertu du contrat (qu'il s'agisse d'un arbitre ou du juge étatique) des questions relatives aux *contract claims*⁶⁸. Les enjeux sont conséquents : la démultiplication des procédures entraîne une augmentation certaine des coûts, la durée du litige s'en trouve considérablement augmentée (un comble pour l'arbitrage), et enfin, la relation entre les parties au litige s'en trouve déséquilibrée, l'investisseur ayant deux occasions de gagner⁶⁹.

La réponse traditionnelle et majoritaire retenue par la jurisprudence arbitrale est de simplement refuser d'examiner les *contracts claims*. Le raisonnement qui sous-tend cette approche renvoie à l'évolution historique que nous avons brossée à gros traits *supra*. Dans le cadre des BIT, les Etats ont avant tout pris des engagements les uns vis-à-vis des autres en tant que sujets du droit international, engagements qui certes octroient des droits propres à des particuliers, mais ce finalement de manière indirecte. La mise en œuvre du mécanisme d'arbitrage prévu par le traité par ces derniers reste donc à un niveau purement international, et est comparable *mutatis mutandis* avec le mécanisme de la protection diplomatique.

Au contraire, l'investisseur n'étant pas un sujet de droit international, l'Etat dans le cadre d'un contrat avec lui ne peut pas prendre d'engagements ressortissant à ce droit, d'où l'exclusion des demandes fondées sur ce contrat de la compétence des arbitres. Ce n'est que si la violation du contrat correspond à une violation du traité que les arbitres pourront en connaître⁷⁰. Cette jurisprudence arbitrale a néanmoins pour immense défaut qu'elle maintient une fragmentation des litiges entre les instances compétentes pour les *contract claims* et celles compétentes pour les *treaty claims*⁷¹.

Certains traités contiennent ce que l'on a coutume d'appeler des *umbrella clauses* (clauses de couverture). Ces clauses, au caractère plus ou moins précis, ont pour but d'incorporer aux obligations des Etats d'accueil découlant des BIT celles issues des contrats conclus avec des particuliers⁷². Leur interprétation a suscité de grandes controverses dans la

⁶⁷ S. LEMAIRE, « *treaty claims* et *contract claims* : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat », *Rev. Arb.* 2006, p. 357.

I. FADLALAH, *op cit.*, p. 205.

⁶⁸ P.MAYER, « *Contracts claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *J.D.I.*, 2009, p. 76.

⁶⁹ P.MAYER, *op cit.*, p.78.

⁷⁰ P.MAYER, *op cit.*, p. 75.

E. TEYNIER, « *Umbrella clauses* : le temps se couvre », *Gazette du Palais*, 2006, p. 3783.

Salini Costruttori Sa et Italstrade SPA C. Royaume de Jordanie, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *J.D.I.*, 2005, p. 182.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan, CIRDI n° ARB/03/29 sentence du 14 novembre 2005.

AES Corp c. Argentine, CIRDI n° ARB/02/17, sentence du 26 avril 2005.

⁷¹ P.MAYER, *op cit.*, p.80.

⁷² C. CREPET DAIGREMONT, « La protection découlant du droit international des contrats », in S. ROBERT CUENDET, *Droit des investissements internationaux*, Bruylant, 2017, p. 345.
M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *op cit.*, p. 724.

jurisprudence. Certaines sentences rejettent purement et simplement qu'elles puissent produire un effet quelconque. C'est le cas par exemple dans la sentence *SGS c. Pakistan*⁷³, qui explique que si on devait admettre une interprétation aussi large de la clause, celle-ci ferait perdre tout effet utile aux autres dispositions du BIT prévoyant les conditions où une violation de celui-ci peut être invoquée⁷⁴. Cette interprétation restrictive n'est cependant pas généralisée ainsi que le démontre la sentence *SGS c. Philippines*⁷⁵. Les arbitres y ont expliqué qu'ils étaient généralement compétents pour l'ensemble du litige en ce compris ses aspects contractuels.⁷⁶

1.4. CRITIQUES ET VISION PROSPECTIVE

L'arbitrage d'investissement et les BIT de façon plus générale ont fait l'objet depuis le début du troisième millénaire d'un nombre croissant de critiques, certaines par ailleurs des plus acerbes, que ce soit de la part de membres de la société civile ou des Etats eux-mêmes⁷⁷. Ainsi, on peut citer les dénonciations de la Conventions CIRDI par la Bolivie en 2007, l'Equateur en 2010 et le Venezuela en 2012, ainsi que la dénonciation de certains BIT⁷⁸. Le ressentiment a même gagné les pays développés, ainsi qu'en témoigne les controverses intenses que soulèvent en Europe par les projets TTIP et CETA, ou la récente remise en cause de l'ALENA

Ces évènements et l'hostilité toujours croissante que suscitent ces textes augurent-ils de leur disparition prochaine, ou du moins à des réformes profondes de leur contenu dans un avenir proche ? Notre étude s'avérerait incomplète si nous n'en touchions quelques mots.

Un premier reproche fait à l'arbitrage d'investissement est le fait que les sentences rendues pourraient affecter de façon négative l'économie de l'Etat d'accueil. Un exemple cité

⁷³ *SGS c. Pakistan*, CIRDI n°ARB/01/13, sentence du 6 août 2003, *JDI*, 2004, pp. 257-275.

⁷⁴ *SGS, op cit.*, paragraphe 168 : « Il n'y aurait aucun besoin véritable de démontrer la violation de ces standards conventionnels de fond si la simple violation d'un contrat, d'une loi ou d'un règlement interne suffisait, en elle-même, à constituer une violation du traité de la part d'une Partie contractante et à engager la responsabilité internationale de la Partie. »

Dans le même sens, voy. *Joy Mining c. Egypte*, CIRDI n° ARB/03/11, sentence du 6 août 2004, *JDI*, 2004, pp. 163-174.

El Paso c. Argentine, CIRDI n° ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006.

⁷⁵ *SGS c. Philippines*, CIRDI n° ARB/02/6, décision sur la compétence du 29 janvier 2004.

⁷⁶ E. TEYNIER, *op cit.*, p.3784..

P.MAYER, *op cit.*, p.80.

S. LEMAIRE, *op cit.* p. 390.

Il convient de nuancer le propos par le fait que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour déterminer s'il y avait eu violation de ses obligations contractuelles par l'Etat d'accueil, mais qu'une fois cette violation constatée, l'appréciation de son étendue et de la réparation due à l'investisseur devait revenir aux juridictions étatiques, compétentes en vertu du contrat.

Dans un sens similaire, voy. *Siemens AG c. République argentine*, CIRDI n°ARB/02/8 décision sur la compétence du 3 août 2004, *JDI*, 2004, pp. 142-157.

⁷⁷ Pour un exemple de critique très violente rédigée dans une optique clairement polémique, voyez R. BEAUCHARD ET S. ALBERTIN, *L'Assujettissement des Nations : Controverses autour du règlement des différends entre Etat et investisseurs*, Paris, Editions Charles Léopold Meyer, 2017.

⁷⁸ E.GAILLARD, « L'avenir des traités de protection des investissements », in C. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 1027.

régulièrement à l'appui de cet argument est celui de la crise économique survenue en Argentine en 2001 et 2002. L'Etat argentin avait alors pris de nombreuses mesures destinées à relancer l'économie du pays, ayant aussi bien affecté les investisseurs nationaux que les investisseurs étrangers. Ces derniers pouvaient néanmoins recourir à l'arbitrage international d'investissement par le biais des nombreux TBI conclus par l'Etat argentin durant les deux dernières décennies du 20^{ème} siècle. Ces procédures ont très souvent débouché sur une condamnation de l'Etat argentin⁷⁹. Un point qui a particulièrement prêté le flanc à la critique est le fait que les arbitres CIRDI ont à cette occasion étendu la notion d'investissement aux dettes souveraines, permettant à des particuliers étrangers d'attaquer l'Argentine en raison de ses tentatives de restructuration de celle-ci⁸⁰.

Une autre crainte fréquemment émise concerne la possibilité qu'une sentence puisse porter atteinte à la souveraineté de l'Etat d'accueil dans des domaines sensibles et permette de remettre en cause des décisions prises démocratiquement en matière de santé publique, d'environnement ou de respect des droits fondamentaux. On peut ici citer comme illustration l'arbitrage qui opposa l'entreprise Phillip Morris à l'Etat australien suite à l'introduction par celui-ci du paquet neutre. Même si au final l'Australie a obtenu gain de cause, le simple fait qu'un fabricant de cigarettes puisse se plaindre d'une législation nationale touchant directement à la santé publique a considérablement marqué les esprits⁸¹.

De façon générale, l'arbitrage d'investissement est considéré par l'opinion publique comme tout entier consacré à la protection exclusive des intérêts des investisseurs étrangers envers et contre tout et de faire la sourde oreille à toute autre considération. De manière moins caricaturale, certains auteurs évoquent un déséquilibre à l'avantage des investisseurs étrangers qui ne serait plus justifiable à l'heure actuelle⁸². Cette vision des choses, même si elle peut receler un certain degré de pertinence, doit néanmoins être très fortement nuancée.

Rappelons tout d'abord l'objectif originel des mécanismes de règlement des différends relatifs à l'investissement : fournir des garanties suffisantes aux investisseurs étrangers pour que ceux-ci soient amenés à investir dans des pays où ils n'auraient jamais songé à le faire. Il s'agit dès lors d'un élément souvent essentiel au développement économique dans de nombreuses régions du globe. Supprimer purement et simplement le maillage constitué par les différents BIT s'avérerait un remède bien plus dangereux que le mal qu'il entendrait contrer.

⁷⁹ W. BURKE-WHITE, « The Argentine financial crisis » in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K. CHUNG ET C. BALCHIN, *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwers Law International, 2010, pp. 407-431.

⁸⁰ *Ablacat et autres c. République d'Argentine*, CIRDI n° ARB/07/5, décision sur la compétence et l'admissibilité du 4 août 2011.

J. BILLIET, *International investment arbitration*, Anvers, MAKLU, 2017, p. 81.

⁸¹ *Philip Morris Asia Ltd c. Commonwealth d'Australie*, CNUDCI, CPA affaire n° 2012-12, décision du 8 juillet 2017.

⁸² Propos de Pierre Juillard, in « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger au détriment de l'Etat d'accueil » (table ronde) in CH LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Nouveaux développements*, LGDJ, 2006, p. 190.

S. EL BOUDOUHI, « l'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005, p.563.

Rappelons également la tendance générale en matière d'arbitrage d'investissement vers une plus grande transparence vue *supra*.

De plus, les rédacteurs de BIT de facture plus moderne ont commencé à y inclure des références souvent discrètes à d'autres objectifs que la simple protection des investissements. Cette façon de faire est encore très minoritaire et on peut s'interroger sur la portée réelle de telles dispositions. La plupart du temps, on les retrouve dans les préambules des traités, et elles ne font alors qu'exprimer un vœu pieux. Leur rédaction trop vague rend souvent difficile leur application par les tribunaux arbitraux, mais dans les meilleurs cas peuvent donner la voie à suivre pour une interprétation correcte du traité⁸³.

D'autres traités vont plus loin en insérant dans leur dispositif des règles qui dérogeront aux protections offertes aux investisseurs, réservant des domaines où l'Etat pourra continuer de légiférer sans crainte de se voir mettre en cause par un investisseur étranger. Faisant partie intégrante du traité, ces dispositions devront être appliquées par les tribunaux arbitraux et ceux-ci devront dès lors vérifier leur compétence *ratione materiae* face au litige qui leur sera soumis⁸⁴.

Parfois, même en l'absence de telles considérations dans les BIT, on peut trouver dans la jurisprudence arbitrale la prise en compte de considérations autres que celles qui ont trait à la protection de l'investissement. On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette pratique, vu que l'arbitrage est soumis, comme nous l'avons vu plus haut, au principe du consensualisme, et qu'en conséquence il est impensable de soumettre les parties à des règles qu'elles n'ont pas entendu se voir appliquer.

Dans une sentence assez connue est celle rendue dans l'affaire *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*⁸⁵, le CIRDI a affirmé que les BIT ne pouvaient pas être appliqués en négligeant l'existence d'autres règles du droit international (en l'occurrence il s'agissait de celles relatives au respect des droits de l'Homme). Cependant, cette affirmation ne figure que dans un *obiter dictum*, et plusieurs tribunaux arbitraux se sont montrés depuis extrêmement frileux à l'idée d'interpréter les dispositions du BIT au regard d'autres normes du droit international, fusse-t-elles relatives aux droits fondamentaux⁸⁶. Ils considèrent généralement qu'il s'agit de deux corps de règles parallèles ayant chacun leur juridiction compétente et qu'il

⁸³ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 433.

J. CAZALA, « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement » in *les Cahiers de l'arbitrage*, 2012/4, p. 906.

A titre d'exemple, on peut citer le préambule de l'ALENA, qui mentionne l'intérêt porté par les Etats parties à la protection des droits des travailleurs et à celle de l'environnement.

⁸⁴ A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 437 à 442.

⁸⁵ *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, CIRDI n° ARB/06/5, décision du 15 avril 2009

⁸⁶ *Voy. Azurix corp c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006

A. DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 450.

E. DE BRABANDERE, « Human Rights considerations in International Investment Arbitration », in M. FITZMAURICE ET P. MERKOURY (éds.) *The Interpretation and application of the European convention of Human Rights: Legal and Practical information*, Leiden, Nijhoff, 2013, p. 191.

J. CAZALA, *op cit.*, p. 902.

n'y a pas lieu de tenir compte de ce qui sort du champ d'application du BIT sur base duquel ils ont été constitués⁸⁷.

De même, l'admission par le tribunal de mémoires d'*amici curiae* (notamment d'ONG) dans ces litiges soulève de grandes controverses parmi les arbitres. Si certains les acceptent sans problème⁸⁸, d'autres au contraire les rejettent avec force⁸⁹.

On le voit, la jurisprudence arbitrale est encore beaucoup trop divisée à l'heure actuelle pour jouer un rôle décisif dans l'incorporation de ces préoccupations dans le droit international de l'investissement. Il y a cependant fort à parier que de profonds remaniements attendront les BIT dans le futur, pour prendre en compte ces préoccupations toujours plus croissantes⁹⁰.

On constate que, s'il se conclut toujours des BIT à l'heure actuelle, la croissance de leur nombre tend à s'infléchir. Il s'agit réalité d'une illusion, qui s'explique notamment par l'apparition de traités d'un genre nouveau, les accords de libre-échange (tels que le CETA) qui couvre un champ d'application bien plus vaste que les BIT tout en conservant un volet de protection des investissements particulièrement charpenté. Il est plus que probable que l'avenir tende à la généralisation de ces accords gouvernant de façon globale les relations économiques entre Etats⁹¹. La défiance vis-à-vis du droit international de l'investissement est par ailleurs loin d'être généralisée, qui depuis une trentaine d'années montre une politique de plus en plus favorable et tolérante pour les investisseurs étrangers, en net contraste avec le protectionnisme d'inspiration communiste antérieur⁹².

Enfin, l'évolution au niveau du droit européen constitue un des enjeux cruciaux pour la matière dans les années à venir. La seconde partie de notre étude y sera toute entière consacrée, surtout en ce qui concerne les BIT intraeuropéens.

⁸⁷ *Azurix corp c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/12, procédure d'annulation du 1^{er} septembre 2009.

⁸⁸ *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal c. Argentine*, CIRDI ARB/03/19, décision en réponse à une demande de transparence et de participation en qualité d'*amicus curiae* du 19 mai 2005.

⁸⁹ *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, CIRDI, ARB/10/15, ordonnance de procédure n°2 du 26 juin 2012.

E. DE BRABANDERE, *op cit.*, p.209.

⁹⁰ E.GAILLARD, *op cit.*, p. 1046.

⁹¹ C. CREPET DAIGREMONT, « les sources du droit international des investissements », in C. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 92.

⁹² E.GAILLARD, *op cit.*, p. 1030.

TITRE II : QUESTIONS PARTICULIÈRES RELATIVES AUX ARBITRAGES D'INVESTISSEMENT INTRAEUROPÉENS

2.1. L'ÉPINEUX PROBLÈME DES BIT EN DROIT EUROPÉEN

2.1.1 : ORIGINES

Les BIT intraeuropéens, c'est-à-dire entre deux Etats membres de l'Union européenne, constituent un phénomène somme toute assez récent. Avant 2004, on n'en comptait en effet que deux. Pour en comprendre l'origine profonde, il convient de remonter à l'époque qui a suivi l'effondrement du monde communiste dans le courant des années 1990. Les Etats membres de l'Union souhaitaient amorcer l'adhésion en son sein des anciens Etats satellites de l'Union soviétique ou nouvellement indépendants, et pour ce faire, favoriser la venue d'investisseurs européens sur leur territoire. Dès lors, il fut décidé de conclure avec ces Etats un très grand nombre de BIT, prévoyant entre autres un mécanisme d'arbitrage pour la résolution des différends, compte tenu des transformations encore importantes que devaient connaître leurs cours et tribunaux pour être adaptés à l'économie de marché. Le processus continua jusque l'adhésion de dix nouveaux Etats membres le 1^{er} mai 2004. Le nombre de BIT intraeuropéens passa alors subitement de 2 à pas moins de 191⁹³.

L'adhésion n'entraîna dans un premier temps aucune remise en cause de ces BIT par les Etats concernés. Alors que jusque-là l'arbitrage d'investissement était tout à fait inexistant dans le cadre intraeuropéen, il a véritablement explosé. Ainsi, il a été relevé en 2014 que sur les 117 litiges soumis à un arbitrage CIRDI depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Washington et dont les défendeurs étaient des Etats européens, 88 étaient basés sur des BIT intraeuropéens⁹⁴.

Rapidement s'est posée la question de la conformité de ces traités avec le droit de l'Union, qui fut remise en cause dès 2006 par la Commission européenne, au point d'en faire un de ses chevaux de bataille dans le cadre de la politique commerciale commune⁹⁵. Il faut également tenir compte de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. En effet, le nouvel article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) donne désormais compétence exclusive à l'Union en matière d'investissement. Sous ce

⁹³ S. HINDENLANG, "Circumventing primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute resolution Mechanisms provided for Inter-se treaties? The case of intra-EU investment arbitration", *Legal Issues of Economic Integration* 39, n° 2, 2012, p. 180.

J. GAFFNEY ET C. SOULE, Case comment-Slovak Republic c. Eureka B.V. OLF Frankfurt (10 may 2012) », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, p. 768.

A. DIMOPOULOS, « The validity and applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law », *CML Review*, 2011, p. 63.

⁹⁴ CNUDCI, « Investor State Dispute Settlement: A sequel », *II A Issues Note Ser*, n°2, p. 230, 2014, p.1.

M. DE BOECK, "Brussels Court of First Instance acknowledges EU law over ICSID: Intra EU ICSID Awards not so "benvenuti" in Belgium?" *b-Arbitra* 2016, p.41.

⁹⁵ S. ROBERT-CUENDET, « La remise en cause du maintien d'un régime de protection spécifique des investisseurs étrangers « » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), « *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées* », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 278.

A. REINISCH, « The EU on the Investment Path : Quo Vadis Europe: The future of EU BITs and other Investment agreements », *Santa Clara J. Int'l L.* 2013, p. 118

nouveau régime, y a-t-il encore place pour les BIT conclus par les Etats membres en général⁹⁶, et pour les BIT intraeuropéens en particulier⁹⁷?

Nous verrons dans les développements qui vont suivre que le sujet a donné lieu à une abondante jurisprudence arbitrale et à des prises de positions très tranchées de la doctrine et de la Commission, en l'absence de toute décision de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Maintenant que celle-ci s'est prononcée dans son très récent arrêt *Achméa c. Slovaquie* du 6 mars 2018⁹⁸, il s'agira de voir si cela est suffisant pour apaiser les controverses.

2.1.2 : LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS ARBITRALES, POSITIONS DE LA COMMISSION ET DE LA DOCTRINE

Pour ce qui est de la compatibilité des BIT avec le droit de l'Union, on peut tracer une *summa divisio* entre deux types de considérations : celles issues du droit international public et celles directement liées aux particularités du droit de l'Union européenne. Cette distinction va nous servir de clef de lecture. Ce sont les tribunaux arbitraux eux-mêmes qui se sont en premier emparés de la question. Le premier à le faire fut celui qui a rendu la sentence *Eastern Sugar c. République tchèque*⁹⁹. C'est également à cette occasion que la Commission a eu recours à la possibilité d'intervenir en *amicus curiae* pour la première fois, faculté qu'elle utilisera systématiquement par la suite.

Les tribunaux arbitraux devant lesquels des exceptions d'incompétence ont été soulevées ont toujours tranché sans poser de question préjudicielle à la CJUE, partant de sa jurisprudence *Nordsee* qui exclut cette possibilité¹⁰⁰.

Le premier argument utilisé par les Etats défendeurs et la Commission est tiré du droit international public, invoquant l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel un traité antérieur s'éteint implicitement si les parties concluent un nouveau traité ayant le même champ d'application (ici le TFUE) et dont les dispositions seraient incompatibles ou si on montre qu'elles ont l'intention que la matière soit régie par le nouveau traité. De façon subsidiaire, l'article 30 paragraphe 3 de la même convention est souvent invoqué. Celui-ci prévoit qu'à défaut de l'extinction du traité antérieur, les dispositions de ce dernier qui sont en contradiction avec celles du traité postérieur ne doivent plus être considérées comme applicables. Selon les Etats et la Commission, il ne suffit pas pour échapper à l'application de ces normes de constater que les textes prévoient des protections différentes. Il faut vérifier avant tout qu'il n'y ait pas de normes contradictoires sur les mêmes matières¹⁰¹.

⁹⁶ Nous limitons le champ de notre étude au sort des BIT intraeuropéens. Pour plus d'informations sur le sort des BIT conclus avec des Etats tiers, voy. M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *op cit.*, p. 248 et 249.

⁹⁷ C. KADDOUS, « Arbitrage, Union européenne et accords bilatéraux d'investissement », *RSDIE* 2013, p. 3.

⁹⁸ CJUE, arrêt du 6 mars 2018 (*Achméa*), C-284/16, publié au recueil numérique, février 2018.

⁹⁹ *Eastern Sugar c. République tchèque*, SCC n°088/2004, CNUDCI, sentence partielle du 27 mars 2007.

¹⁰⁰ K. VON PAPP, « Clash of autonomous legal orders: Can EU member States Courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? », *C.M.L.R.*, 2013, p. 1042.

CJUE, arrêt du 23 mars 1982 (*Noordsee*), C-102/81, *Rec.*, 1982, p. 1095.

Eastern Sugar c. République tchèque, paragraphe 131.

¹⁰¹ A. DIMOPOULOS, *op cit.*, p. 74.

La réponse du tribunal arbitral dans le cadre de la sentence *Eastern Sugar* fut sur ces points très concise : droit européen et BIT n'ont pas le même champ d'application matériel¹⁰². Ainsi, si le droit de l'Union protège la libre circulation des capitaux, il prévoit somme toute peu de protections pendant la période où l'investissement est réalisé dans l'Etat d'accueil. De plus, le droit européen n'envisage pas d'accès à l'arbitrage pour régler les problèmes en cas d'investissement : on est obligé de se tourner vers les juridictions étatiques. Rien n'indique par ailleurs qu'il y ait eu entre parties volonté de mettre fin implicitement au BIT, le tribunal soulignant que la Commission n'avait pas initié de procédure contre les Etats membres pour ne pas avoir mis fin à ces traités¹⁰³. Les dispositions en matière de libre circulation et de protection des investissements sont à ses yeux complémentaires¹⁰⁴.

Les arguments suivants relèvent d'un point de vue purement interne au droit de l'Union européenne lui-même. Les détracteurs des BIT craignent que les investisseurs n'utilisent le mécanisme d'arbitrage pour écarter l'application du droit européen¹⁰⁵. La première violation possible est celle du principe d'égalité de traitement entre citoyens de l'Union¹⁰⁶, qui ne peuvent bénéficier de l'accès aux tribunaux arbitraux que pour autant que leur Etat d'origine ait conclu un BIT avec l'Etat d'accueil. Le même problème peut survenir avec les dispositions matérielles du BIT, tel que la clause de la Nation la plus favorisée ou celle du traitement national. Mais la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne elle-même n'est pas claire en ce qui concerne ces questions. Ainsi, un arrêt en matière de convention préventive de double imposition conclut à ce que le principe d'égalité ne s'applique pas à une éventuelle clause de la Nation la plus favorisée que cette convention contiendrait¹⁰⁷. Un auteur, A. DIMOPOULOS, critique par ailleurs cette vision de la Cour, qui serait basée sur un « raisonnement circulaire » selon lequel les Nationaux des Etats parties se trouvent dans une situation distincte et non comparable à ceux des Etats tiers car les Etats parties ont conclu une convention préventive de la double imposition¹⁰⁸. A ses yeux, une solution pour couper court à toute controverse relative à l'égalité serait d'accorder le droit de recourir à l'arbitrage international d'investissement à tous les ressortissants de l'Union européenne¹⁰⁹.

¹⁰² M. BURGSTALLER, « European Law Challenges to Investment arbitration » , in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K. CHUNG ET C. BALCHIN, *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwers Law International, 2010, p 461.

Eastern Sugar c. République tchèque, paragraphes 160 à 165.

¹⁰³ M. BURGSTALLER, *op cit*, p 459 . L'auteur reproche au tribunal de perdre de vue que pour la Commission, initier un recours en manquement est une faculté et non une obligation, exercée de façon discrétionnaire. L'absence de procédure ne préjuge donc pas de l'absence de problème. Par ailleurs, la suite devait donner raison à M. BURGSTALLER, la Commission ayant initié une procédure de recours en manquement contre plusieurs Etats (Autriche, Pays Bas, Roumanie, Slovaquie, Suède) leur reprochant de ne pas avoir mis fin à leurs BIT.

Communication de la Commission européenne du 18 juin 2015.

Eastern Sugar c. République tchèque, paragraphe 120.

Eastern Sugar c. République tchèque, paragraphe 168.

¹⁰⁴ A. DIMOPOULOS, *op cit*, p. 78.

¹⁰⁵ Cf . article 18 du TFUE.

¹⁰⁶ CJUE, arrêt du 5 juillet 2005, C-376/03, *Rec.* 2005 I-05821.

¹⁰⁷ A. DIMOPOULOS, *op cit*, p. 82.

¹⁰⁸ A. DIMOPOULOS, *op cit*, p. 85.

Une seconde pierre d'achoppement qui revient régulièrement dans les argumentaires qui se placent d'un point de vue interne au droit de l'Union est le risque de la violation du principe d'autonomie du droit européen. Référence est alors faite à l'arrêt *Mox Plant* de la CJUE¹¹⁰, qui établit que les Etats membres ne peuvent en vertu de l'article 344 TFUE, soumettre des litiges concernant ne serait-ce que partiellement l'application du droit de l'Union à une juridiction autre que celle prévue par les traités fondateurs. On y répond néanmoins régulièrement par le fait que les litiges entre Etat et particuliers tels que ceux auxquels s'attachent les BIT ne sont pas concernés par cette jurisprudence¹¹¹. Remarquons néanmoins qu'un auteur, K. VON PAPP, considère que rien n'indique qu'il faille retenir une lecture aussi restrictive de l'article, et que les différends entre particuliers et Etat tomberaient également dans son champ d'application¹¹².

VON PAPP relève également le risque que la sentence rendue interprétant le droit européen échappe à tout contrôle des juridictions nationales des Etats membres et de la CJUE, par exemple parce que le siège de l'arbitrage se trouve à l'extérieur de l'Union¹¹³. Le risque existe également que la sentence qui méconnaîtrait le droit européen passe entre les mailles du filet même en cas de contrôle par une juridiction nationale. En effet, il n'y a aucune obligation pour les juridictions inférieures de poser une question préjudicielle à la CJUE, et quand bien même le litige arriverait devant une juridiction suprême d'un des Etats membres, la CJUE ne sera pas pour autant nécessairement consultée. Ainsi, si la juridiction suprême estime que la question à traiter est identique ou du moins similaire avec un cas précédemment tranché par la CJUE, ou que l'application du droit de l'Union est si évidente « qu'il ne peut y avoir de doute raisonnable quant à la manière dont la question soulevée doit être résolue » (doctrine de l'*acte clair*)¹¹⁴. N'oublions pas par ailleurs que l'arbitrage CIRDI échappe presque totalement à ce contrôle du juge étatique (voir *infra*).

L'auteur propose comme solution est de considérer les tribunaux arbitraux constitués sur base des BIT comme des juridictions capables de poser des questions préjudicielles à la CJUE, en les distinguant des tribunaux arbitraux traditionnels soumis à la jurisprudence *Nordsee*¹¹⁵. Une autre solution (d'impact plus limité puisqu'il ne règle pas le problème de l'arbitrage hors UE) serait d'établir une obligation pour les juridictions étatiques de poser des questions préjudicielles à la Cour quand confrontées à cette matière¹¹⁶.

¹¹⁰ CJUE, arrêt du 30 mai 2006 (*Mox Plant*), C-459/03, *Rec.*, 2006, I-4635.

¹¹¹ K. VON PAPP, *op cit*, p. 1053.

A. DIMOPOULOS, *op cit*, p. 87.

¹¹² Néanmoins, vu qu'elle milite pour qu'on considère que les tribunaux arbitraux prévus par les BIT sont des tribunaux des Etats membres au sens de l'article 267 du TFUE et donc font partie de l'ordre juridictionnel de l'Union, il conclut tout de même à la non violation de 344 TFUE.

¹¹³ En conséquence de quoi la *lex loci arbitri*, que les juridictions étatiques du siège appliqueront en cas de recours en annulation, n'inclura pas le droit européen.

K. VON PAPP, *op cit*, p. 1061-1062.

¹¹⁴ K. VON PAPP, *op cit*, p. 1063.

CJUE, arrêt du 6 octobre 1982, (*CILFIT*), C-283/81, *Rec.* 1982, p. 4839.

¹¹⁵ K. VON PAPP, *op cit*, p. 1066.

¹¹⁶ K. VON PAPP, *op cit*, p. 1077-1078.

La jurisprudence de la Cour a déjà envisagé cette solution, notamment dans un arrêt *Foto-Frost*. CJUE, arrêt du 22 octobre 1987 (*Foto-Frost*), *Rec.* 1987, p. 4199.

Jusqu'à présent, les sentences arbitrales ont toujours tranché en faveur de la compétence du tribunal arbitral pour connaître du litige et ont rejeté les divers arguments relatifs à l'incompatibilité entre les BIT et le droit de l'Union¹¹⁷.

2.2. EVOLUTION RECENTE: L'ARRET *ACHMEA c. SLOVAQUIE* DU 6 MARS 2018

2.2.1 : LES FAITS ET LA PROCEDURE ANTERIEURE

La Slovaquie a procédé en 2004 à une libéralisation du secteur des assurances maladies. Eureko¹¹⁸, société de droit néerlandais, décide de s'installer sur ce nouveau marché en créant une filiale. En 2006, les élections amènent un changement de majorité et au niveau du gouvernement slovaque, qui décide de revenir massivement sur la libéralisation. Eureko, insatisfait car estimant que la valeur de ses investissements s'en trouvait fort réduite, décide de lancer une procédure arbitrale conformément à l'article 8 du BIT entre la Slovaquie et les Pays Bas, placé sous l'égide de la Chambre du commerce de Stockholm et utilisant le règlement CNUDCI. Le lieu d'arbitrage est fixé à Francfort-sur-le-Main en Allemagne.

La Slovaquie fait valoir les arguments déjà développés *supra*, à savoir qu'en vertu de l'article 59 de la Convention de Vienne, le BIT s'est éteint du fait de l'accession du pays à l'Union, ou que du moins l'article 30 de ladite convention rendait la clause inapplicable¹¹⁹, ou que le BIT est incompatible avec le droit applicable à savoir le droit slovaque en ce compris le droit européen directement applicable¹²⁰.

La Commission européenne est autorisée à intervenir en qualité d'*amicus curiae*. Elle ajoute à l'argumentaire slovaque que ces BIT intraeuropéens risquent de créer une « anomalie » au sein du marché unique, que la CJUE est exclusivement compétente à partir du moment où le litige entre Etats membres concerne le droit européen ne serait-ce que partiellement, que la Cour a de jurisprudence constante considéré qu'en cas de conflit entre un accord bilatéral entre Etats membres et le droit de l'Union, ce dernier devait primer¹²¹. La Commission exprime également des inquiétudes quant à la possible discrimination vis-à-vis d'investisseurs d'autres Etats membres qui n'ont pas de BIT avec la Slovaquie.

Dans une sentence partielle sur sa compétence¹²², le tribunal arbitral a rejeté ces arguments en invoquant 3 raisons. Premièrement, il n'y a aucune raison d'appliquer les articles susmentionnés de la Convention de Vienne car le droit européen et celui du BIT n'ont pas le même champ d'application matériel¹²³, que le droit de l'Union n'interdit aucunement l'arbitrage d'investissement, et qu'enfin certes la CJUE avait un monopole pour

¹¹⁷ *Nepolsky c. République tchèque*, CNUDCI, sentence du 1^{er} février 2010.

AES Summit Generation Ltd et AES Tisza Erőmű Kft c. Hongrie, CIRDI n° ARB/07/22, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension du 23 septembre 2010.

Electrabel S.A. c. Hongrie, CIRDI n° ARB/07/19, sentence du 11 décembre 2013.

¹¹⁸ Ancien nom d'Achméa.

¹¹⁹ Arguments tirés du droit international public.

¹²⁰ Vis-à-vis des principes d'autonomie et de primauté du droit de l'Union.

¹²¹ CJUE, arrêt du 27 septembre 1988 (*Matteuci c. Communauté française de Belgique*), C-235/87, *Rec.* 1988, p. 005589.

¹²² *Eureko c. République Slovaque*, CPA n° 2008-13, CNUDCI, décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension du 26 octobre 2010.

¹²³ *Eureko*, paragraphes 224 à 277.

l'interprétation finale de ce droit, mais que cela n'empêchait nullement les tribunaux nationaux de l'interpréter et de l'appliquer¹²⁴.

Le tribunal arbitral reconnaît dès lors sa compétence¹²⁵.

La Slovaquie décida d'intenter un recours en annulation devant le tribunal régional supérieur de Francfort¹²⁶ (lieu de l'arbitrage), sans obtenir raison. L'Etat décida alors de former un pourvoi devant la Cour fédérale de Justice allemande¹²⁷. Bien que celle-ci soit favorable à la validité des BIT intraeuropéens, elle constate l'absence de jurisprudence de la CJUE dans ce domaine et décide de poser 3 questions préjudicielles que l'on peut résumer ainsi :

- L'article 8 du BIT est-il 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 » ?

-Quid de l'article 267 TFUE qui organise le système juridictionnel de l'Union ?

- En cas de réponse négative aux deux premières questions, quid du respect de l'article 18 du TFUE, interdisant la discrimination sur base de la nationalité dans le champ d'application des traités ?

2.2.2 : LES CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GENERAL MELCHIOR WATHELET

Dans le cadre de cette affaire, l'avocat général Melchior WATHELET a été amené à rendre des conclusions présentées le 19 septembre 2017. Il y prend nettement parti en faveur de la validité des BIT intraeuropéens¹²⁸.

Après avoir souligné le fait qu'il s'agissait de la première opportunité pour la Cour de se pencher sur la compatibilité des BIT avec le droit de l'Union et rappelé les faits qui ont donné lieu à l'instance, l'avocat général pose deux observations liminaires avant de débiter son analyse.

Premièrement, il constate que les Etats qui sont intervenus durant la procédure peuvent être classés en deux groupes. D'un côté, les Etats essentiellement d'origine des investisseurs et qui sont rarement amenés à remplir la position de partie défenderesse dans le cadre d'un arbitrage d'investissement (grosso modo les pays d'Europe occidentale, membres les plus anciens de l'Union), qui soutiennent la validité des BIT, et de l'autre, sans surprise, les membres plus récents et contre qui de nombreuses procédures ont été intentées par des

¹²⁴ Même les juridictions suprêmes des Etats membres peuvent appliquer le droit de l'Union sans être obligé de poser une question préjudicielle à la Cour, conformément à la doctrine de l'acte clair. *Eureko*, paragraphes 279 et 286.

¹²⁵ C. KADDOUS, *op cit.* p.4.
K. VON PAPP, *op cit.*, p. 1046 et 1047.
J. GAFFNEY ET C. SOULE, *op cit.*, p. 773-774.

¹²⁶ *Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, décision du 10 mai 2012.
K. VON PAPP, *op cit.*, p. 1049 à 1057.
J. GAFFNEY ET C. SOULE, *op cit.*, p. 774 à 781.

¹²⁷ *Bundesgerichtshof*.

¹²⁸ 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.

investisseurs dans le cadre des BIT, et qui prennent fait et cause pour la Slovaquie. Ce qui marque le plus l'avocat général est le fait que ces pays n'ont jamais mis fin à leurs BIT, et qu'ils ne voient aucune objection lorsque leurs propres investisseurs y ont recours, souvent d'ailleurs contre un Etat d'accueil qui appartient au même groupe¹²⁹.

La seconde remarque liminaire concerne la thèse défendue par la Commission elle-même. En effet, si elle s'oppose aujourd'hui avec virulence à l'existence de ces traités, ils étaient auparavant considérés comme un prérequis naturel à l'adhésion à l'Union européenne, prévu par les accords d'association entre ces pays et l'Union. D'ailleurs, rien n'indique dans les textes de ces différents accords et des traités d'adhésion que les BIT étaient considérés comme une situation temporaire appelée à prendre fin après que ces pays fussent devenus membres de l'Union. Et l'avocat général de rappeler que le mécanisme de l'arbitrage international d'investissement est également prévu dans le cadre de la Charte de l'Energie, initiée par l'Union, dans un cadre tout à fait étranger à une procédure d'adhésion, sans que cela ne choque personne¹³⁰. Enfin, il souligne le fait que la pratique arbitrale ne présente à l'heure actuelle qu'un cas où le droit de l'Union aurait été violé, à savoir la sentence CIRDI *Micula c. Roumanie*, et encore puisque le différend remontait à 2005, époque où la Roumanie n'avait pas encore adhéré à l'Union européenne¹³¹. La commission exagère donc à ses yeux lorsqu'elle invoque le risque que représentent ces traités pour le droit de l'Union.

Melchior WATHELET s'attache ensuite à l'examen des questions préjudicielles posées par le tribunal de Francfort. Il commence avec la troisième question. Il remarque que de nombreux Etats intervenants (appartenant au second groupe) font valoir qu'il y a discrimination au regard de l'article 18 car un tandis qu'un investisseur néerlandais pourrait se prévaloir des dispositions du BIT pour introduire une procédure contre la Slovaquie devant un tribunal arbitral, les ressortissants d'Etats membres qui n'ont pas conclu de BIT avec l'Etat slovaque seraient privés de cette possibilité. Remarquant que des BIT similaires existent entre la Slovaquie et la majorité des Etats membres de l'Union, l'avocat Général conteste qu'il y ait discrimination envers les investisseurs de ceux qui n'en n'ont pas. Le TFUE ne contient pas de clause de la nation la plus favorisée, et de la même façon qu'une convention préventive de double imposition peut prévoir des avantages uniquement pour des ressortissants d'un Etat membre contractant sans violer pour autant l'article 18, on peut prévoir une clause d'arbitrage destinée uniquement aux investisseurs originaires d'une des parties à un BIT. L'avocat général n'exclut cependant pas l'idée d'un BIT multilatéral qui remplacerait tous les autres¹³².

Pour ce qui est de la seconde question préjudicielle et de la conformité à l'article 267 du TFUE, l'avocat général part du principe qu'il faut considérer les tribunaux arbitraux comme des juridictions au sens de cet article, pouvant dès lors poser des questions préjudicielles à la CJUE. Pour appuyer sa thèse, l'avocat général commence à démontrer que les conditions prévues par la jurisprudence de la cour sont remplies. Ainsi, de par sa nature

¹²⁹ Conclusions, paragraphes 34 à 38.

¹³⁰ Conclusions, paragraphes 40 à 44.

¹³¹ *Ioan Micula e.a. C. Roumanie*, CIRDI n° ARB/05/20 sentence du 11 décembre 2013.

¹³² CJUE, arrêt du 5 juillet 2005, C-376/03, Rec. 2005 I-05821.
Conclusions, paragraphes 59 à 82.

même et comme nous l'avons vu *supra*, l'arbitrage international d'investissement tire son origine d'un traité, et donc également des lois d'assentiment des Etats parties à ce traité. La condition de l'origine légale est donc remplie¹³³.

On pourrait émettre davantage de doutes quant au critère de la permanence d'un tel tribunal arbitral. L'avocat général propose de ne pas vérifier l'application de ce critère par rapport à la composition même dudit tribunal, qui n'existe que pour la durée de l'arbitrage, mais plutôt vis-à-vis de l'institution sous l'égide de laquelle l'arbitrage est mené¹³⁴. Dans le cas d'espèce, le pouvoir de nomination revenait à la chambre du commerce de Stockholm et le règlement de la CNUDCI était applicable à la procédure.

Le troisième critère du caractère obligatoire de la juridiction est également rempli aux yeux de l'avocat général, vu que la jurisprudence de la Cour considère qu'il suffit que les décisions prises par le tribunal soient obligatoires pour les parties et qu'une fois que le particulier décide d'opter pour celui-ci plutôt que pour les juridictions étatiques, l'Etat ne peut s'y opposer¹³⁵.

Pour ce qui est des critères relatifs au caractère contradictoire de la procédure, de l'application de règles de droit pour régler les litiges ainsi que pour les questions relatives à l'indépendance et à l'impartialité des juges, Melchior WATHELET souligne que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI applicable en l'espèce ainsi que le BIT Slovaquie–Pays Bas prennent ces exigences en considération et y offre des garanties largement suffisantes¹³⁶.

Enfin, le fait que la juridiction soit commune à plusieurs Etats est pour lui indifférent, la Cour ayant déjà admis de par le passé qu'on pouvait les qualifier de juridiction d'un Etat membre susceptibles de lui poser des questions préjudicielles¹³⁷.

L'avocat général s'attelle pour finir à l'analyse de la compatibilité de l'article 8 du BIT avec l'article 344 du TFUE. Cette réflexion n'a d'intérêt que dans le cas où la Cour déciderait que le tribunal arbitral n'est pas une juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 267 du TFUE. Il répond par la négative, car l'article 344 du TFUE ne s'applique selon lui au vu de la jurisprudence de la Cour qu'aux différends entre Etats membres ou entre un Etat membre et l'Union, et pas aux litiges entre particuliers ou entres particuliers et l'Etat. Il cite entre autres l'avis 2/13 rendu par la CJUE sur la possibilité d'une adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme, où la CJUE n'a aucunement examiné la dernière hypothèse, qui pourtant est de loin la plus courante dans la pratique¹³⁸.

¹³³ Conclusions, paragraphe 96.

¹³⁴ La Cour a déjà admis un raisonnement similaire pour un tribunal fiscal arbitral dans l'arrêt *Ascendi Beiras Litoral e Alta* (CJUE, arrêt du 12 juin 2014, C377-13, publié au recueil numérique). Conclusions paragraphes 100 à 109.

¹³⁵ Renvoi à l'arrêt *Ascendi Beiras litoral e Alta* de la CJUE. Paragraphes 110 à 119.

¹³⁶ Paragraphe 126.

¹³⁷ A propos de la cour Benelux, CJUE, arrêt du 4 novembre 1997 (*Parfums Christian Dior*), C-337/95, *Rec.* 1997 I-06013.

Conclusions paragraphe 128.

¹³⁸ Conclusions, paragraphe 151 et 152.

L'avocat général conteste en outre l'idée même que le litige puisse ressortir à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union, le BIT et celui-ci n'ayant pas le même champ d'application. La protection offerte par le BIT est bien plus large que celle du droit européen¹³⁹, et la clause de la Nation la plus favorisée, la clause de « rémanence » ou la possibilité même de recourir à un arbitrage international pour trancher le litige sont autant de normes qui n'ont aucun équivalent en droit de l'Union¹⁴⁰. Quand bien même certaines normes et protections se chevauchent, le BIT ne contredit pas les objectifs du droit européen tels que la libre circulation au sein du marché intérieur, mais au contraire, les soutient.

Pour lui, le BIT ne risque pas de porter atteinte à la répartition des compétences établie par les traités fondateurs ou aux principes de primauté et d'effet direct du droit de l'Union ou à celui de la coopération loyale. Les sentences arbitrales doivent encore faire l'objet d'un exequatur avant d'être exécutées, ce qui permettra un contrôle par une juridiction étatique qui appliquera le droit de l'Union voire posera une question préjudicielle à la CJUE. Le fait que ce soit un arbitrage CIRDI insusceptible d'un tel contrôle ou que l'investisseur aille faire exécuter sa décision hors de l'Union ne lui pose pas de problème, la Commission pouvant toujours se retourner contre l'Etat membre par le biais d'un recours en manquement¹⁴¹.

Rien ne s'oppose dès lors à ce que l'on reconnaisse pour lui la compatibilité entre les BIT intraeuropéens et le droit de l'Union.

2.2.3 : L'ARRET DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

L'arrêt du 6 mars 2018 prend le contrepied total des conclusions de l'avocat général. Sur un plan purement formel, il est frappant de voir le contraste entre la concision de la décision de la Cour (à peine quatorze pages) et les longs développements que Melchior WATHELET consacre à la question (40 pages rien que pour la réflexion au fond, plus une quinzaine de pages de références).

La Cour insiste dans son arrêt sur l'importance qu'il y a à assurer « la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union », l'article 267 TFUE et le mécanisme de question préjudicielle s'avérant capitaux pour le bon fonctionnement du système¹⁴². La Cour estime que le droit de l'Union fait partie intégrante de l'ordre juridique des Etats membres et que le tribunal institué par le BIT sera donc forcément amené à l'appliquer. Or aux yeux de la Cour, ce dernier ne peut être considéré comme une juridiction d'un Etat membre et qu'au contraire il présente un caractère dérogatoire par rapport au système juridictionnel des Etats parties et ne peut pas dès lors poser de question préjudicielle¹⁴³.

¹³⁹ Conclusions, paragraphe 183 et suivants.

¹⁴⁰ Conclusions, paragraphe 199 et suivants.

¹⁴¹ Conclusions, paragraphes 253 à 255.

Melchior WATHELET exprime néanmoins l'opinion que les Etats devraient éviter d'inclure une référence au CIRDI dans leur BIT. Cette dernière position pose problème en ce que la Convention CIRDI a été spécifiquement pensée et adaptée pour ce type de conflits, et il nous semble quelque peu incongru par rapport aux avantages indéniables pour les investisseurs qu'offre ce type de procédure. Fort heureusement, l'avis exprimé ici par l'avocat général n'influe pas sur sa conclusion.

¹⁴² Arrêt de la CJUE, paragraphes 34 et 35.

¹⁴³ Arrêt, paragraphe 40.

Selon la Cour, il n'y a pas de garanties suffisantes d'un contrôle *in fine* de la bonne application du droit de l'Union par une juridiction nationale. Le BIT prévoyait que le tribunal choisissait lui-même son siège, et ce n'est que fortuitement que celui-ci a été situé sur le territoire d'un Etat membre de l'Union, et qu'un tel contrôle, et les questions préjudicielles auxquelles il a donné lieu, ont été possibles.¹⁴⁴

Si la Cour admet que le contrôle juridictionnel soit limité dans le cadre de l'arbitrage commercial international à condition que les juridictions nationales puissent contrôler le respect des normes fondamentales du droit de l'Union (et donc *in fine* la Cour), la même chose ne peut être admise pour l'arbitrage international d'investissement où Les Etats, et non les particuliers, consentent à un système tout à fait dérogatoire à leur système juridictionnel¹⁴⁵.

Enfin, la Cour admet certes qu'un accord international puisse créer une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et qui dérogerait à la compétence de la Cour, au paragraphe 57 de l'arrêt, car cela fait partie des corollaires naturels à la compétence de l'Union en matière de relations internationales. Cependant, cela ne peut jouer ici puisque ce sont les Etats membres seuls, et non l'Union, qui ont conclu le BIT.

La clause de règlement des différends contenu par le BIT est donc incompatible avec le droit de l'Union¹⁴⁶.

La CJUE distingue la situation du tribunal établi par le BIT de celle de la Cour de justice Benelux (voir *supra*) qui selon elle présente des liens très étroits avec les juridictions étatiques des Etats membres du Benelux. Elle ne vise qu'à donner la bonne interprétation des règles communes à ces derniers, le litige revenant par la suite devant les juridictions nationales une fois cet incident de procédure passé.

Arrêt paragraphe 49.

¹⁴⁴ Arrêt, paragraphe 51 à 53.

La Cour a également égard au fait que même lorsque le contrôle par une juridiction nationale d'un Etat membre de l'Union est possible, celui-ci peut être limité par le droit de cet Etat, comme c'est le cas en l'espèce avec le droit allemand.

¹⁴⁵ Arrêt, paragraphes 54 et 55.

¹⁴⁶ Arrêt, paragraphe 59. La Cour estime en outre que la réponse aux deux premières questions préjudicielles est suffisante pour estimer de cette compatibilité, et n'examine même pas la question du respect du principe de non-discrimination.

CONCLUSION : VERS UNE FIN DES BIT INTRAEUROPEENS ?

Nous l'avons vu, la controverse sur la question de la comptabilité des BIT intraeuropéens avec le droit de l'Union faisait rage depuis des années, et la doctrine appelait depuis longtemps de ses vœux une intervention de la CJUE pour clarifier les choses une bonne fois pour toutes. La doctrine étant majoritairement favorable à la validité des BIT, la décision de la CJUE ne va clairement pas dans leur sens ni dans celui pris par dix ans de jurisprudence arbitrale. La concision même de l'arrêt semble indiquer la condamnation des BIT sans que le doute ne soit permis.

Mais est-ce donc là l'impact réel qu'aura cet arrêt? Les tribunaux d'arbitrage amenés à connaître de ces litiges suivront-ils le mouvement ? On peut à tout le moins en douter.

Il convient tout d'abord de remarquer que l'arbitrage en question était placé sous l'égide de la Chambre du commerce de Stockholm, appliquant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que le lieu d'arbitrage était situé sur le territoire de l'Union.

Un grand risque serait de voir les investisseurs engager des procédures hors du territoire de l'Union, pour que le droit de l'union ne fasse pas partie de la *lex loci arbitri*. Certes, il sera toujours possible pour une juridiction étatique d'un Etat membre de dénier l'exéquat aux sentences arbitrales rendues, mais rien n'empêchera l'investisseur d'aller faire exécuter la sentence sur des avoirs des Etats situés hors du territoire européen¹⁴⁷.

La situation est encore plus trouble lorsque le litige est soumis à un arbitrage de type CIRDI. Souvenons-nous que l'article 54 de la Convention de Washington immunise presque totalement une sentence rendue sous l'égide du Centre de tout contrôle d'une juridiction nationale. La Cour de justice ne s'étant prononcée que sur des questions internes au droit européen, le débat du point de vue du droit international public demeure entier, et nous ne voyons pas pourquoi la jurisprudence arbitrale qui refuse de voir les BIT comme éteints devrait changer dans un avenir proche¹⁴⁸.

Il semble donc que la Commission devra continuer à œuvrer pour enjoindre les Etats membres à mettre fin à leurs BIT¹⁴⁹. Mais se poserait alors la question des éventuelles clauses de ces traités qui maintiennent le régime protection pour les investisseurs pendant une

¹⁴⁷ N. LAVRANOS, « Black Tuesday : The end of EU BIT », *Thomson Reuters Arbitration Blog*, 7 mars 2018, disponible sur <http://arbitrationblog.practicallaw.com>.

¹⁴⁸ Remarquons néanmoins une décision du 25 janvier 2016 du Tribunal de première instance de Bruxelles de refus d'exécution de la sentence *Micula c. Roumanie* pour contrariété au droit de l'Union, malgré le fait qu'elle ait été rendue sous l'égide du CIRDI, pour des faits antérieurs à l'entrée de la Roumanie dans l'Union. Le tribunal part du texte anglais de la convention qui requiert une automaticité pour ce qu'elle désigne sous l'appellation de *recognition and enforcement*. *Enforcement*, qui se traduirait par *déclaration de force exécutoire ou exequatur*, serait à distinguer de l'exécution de la sentence en tant que telle, qui serait toujours soumise au contrôle du droit national. Le juge des saisies belge est compétent pour évaluer l'actualité du titre qui justifie l'exécution, notamment vis-à-vis de nouvelles législations entre temps entrées en vigueur, dans notre cas le droit de l'Union. Cependant, ce raisonnement nous semble vider l'article 54 de la Convention de Washington de sa substance et la décision semble, à l'heure actuelle, tout à fait isolée.

M. DE BOECK, *op cit*, pp. 42, 45 et 49.

¹⁴⁹ Voy. notamment la communication de la Commission européenne en ce sens du 18 juin 2015.

certaine période après l’extinction du traité¹⁵⁰. Le contentieux arbitral sur l’investissement a donc encore de beaux jours devant lui. Ce qui serait dommageable, c’est qu’il ne prenne plus place sur le territoire de l’Union.

Un lien intéressant peut être fait avec le chapitre consacré aux critiques faites aux BIT en général. En effet, parmi les premières réactions suite à l’arrêt du 6 mars 2006, on retrouve celles de nombres d’associations qui se réjouissent de ce qu’ils considèrent comme un premier pas dans la remise en cause de l’arbitrage international d’investissement. Certains estiment même que cela annonce une future invalidation par la Cour du traité CETA¹⁵¹ (suite à la demande d’avis initiée par la Belgique à ce sujet)¹⁵². Certains dans des milieux plus proches de l’arbitrage s’interrogent sur les possibles effets sur d’autres conventions telles que la Charte de l’Energie, dont sont membres aussi bien l’Union que les Etats membres¹⁵³. Ces espoirs (ou craintes) nous semblent cependant peu fondées. En effet, l’arrêt de la Cour prend le soin de préciser en son considérant 57 « qu’un accord international, prévoyant la création d’une juridiction chargée de l’interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n’est, en principe, pas incompatible avec le droit de l’Union [...] pourvu que l’autonomie de l’Union et de son ordre juridique soient respectée ». Le BIT posait entre autre problème parce qu’il avait été conclu par les seuls Etats membres. Il y a tout lieu de penser que la Cour s’est réservée une marge de manœuvre sur ces questions futures et qu’on ne peut donc rien inférer de cet arrêt quant à sa position sur ces sujets¹⁵⁴.

Une solution potentielle pourrait éventuellement être l’établissement d’un mécanisme général de règlement des différends en matière d’investissement commun à tous les Etats membres de l’Union et qui remplacerait de manière satisfaisante les clauses des BIT intraeuropéens existants. Une Recommandation de la Commission du 13 septembre 2017 propose que le Conseil prenne une décision autorisant l’ouverture de négociations pour la conclusion d’une Convention établissant une juridiction multilatérale pour le règlement de différends d’investissement. Certes, le projet ne concerne pas les différends basés sur les BIT,

¹⁵⁰ E. RUIZ-CAIRO, « Incompatibilité des clauses d’arbitrage contenues dans les TBI intra-UE avec le droit de l’Union », *Centre d’études juridiques européennes*, actualité du 12 mars 2018, disponible sur <https://ceje.ch/fr/>.

¹⁵¹ Voy. le communiqué de presse du consortium 11-11-11, *Pour la Cour de justice de l’UE, la clause d’arbitrage ISDS est incompatible avec le droit européen*, <https://www.cncd.be/Pour-la-Cour-de-justice-de-l-UE-la>.

¹⁵² Communiqué de presse du 6 septembre 2017 https://diplomatie.belgium.be/fr/newsroom/nouvelles/2017/le_ministre_reynders_introduit_demande_avis_ceta.

¹⁵³ P.PINOLE ET I. MICHOUX, « Arbitrage : l’arrêt Achmea, la fin des traités d’investissements intra-UE ? » *Dalloz actualités*, 7 mars 2018, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr>.

¹⁵⁴ Voy. également les déclarations de Thomas Von Danwitz, juge à la CJUE devant la commission des affaires européennes de l’Assemblée nationale française le 22 mars 2018, compte rendu n° 34, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/europe/c-rendus/c0034.asp>.
« [...] la Cour de Justice a encore rendu un arrêt important, le 6 mars dernier, sur la question de l’arbitrage entre investisseurs et Etats membres, qui ne préjuge cependant pas de l’avis 1/17 puisqu’il s’agit en l’occurrence d’une clause d’arbitrage prévue par un traité bilatéral d’investissement, dit TBI, conclu entre deux Etats membres [...] », l’avis 1/17 étant celui que la Cour doit rendre concernant le CETA.

que la Commission considère comme illégaux¹⁵⁵. Mais rien n'empêche d'envisager que l'on puisse en étendre le champ d'application.

Pour conclure de façon générale, l'arbitrage d'investissement, bien que très controversé, demeure une des pierres angulaire de notre économie moderne et représente pour certains Etats la seule chance d'attirer des investisseurs. Les récents développements de la matière au niveau européens ne présagent pas à notre sens de la fin des BIT au sein de l'Union, mais une période encore plus trouble qu'elle ne l'était auparavant. Seule l'évolution de la pratique arbitrale et le comportement des Etats nous permettra d'évaluer l'impact réel de l'arrêt du 6 mars 2018.

¹⁵⁵ Recommandation de la Commission au Conseil pour une décision autorisant l'ouverture de négociations pour l'établissement d'une juridiction multilatérale pour le règlement des différends d'investissement, COM(2017) 493 final, 13 septembre 2017, note 1.
B. DEBRUYN, en G. HEIRMAN, « De (Europese) toekomst van internationale investeringsarbitrage is nog niet verzekerd », *R.W.*, 2017-2018/18, p. 682.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

- AUDIT M., BOLLEE S. ET CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, Domat, L.G.D.J., 2014.
- BEAUCHARD R. ET ALBERTIN S., *L'Assujettissement des Nations : Controverses autour du règlement des différends entre Etat et investisseurs*, Paris, Editions Charles Léopold Meyer, 2017.
- 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, 2003.
- BILLIET J., *International investment arbitration*, Anvers, MAKLU, 2017.
- BLACKABY N., PARTASIDES C., REDFERN A. ET HUNTER M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BONOMO S., *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, Marseille, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2012.
- BURGSTALLER M., « European Law Challenges to Investment arbitration », in WAIBEL M., KAUSHAL A., CHUNG K. ET BALCHIN C., *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwers Law International, 2010.
- BURKE-WHITE W., « The Argentine financial crisis » in WAIBEL M., KAUSHAL A., CHUNG K. ET BALCHIN C., *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwers Law International, 2010.
- CAZALA J., « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement » in *les Cahiers de l'arbitrage*, 2012/4.
- CREPET DAIGREMONT C., « La protection découlant du droit international des contrats », in ROBERT CUENDET S., *Droit des investissements internationaux*, Bruylant, 2017.
- CREPET DAIGREMONT C., « les sources du droit international des investissements », in C. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- DE BOECK M., « Brussels Court of First Instance acknowledges EU law over ICSID: Intra EU ICSID Awards not so "benvenuti" in Belgium? », *b-Arbitra* 2016.
- DE BRABANDERE E., « Human Rights considerations in International Investment Arbitration », in FITZMAURICE M. ET MERKOURY P. (éds.) *The Interpretation and application of the European convention of Human Rights: Legal and Practical information*, Leiden, Nijhoff, 2013.
- DEBRUYN, B. en HEIRMAN, G., « De (Europese) toekomst van internationale investeringsarbitrage is nog niet verzekerd », *R.W.*, 2017-2018/18.
- DE NANTEUIL A., *Droit international de l'investissement*, 2^{ème} édition, Paris, Pedone, 2017.
- DIMOPOULOS A., « The validity and applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law », *CML Review*, 2011.

- EL BOUDOUHI S., « l'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005.
- FADLALAH I., « la distinction *treaty claim/ contract claim* et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route », in LEBEN C. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements*, Paris, Anthémis, 2006.
- GAFFNEY J. ET SOULE C., Case comment-Slovak Republic. *Eureko B.V. OLF Frankfurt* (10 may 2012) », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012.
- GAILLARD E., « L'avenir des traités de protection des investissements », in C. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- GAILLARD E., « l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.*, 2003.
- GILLES A., *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- HINDENLANG S., "Circumventing primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute resolution Mechanisms provided for Inter-se treaties? The case of intra-EU investment arbitration", *Legal Issues of Economic Integration* 39, n°. 2, 2012.
- KADDOUS C., « Arbitrage, Union européenne et accords bilatéraux d'investissement », *RSDIE* 2013.
- LEBEN C., « Un survol historique », in C. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- LEBEN CH (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Nouveaux développements*, LGDJ, 2006.
- LEMAIRE S., « *treaty claims* et *contract claims* : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat », *Rev. Arb.*, 2006.
- LOQUIN E., « La coexistence du droit de l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'arbitrage commercial international : conflit ou complémentarité » in FILALI O. (dir.), *Vers une lex mediterranea des investissements*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- MAYER P., « Contracts claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *J.D.I.*, 2009.
- MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *Journal du droit international*, vol 113, 1986.
- PAULSSON J., « Arbitration without privity », *ICSID Rev.*, 1995.241.
- PRUJINER A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. Arb.*, 2005.
- REINISCH A., « The EU on the Investment Path: Quo Vadis Europe: The future of EU BITs and other Investment agreements », *Santa Clara J. Int'l L.* 2013.
- ROBERT-CUENDET S., « La remise en cause du maintien d'un régime de protection spécifique des investisseurs étrangers » in ROBERT-CUENDET S. (dir.), « *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées* », Bruxelles, Bruylant, 2017.
- SALACUSE J., *The law of investment treaties*, 2^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- 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.

- STERN B., « un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseurs », *Rev. Arb.*, 2007.
- TEYNIER E., « *Umbrella clauses* : le temps se couvre », *Gazette du Palais*, 2006.
- VERHOEVEN J., *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2002.
- VON PAPP K., « Clash of autonomous legal orders: Can EU member States Courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? », *C.M.L.R.*, 2013.
- WEIL P., « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques », *Mélanges en l'honneur de Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974.
- WELHAND H., « Investment Treaty Arbitration », in BALTHASAR S. (éd.), *International Commercial Arbitration: A Handbook*, Munchen, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE ARBITRALE

- CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt de 1929, Série A, n°20.
- CPJI, *Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonie c. Lituanie)* arrêt du 28 février 1939, Série A/B 76, p. 16.
- *AES Summit Generation Ltd et AES Tisza Erőmű Kft c. Hongrie*, CIRDI n° ARB/07/22, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension du 23 septembre 2010.
- *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal c. Argentine*, CIRDI ARB/03/19, décision en réponse à une demande de transparence et de participation en qualité d'amicus curiae du 19 mai 2005.
- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, CIRDI n° ARB/03/29 sentence du 14 novembre 2005.
- *Eastern Sugar c. République tchèque*, SCC n°088/2004, CNUDCI, sentence partielle du 27 mars 2007.
- *Eureko c. République Slovaque*, CPA n° 2008-13, CNUDCI, décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension du 26 octobre 2010.
- *Philip Morris Asia Ltd c. Commonwealth d'Australie*, CNUDCI, CPA affaire n° 2012-12, décision du 8 juillet 2017.
- *Salini Costruttori Sa et Italstrade SPA C. Royaume de Jordanie*, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *J.D.I.*, 2005, p. 182.
- CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Série A n°2, p. 12.
- *Salini Costruttori SpA c. Maroc*, CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *ICSID Reports* vol. 6, p. 400.
- *AES Corp c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/17, sentence du 26 avril 2005.
- *SGS c. Pakistan*, CIRDI n°ARB/01/13, sentence du 6 août 2003, *JDI*, 2004, pp. 257-275.

- *Joy Mining c. Egypte*, CIRDI n° ARB/03/11 sentence du 6 août 2004.
- *Nepolsky c. République tchèque*, CNUDCI, sentence du 1^{er} février 2010.
- *El Paso c. Argentine*, CIRDI n° ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006.
- *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, CIRDI n° ARB/06/5, décision du 15 avril 2009.
- *Ablacat et autres c. République d'Argentine*, CIRDI n° ARB/07/5, décision sur la compétence et l'admissibilité du 4 août 2011.
- *Ioan Micula e.a. C. Roumanie*, CIRDI n° ARB/05/20 sentence du 11 décembre 2013.
- *SGS c. Philippines*, CIRDI n° ARB/02/6, sentence partielle sur la compétence du 29 janvier 2004.
- *Azurix corp c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006.
- *Siemens AG c. République argentine*, CIRDI n° ARB/02/8 décision sur la compétence du 3 août 2004, *JDI*, 2004, pp. 142-157.
- *Malicorp limited c. Egypte*, CIRDI n° ARB/08/18, sentence du 7 février 2011.
- *Electrabel S.A. c. Hongrie*, CIRDI n° ARB/07/19, sentence du 11 décembre 2013.

JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

- CIJ, *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Rec .p. 3*.

JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

- CJUE, arrêt du 23 mars 1982 (*Noordsee*), C-102/81, *Rec*, 1982, p. 1095.
- CJUE, arrêt du 6 octobre 1982, (*CILFIT*), C-283/81, *Rec*. 1982, p. 4839.
- CJUE, arrêt du 22 octobre 1987 (*Foto-Frost*), *Rec*, 1987, p. 4199.
- CJUE, arrêt du 27 septembre 1988 (*Matteuci c. Communauté française de Belgique*), C-235/87, *Rec*. 1988, p. 005589.
- CJUE, arrêt du 4 novembre 1997 (*Parfums Christian Dior*), C-337/95, *Rec*. 1997 I-06013.
- CJUE, arrêt du 5 juillet 2005, C-376/03, *Rec*. 2005 I-05821.
- CJUE, arrêt du 5 juillet 2005, C-376/03, *Rec*. 2005 I-05821.
- CJUE, arrêt du 30 mai 2006 (*Mox Plant*), C-459/03, *Rec.*, 2006, I-4635.
- CJUE, arrêt du 12 juin 2014 (*Ascendi Beiras Litoral e Alta*), C377-13, publié au recueil numérique.
- CJUE, arrêt du 6 mars 2018 (*Achméa*), C-284/16, publié au recueil numérique, février 2018.

LEGISLATION

- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), adoptée à New York le 10 juin 1958, disponible sur www.unictral.org.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention CIRDI), adoptée à Washington le 18 mars 1965, disponible sur <https://icsid.worldbank.org>.
- Convention sur le droit des Traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, disponible sur <https://treaties.un.org>.
- Recommandation de la Commission au Conseil pour une décision autorisant l'ouverture de négociations pour l'établissement d'une juridiction multilatérale pour le règlement des différends d'investissement, COM(2017) 493 final, 13 septembre 2017, note 1.
- Traité sur la Charte de l'Energie, adopté à Lisbonne le 17 décembre 1994, disponible sur <https://energycharter.org>.

DIVERS

- CNUDCI, « UNCTAD-Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement 2010 », *IIA Issues Note Ser.*, vol. 1 (2010), no.1, p 1-16,2.
- COMMISSION EUROPEENNE, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », communiqué de presse du 18 juin 2015, disponible sur <http://europa.eu>.
- OCDE dans son document de travail n° 2005/1, p.14.
- Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

SITES INTERNET

- COMMISSION DES AFFAIRES EUROPEENNES DE L'ASSEMBLEE NATIONALE FRANÇAISE, compte rendu n° 34, 22 mars 2018, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/europe/c-rendus/c0034.asp>.
- CONSORTIUM 11-11-11, *Pour la Cour de justice de l'UE, la clause d'arbitrage ISDS est incompatible avec le droit européen*, <https://www.cncd.be/Pour-la-Cour-de-justice-de-l-UE-la>.
- LAVRANOS N., « Black Tuesday: The end of EU BIT », *Thomson Reuters Arbitration Blog*, 7 mars 2018, disponible sur <http://arbitrationblog.practicallaw.com>.
- PINSOLE P.ET MICHOUX I., « Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissements intra-UE ? » *Dalloz actualités*, 7 mars 2018, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr>.

- RUIZ-CAIRO E., « Incompatibilité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE avec le droit de l'Union », *Centre d'études juridiques européennes*, actualité du 12 mars 2018, disponible sur <https://ceje.ch/fr/>
- SPF AFFAIRES ETRANGERES, Communiqué de presse du 6 septembre 2017 https://diplomatie.belgium.be/fr/newsroom/nouvelles/2017/le_ministre_reynders_introduit_demande_avis_ceta

