

22 octobre 2015

Compatibilité du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) avec le droit de l'UE

Étude juridique

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

Sommaire

1	Introduction	4
2	Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE	6
2.1	Le contrôle juridictionnel extérieur au regard de l'ordre juridique de l'UE	8
2.2	Le RDIE porte atteinte à la compétence exclusive des juridictions de l'UE de se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle de l'UE (articles 340 TFUE et 19 TUE).....	16
2.3	Le RDIE et la répartition des compétences entre l'UE et les États membres	20
2.4	Le RDIE porte atteinte et entre en conflit avec les dispositions relatives au marché intérieur et avec d'autres règles du droit primaire	21
3	Remarques finales	27

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

Résumé

La présente étude montre que les mécanismes incluant le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans les accords commerciaux de l'UE pourraient être incompatibles avec le droit de l'UE, notamment avec le nouveau « Système juridictionnel des investissements » (SJI) proposé par la Commission le 16 septembre 2015.

Les mécanismes de RDIE créeraient un système d'arbitrage extérieur au système juridictionnel de l'UE, tout en étant contraignant à son égard. En effet, ils introduiraient dans l'ordre juridique de l'UE un recours juridictionnel supplémentaire, indépendant des juridictions de l'UE. Ce système permettrait aux investisseurs étrangers d'écarter la compétence juridictionnelle de l'Union et d'exercer des voies de droit qui ne sont pas ouvertes aux investisseurs nationaux.

Le droit de l'UE et la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) donnent à penser qu'un tel système de contrôle juridictionnel extérieur serait incompatible avec l'ordre juridique de l'UE, dans la mesure où (1) il compromettrait l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, et notamment les compétences des juridictions de l'UE, et (2) il produirait un effet négatif sur la réalisation du marché intérieur, et plus spécifiquement sur les règles de concurrence de l'UE.

Les mécanismes de RDIE, réformés ou non, se heurtent à quatre obstacles issus du droit de l'UE :

- La CJUE a compétence exclusive pour donner une interprétation définitive du droit de l'UE au sein de l'ordre juridique de l'UE, et écartera la compétence de tout organe juridictionnel ou quasi juridictionnel extérieur qui interprétera ou appliquera le droit de l'UE. L'un des objectifs fondamentaux du RDIE étant de permettre aux investisseurs de contester les décisions de l'UE, un tribunal d'arbitrage de RDIE aurait inévitablement à connaître de questions de droit de l'UE, et pourrait déclarer qu'une mesure de l'UE est contraire au TTIP ou aux autres accords commerciaux d'une manière qui compromettrait considérablement les compétences de la Cour ;
- Les juridictions de l'UE ont compétence exclusive pour statuer sur la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne. Si le RDIE permettait aux tribunaux d'arbitrage de connaître des actions en réparation intentées par des particuliers et de condamner l'UE à verser des dommages-intérêts, un tel système porterait atteinte aux compétences exclusives des juridictions de l'UE de se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle de l'UE et accroîtrait considérablement l'exposition de l'UE à des actions en responsabilité ;
- La CJUE a compétence exclusive pour se prononcer sur la répartition des compétences entre l'UE et les États membres. Plusieurs dispositions envisagées en matière de RDIE permettraient aux arbitres de se prononcer sur la responsabilité entre l'UE et les États membres, ce qui pourrait porter préjudice au droit de la CJUE de se prononcer sur la répartition des compétences entre l'UE et les États membres ;
- les arbitrages RDIE pourraient entraîner des distorsions de concurrence sur le marché intérieur de l'UE et un traitement discriminatoire des entreprises de l'UE et des ressortissants de l'UE, ce qui entrave la réalisation du marché intérieur. En particulier,

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

les arbitrages RDIE peuvent entrer directement en conflit avec les dispositions du droit de l'UE applicables aux aides d'État.

Une demande d'avis de la CJUE pourrait résoudre la question de la compatibilité du mécanisme de RDIE avec le droit de l'UE et prévenir les complications qui résulteraient de litiges portant sur la compatibilité, avec les traités, d'accords internationaux liant l'UE.

1 Introduction

Le but de la présente étude est de fournir une analyse juridique, au regard du droit de l'UE, d'un aspect important des futurs accords commerciaux de l'UE : le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Le RDIE consiste en un système juridictionnel extérieur ouvert aux seuls investisseurs étrangers, leur permettant de poursuivre des gouvernements sur la base des dispositions en matière d'investissement, qui leur garantissent un « *traitement juste et équitable* » et une indemnisation en cas d'« *expropriation indirecte* ».

Le RDIE a provoqué à des troubles civils notables, impliquant de nombreuses organisations de la société civile opposées à ce mécanisme dans le cadre des négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'UE et les États-Unis, et de l'Accord économique et commercial global UE-Canada (AECG). En outre, le RDIE se heurte à une opposition au sein du Parlement européen, en particulier du Groupe des Verts et d'un nombre non négligeable d'autres membres du Parlement. La résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 a appelé la Commission à aborder un certain nombre de problèmes liés au RDIE, notamment son caractère discriminatoire, sa partialité inhérente et l'opacité de sa procédure¹. La consultation lancée par la Commission sur le RDIE en 2014 a produit un nombre record de 149 399 réponses, dont 97% étaient négatives. En conséquence, la Commission cherche actuellement à réformer le RDIE et a publié une proposition de texte visant à réformer le mécanisme de RDIE dans le cadre du TTIP². La Commission et les gouvernements français et allemand ont par conséquent cherché à limiter la portée notamment des normes en matière d'investissement³. Néanmoins, la commissaire Malmström a indiqué que la création d'une cour permanente d'arbitrage, l'une des autres idées de réforme potentielle, ne sera pas mise en œuvre dans le cadre du TTIP⁴.

Bien que d'intenses débats aient lieu quant à la présence souhaitable ou non, d'un point de vue politique, du RDIE dans les accords commerciaux de l'UE, la question de savoir si, d'un point de

¹ Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI)*, 8 juillet 2015.

² Commission européenne, *Proposition de la Commission européenne, TTIP - investissement*, publiée le 16 septembre 2015 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf [consulté le 21 septembre 2015].

³ Commission européenne, *Note de synthèse : L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme* (6 mai 2015) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf [consulté le 14 août 2015] ; Gouvernement de la République française, « Vers un nouveau Moyen de régler les différends entre États et Investisseurs », mai 2015 <http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/06/02/tribunaux-d-arbitrage-la-france-presente-ses-propositions-a-bruxelles/#document> [consulté le 14 août 2015] ; Markus Krajewski, « Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective » <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf> [consulté le 14 août 2015].

⁴ Commission européenne, *Discussion on Investment in TTIP at the meeting of the International Trade Committee of the European Parliament* (communiqué de presse) (18 mars 2015) http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.htm [consulté le 18 août 2015]

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

vue juridique, l'UE peut même conclure un accord international contenant un mécanisme de RDIE, en premier lieu, n'a jusqu'ici suscité que peu d'intérêt⁵. D'après la présente étude, il est permis de douter, pour plusieurs raisons, de la compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE. Le droit de l'UE et la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) donnent à penser qu'un tel système de contrôle juridictionnel extérieur pourrait être incompatible avec l'ordre juridique de l'UE, dans la mesure où (1) il compromettrait l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, et notamment les compétences des juridictions de l'UE, et (2) il produirait un effet négatif sur la réalisation du marché intérieur, et plus spécifiquement sur les règles de concurrence de l'UE. Bien que les dispositions du TTIP en matière de RDIE puissent déroger aux dispositions négociées dans l'Accord économique et commercial global UE-Canada (AECG) et dans l'Accord de libre-échange UE-Singapour (ALE) à la lumière des révisions que la Commission cherche à mettre en œuvre, aucun de ces amendements n'est susceptible de répondre à la plupart des objections qui seront probablement soulevées par la CJUE, dans la mesure où celles-ci ces objections ont principalement un caractère fondamental.

Il est de la plus haute importance que les acteurs chargés de conclure des accords internationaux contenant un mécanisme de RDIE s'assurent que ces accords peuvent en premier lieu être conclus. Cette vérification met l'UE à l'abri de graves difficultés et pourrait entraîner des conséquences négatives pour toutes les parties intéressées, y compris les pays tiers parties à ces accords⁶. C'est la raison pour laquelle les traités de l'UE contiennent une disposition spéciale, figurant à l'article 218, paragraphe 11, TFUE, qui permet aux institutions de l'UE et aux États membres de s'assurer que l'UE peut conclure l'accord international envisagé.

Une telle demande serait conforme aux déclarations de la Commission européenne, du Parlement européen et du Comité économique et social européen. Dans la résolution du 8 juillet 2015, le Parlement européen a recommandé à la Commission de veiller au « respect de la compétence des juridictions de l'Union européenne et de ses États membres »⁷. Le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, a déclaré dans ses orientations politiques qu'il n'acceptera pas que « la compétence des juridictions des États membres de l'UE soit limitée par des régimes spéciaux » limitant « l'accès des parties aux juridictions nationales ou qui permettrait à des juridictions secrètes d'avoir le dernier mot dans des différends opposant investisseurs et États »⁸. Enfin, dans un avis rendu le 27 mai 2015, le Comité économique et social européen a également déclaré qu'il existe

« de vives préoccupations afférentes au traité sur l'Union européenne et au droit constitutionnel. Les tribunaux d'arbitrage privé ont qualité pour rendre des décisions qui

⁵ Un débat académique a eu lieu sur cette question : Marise Cremona, « Guest Editorial: Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) » (2015) 52 *Common Market Law Review*, 351–362, at 360; Hannes Lenk, « Investor-state arbitration under TTIP: Resolving investment disputes in an (autonomous) EU legal order (2015:2) » (Report for Swedish Institute for European Policy Studies (SIEPS)) (juin 2015) http://www.sieps.se/sites/default/files/Sieps%202015_2%20web.pdf [consulté le 14 août 2015]; Angelos Dimopoulos, « The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law » (2012) 39 *Legal Issues of Economic Integration*, 447–471; Angelos Dimopoulos, « The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: A question of responsibilities » (2014) 51 *Common Market Law Review*, 1671–1720; Andrea Carta, « Do investor-to-state dispute settlement mechanisms fit in the EU legal system? » [2014] *Environmental Law Network International*, 30; Jan Kleinheisterkamp, « Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of The Energy Charter Treaty » (2012) 15 *Journal of International Economic Law*, 85-109; Steffen Hindelang, « Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement » (2015) 53 *Archiv des Völkerrechts*, 68-89; Ingolf Pernice, « Part III: Study on International Investment Protection Agreements and EU law » (European Parliament Study) (septembre 2014) disponible à l'adresse http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU%282014%29534979%28ANN01%29_EN.pdf [consulté le 8 octobre 2015]; Nikolaos Lavranos, « Designing an International Investor-to-State Arbitration System after Opinion 1/09 », in M. Bungenberg and C. Herrmann (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer 2013.

⁶ CJUE, 8 mars 2011, avis 1/09, *Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, Rec. 2011, p. I-1137, points 47-48.

⁷ Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI)*, 8 juillet 2015.

⁸ Jean-Claude Juncker, « Orientations politiques : 6. Un accord de libre-échange raisonnable et équilibré avec les États-Unis », publié le 15 juillet 2014 et « Faire bouger l'Europe : principaux messages du discours prononcé par le président élu, M. Juncker, devant le Parlement européen » le 22 octobre 2014 [Ndt : le passage original est la fusion de deux citations de M. Juncker, ici reconstituées, avec leur source respective].

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

ne sont pas conformes au droit de l'Union ou portent atteinte à la CDF [Charte des droits fondamentaux]. Pour cette raison, le CESE estime qu'il est absolument essentiel que la conformité du RDIE avec le droit de l'Union fasse l'objet d'un contrôle par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure formelle de demande d'avis, avant que les institutions compétentes n'arrêtent leur décision et avant que n'entre provisoirement en vigueur tout AII négocié par la CE »⁹.

2 Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

Par principe, tous les accords internationaux conclus par l'UE doivent être compatibles avec le cadre constitutionnel de l'UE. Cela signifie que l'UE doit détenir les compétences nécessaires afin de conclure l'accord international, et que cet accord doit être compatible avec le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Charte des droits fondamentaux et les principes généraux du droit. Par conséquent, les traités de l'UE imposent des limites juridiques à l'action de l'UE sur le plan international.

Ces limites ne concernent pas seulement l'étendue des pouvoirs extérieurs de l'UE dans un domaine particulier, tel que la politique commerciale ou la politique des transports, mais également des limites institutionnelles et constitutionnelles, notamment dans la mesure où l'introduction d'un organe juridictionnel extérieur peut affecter les pouvoirs confiés à l'UE et aux juridictions nationales. Bien que la Cour ait précisé que l'UE peut en principe conclure des accords internationaux introduisant des organes juridictionnels extérieurs compétents pour interpréter ces accords, elle a également jugé que l'UE ne peut le faire que si ce système est compatible avec le cadre constitutionnel de l'UE. À cet égard, la CJUE a considéré qu'un certain nombre d'accords, y compris l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et l'accord instituant un tribunal européen des brevets, étaient incompatibles avec les traités de l'UE.

Avant d'examiner dans le détail la compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE, nous présenterons un certain nombre d'observations générales se rapportant aux décisions de la Cour.

- La Cour n'a jamais jugé qu'un organe juridictionnel extérieur compétent pour connaître des actions intentées par des particuliers au sein de l'UE (qui relèvent de la compétence de base des juridictions de l'UE) était compatible avec le droit de l'UE¹⁰ ;
- La Cour a uniquement considéré que ces accords étaient compatibles avec le droit de l'UE lorsque l'organe juridictionnel extérieur avait compétence pour statuer sur les différends entre les parties contractantes (UE-pays tiers) ou lorsque l'organe juridictionnel extérieur avait compétence pour entendre les demandes de particuliers ne concernant pas l'UE ou ses États membres¹¹. Dans son deuxième avis portant sur

⁹ Comité économique et social européen, *Avis du Comité économique et social européen sur la protection des investisseurs et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de commerce et d'investissement de l'UE avec des pays tiers*, 27 mai 2015

¹⁰ Avis de la Cour 1/76 du 26 avril 1977, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, Rec. 1977 p.741 ; avis 1/91 de la Cour du 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, Rec. 1991 p. I-6079 ; avis 2/94 de la Cour du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rec. 1996 p. I-1759 ; avis 1/09 (cité note 6) ; avis 2/13 de la Cour (assemblée plénière) du 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

¹¹ Avis 1/92 de la Cour du 10 avril 1992, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, Rec. 1992 p. I-2821 ; avis 1/00 de la Cour du 18 avril 2002, *Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers*, Rec. 2002 p. I-3493.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) instituant la Cour AELE¹² (avis 1/92), par exemple, la Cour a jugé qu'un système juridictionnel fonctionnant entièrement à l'extérieur de l'UE et en dehors du cadre juridique de l'UE était compatible avec le droit primaire de l'UE¹³. La Cour est parvenue à une conclusion similaire en ce qui concerne l'Accord sur l'espace aérien européen commun (EAEC)¹⁴.

Par conséquent, la Cour pourrait examiner, d'une manière générale, les effets potentiels plus étendus qu'un organe juridictionnel extérieur pourrait avoir sur l'ordre juridique de l'UE, si des particuliers étaient en mesure d'intenter une action judiciaire à l'encontre de l'UE sans l'intervention des juridictions de l'UE. Ces effets sont beaucoup moins importants si l'organe juridictionnel ne dispose pas de tels pouvoirs, dans la mesure où les particuliers resteront dépendants du système juridique et juridictionnel de l'UE pour l'intégration des obligations internationales dans l'ordre juridique de l'UE¹⁵. Par exemple, l'adhésion de l'UE à l'OMC et à son système de règlement des différends constitue une menace moins grande pour l'ordre juridique de l'UE, puisque la Cour peut déterminer de quelle façon et dans quelle mesure les particuliers au sein de l'UE peuvent compter sur un tel accord et notamment sur les décisions judiciaires, par exemple afin de contester la législation de l'UE. En revanche, lorsqu'un organe juridictionnel extérieur et les dispositions que cet organe protège, sont directement accessibles aux particuliers, cela peut justifier une approche plus prudente se traduisant en l'adoption d'un certain nombre de précautions afin de préserver l'autonomie du système juridique de l'UE et les compétences du système juridictionnel de l'UE en particulier. Après tout, le passé a prouvé que l'existence de voies de recours extérieures ouvertes aux particuliers peut avoir des effets importants sur les systèmes juridiques nationaux¹⁶.

Cette question est également pertinente dans le cas du système de RDIE. Si l'UE concluait des accords commerciaux contenant des dispositions en matière de RDIE avec ses principaux partenaires commerciaux, un nombre important de personnes pourraient écartier le système juridictionnel de l'UE et exercer une voie de recours à l'encontre de l'UE par le biais des tribunaux d'arbitrage. En fait, le but principal du RDIE est de permettre aux investisseurs étrangers d'avoir leur propre système juridictionnel afin d'obtenir réparation auprès de l'État d'accueil. Cela ne concerne pas seulement les compétences du système juridictionnel de l'UE, mais produit également ses effets sur le système juridique de l'UE dans son ensemble, en particulier lorsque les pouvoirs publics prennent de façon discrétionnaire des décisions dans l'intérêt général, qui sont toutefois susceptibles d'affecter l'investissement étranger.

L'analyse que nous développons ci-dessous met en évidence les quatre principaux motifs pour lesquels la CJUE pourrait juger que le mécanisme de RDIE est incompatible avec le droit de l'UE :

- La CJUE a compétence exclusive pour donner une interprétation définitive du droit de l'UE au sein de l'ordre juridique de l'UE et écartiera la compétence de tout organe juridictionnel ou quasi juridictionnel extérieur qui interprétera ou appliquera le droit de l'UE. L'un des objectifs fondamentaux du RDIE étant de permettre aux investisseurs de contester les décisions de l'UE, un tribunal d'arbitrage de RDIE aurait inévitablement à connaître de questions de droit de l'UE, et pourrait déclarer qu'une mesure de l'UE est

¹² AELE : Association européenne de libre-échange.

¹³ Avis 1/92 (cité note 11), point 19.

¹⁴ Avis 1/00 (cité note 11).

¹⁵ Affaire C-377/02 *Léon Van Parys NV/Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, Rec. 2005 p. I-1465.

¹⁶ Affaire 26-62 *Van Gend en Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen*, Rec. 1963 p.1.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

contraire au TTIP ou aux autres accords commerciaux d'une manière qui compromettrait considérablement les compétences de la Cour (voir ci-dessous la section 2.1) ;

- Les juridictions de l'UE ont compétence exclusive pour statuer sur la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne. Si le RDIE permettait aux tribunaux d'arbitrage de connaître des actions en réparation intentées par des particuliers et de condamner l'UE à verser des dommages-intérêts, un tel système porterait atteinte aux compétences exclusives des juridictions de l'UE de se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle de l'UE et accroîtrait considérablement l'exposition de l'UE à des actions en responsabilité (voir ci-dessous la section 2.2) ;
- La CJUE a compétence exclusive pour se prononcer sur la répartition des compétences entre l'UE et les États membres. Plusieurs dispositions envisagées en matière de RDIE permettraient aux arbitres de se prononcer sur la responsabilité entre l'UE et les États membres, ce qui pourrait porter préjudice au droit de la CJUE de se prononcer sur la répartition des compétences entre l'UE et les États membres (voir ci-dessous la section 2.3) ;
- les arbitrages RDIE pourraient entraîner des distorsions de concurrence sur le marché intérieur de l'UE et un traitement discriminatoire des entreprises de l'UE et des ressortissants de l'UE, ce qui entrave la réalisation du marché intérieur. En particulier, les arbitrages RDIE peuvent entrer directement en conflit avec les dispositions du droit de l'UE applicables aux aides d'État (voir ci-dessous la section 2.4).

La présente étude analysera successivement chacun de ces motifs.

2.1 Le contrôle juridictionnel extérieur au regard de l'ordre juridique de l'UE

Les mécanismes de RDIE prévus par les accords internationaux de l'UE tels que l'AECG et l'ALE UE-Singapour affecteraient sensiblement l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, notamment car ces mécanismes compromettraient la compétence exclusive de la Cour de donner une interprétation définitive du droit de l'UE.

La note de synthèse de la DG Commerce de la Commission, intitulée « *Note de synthèse : L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme* » semble suggérer que le RDIE est compatible avec le droit de l'UE à cet égard. Il énonce qu'« *le risque d'une telle incompatibilité existerait surtout si les tribunaux compétents en matière de RDIE devaient interpréter le droit de l'UE d'une manière qui serait contraignante pour les institutions de l'UE. Dans la mesure où les tribunaux compétents en matière de RDIE interprètent seulement l'accord international en question et n'examineraient la législation européenne que comme une question de fait, il peut être soutenu que les questions liées à l'autonomie du droit de l'UE sont infondées* »¹⁷. Dans la proposition du 16 septembre, la Commission développe ce point de vue en introduisant des dispositions qui excluent le droit interne du « *droit applicable* » et rendent l'interprétation du droit interne par les tribunaux d'arbitrage non contraignante à l'égard des tribunaux nationaux¹⁸.

Nous n'adhérons pas à l'évaluation de la DG Commerce, selon laquelle il n'existe aucun risque d'incompatibilité, ce qui est également contraire aux mémoires déposés en qualité d'amicus

¹⁷ Commission européenne, *Note de synthèse : L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf [consulté le 13 août 2015].

¹⁸ Commission européenne, *Proposition de la Commission européenne, TTIP – investissement*, (citée note 2), article 13, paragraphes 3 et 4.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

curiae par le service juridique de la Commission dans les affaires d'arbitrage investisseur-État d'un État membre¹⁹. Les nouvelles dispositions de la proposition du 16 septembre 2015, qui sont absents du projet de l'AECG et de l'UE - Singapour texte ALE, ne suffiraient pas à combattre ce risque.

Seule une lecture incomplète de la jurisprudence de la CJUE pourrait venir au soutien du point de vue de la DG Commerce. Il est vrai que la Cour a à plusieurs reprises jugé que :

« 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, ce qui est d'autant plus le cas lorsque, comme en l'occurrence, la conclusion d'un tel accord est prévue par les traités eux-mêmes. En effet, la compétence de l'Union en matière de relations internationales et sa capacité à conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions »²⁰.

En outre, dans l'avis 1/09, la Cour a jugé que les systèmes juridictionnels prévus par l'accord EAEC et l'accord EEE étaient compatibles avec l'ordre juridique de l'UE, dans la mesure où ils *« visaient, en substance, à résoudre des litiges portant sur l'interprétation ou l'application des dispositions elles-mêmes des accords internationaux en question »²¹.*

Toutefois, la Cour a également jugé qu'*« un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union »²².* Il s'agit d'une jurisprudence consolidée, se reflétant dans au moins six des vingt avis rendus par la Cour²³. En particulier, un accord international ne doit pas avoir pour effet de lier l'UE à une certaine interprétation du droit de l'UE²⁴. Ces conditions sont particulièrement difficiles à satisfaire dans le cas d'un mécanisme de RDIE. Le cas de la CEDH dans l'opinion 2/13 démontre cette difficulté.

Un tribunal de RDIE exerce un contrôle extérieur sur l'UE et ses institutions de la même manière que la CEDH : la CEDH peut déclarer une mesure de l'UE contraire à la CEDH, et l'organe d'arbitrage peut déclarer une mesure de l'UE contraire aux dispositions en matière d'investissement des accords internationaux de l'UE. Le fait que la CEDH ou l'organe d'arbitrage puisse ou non invalider le droit de l'UE est indifférente. Les deux systèmes offrent une interprétation de la convention internationale correspondante, et dans la mesure où l'UE est signataire de la CEDH ou d'un accord international contenant un mécanisme de RDIE, l'UE et la CJUE en particulier sont liées par cette interprétation²⁵. La nature contraignante des décisions de tribunaux d'investissement sur les parties au différend est confirmée, par exemple, par les articles X.39 de la proposition de l'AECG et 9.30, paragraphe 1, de la proposition de l'ALE UE-Singapour. Il est également envisagé dans le projet de la Commission pour la TTIP à l'article 30

¹⁹ Commission européenne, Mémoire déposé en qualité d'amicus curiae dans l'affaire *European American Investment Bank AG (EURAM)/République slovaque* (13 octobre 2011) SJ.i.dir (2011) 1154556. Mémoire déposé en qualité d'amicus curiae cité par le tribunal d'arbitrage dans l'affaire *Achmea B.V./République slovaque*, CNUDCI, CPA, affaire n° 2008-13 (décision sur la compétence du 7 décembre 2012), point 193.

²⁰ Avis 1/91 (cité note 10), points 40 et 70 ; avis 1/09 (cité note 6), point 74 ; avis 2/13 (cité note 10), point 182.

²¹ Avis 1/09 (cité note 6), point 77.

²² Avis 2/13 (cité note 10), point 183 ; voir l'avis 1/00 (cité note 11), points 21, 23 et 26 ; avis 1/09 (cité note 6), point 76.

²³ Ibid. ; avis 1/76 (cité note 10), points 17-22 ; avis 1/91 (cité note 10) ; avis 1/92 (cité note 11).

²⁴ Avis 2/13 (cité note 10), point 184.

²⁵ Avis 2/13 (cité note 10), points 182, 184, 185.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

de la section 3. En vertu de l'article 216, paragraphe 2, TFUE, ces sentences arbitrales sont également contraignantes à l'égard des institutions de l'UE, y compris la CJUE.

Dans l'avis 2/13, la Cour a jugé que le projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH ne permet pas de préserver les caractéristiques spécifiques de la législation de l'UE et du droit de l'UE, car l'accord d'adhésion n'autorise pas la Cour à donner une interprétation définitive de tout le droit de l'UE, y compris le droit dérivé, ni en particulier à donner une interprétation définitive du droit de l'UE à la lumière des droits garantis par la CEDH²⁶. Il est utile de citer intégralement les points ci-après de l'avis :

« Or, s'il n'était pas permis à la Cour de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé et si la Cour EDH, dans son examen de la conformité de ce droit avec la CEDH, devait fournir elle-même une interprétation donnée parmi celles qui sont plausibles, le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union serait assurément méconnu.

[...] Par conséquent, la limitation de la portée de la procédure de l'implication préalable, en ce qui concerne le droit dérivé, aux seules questions de validité porte atteinte aux compétences de l'Union et aux attributions de la Cour en ce qu'elle ne permet pas à celle-ci de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé au regard des droits garantis par la CEDH²⁷ ».

Les mécanismes de RDIE envisagés dans l'ALE UE-Singapour et l'AECG violeront donc toutes les conditions fixées par la Cour. La Cour considère que l'interprétation du droit primaire et du droit dérivé ne relève pas de la compétence d'organes juridictionnels extérieurs à l'UE si la Cour ne participe pas à la procédure d'interprétation définitive de ce droit. En outre, la Cour **ne** limite **pas** expressément sa compétence exclusive à la validité du droit de l'UE. L'interprétation du droit de l'UE par un organe juridictionnel ou quasi juridictionnel extérieur sans l'implication préalable de la CJUE n'est pas autorisée, que l'organe ait ou non le pouvoir d'invalider le droit de l'UE. Ceci est particulièrement important pour le RDIE. De même que la CEDH, les organes compétents en matière de RDIE n'ont pas le pouvoir d'invalider la législation de l'UE, mais simplement celui d'accorder des dommages-intérêts pour violation d'un accord international²⁸.

Comme Roberto Baratta l'a souligné dans le cadre des droits de l'homme, « la Cour de Strasbourg [CEDH] considère généralement le droit national des parties contractantes comme une question de fait, sans approfondir son interprétation. Selon une jurisprudence constante, il relève de la compétence des autorités nationales, notamment des tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit national, la Cour de Strasbourg se limitant à vérifier que les effets d'une telle interprétation sont compatibles avec la Convention »²⁹.

Le niveau minimum d'interprétation auquel les tribunaux d'investissement s'engagent est de prendre simplement acte du droit national (dans le cadre du commerce, du droit de l'UE). Ils vont souvent bien au-delà. La question du droit de l'UE se pose déjà en vertu des accords commerciaux bilatéraux des États membres de l'UE. Konstanze von Papp, par exemple, déclare

²⁶ Avis 2/13 (cité note 10), points 246-247.

²⁷ Ibid.

²⁸ Qui, après conclusion par l'UE, devient partie intégrante de l'ordre juridique de l'UE, voir l'arrêt 181/73 R. & V. Haegeman/État belge, Rec. 1974 p. 449, point 5.

²⁹ Roberto Baratta, « Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the CJEU's prior involvement mechanism » (2013) 50 Common Market Law Review, 1305-1332 à 1325, citant *Kruslin/France*, requête n° 11801/85, arrêt du 24 avril 1990, point 29 ; *Slivenko/Lettonie*, requête n° 48321/99, arrêt du 9 octobre 2003, point 105 ; *W./Pays-Bas*, requête n° 20689/08, arrêt du 20 janvier 2009 (recevabilité) ; *Guérin Automobiles/15 États de l'Union européenne*, requête n° 51717/99, arrêt du 4 juillet 2000 ; *Markovich e.a./Italie*, requête n° 1398 à 1303, arrêt du 14 décembre 2006, point 108.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

que dans le cadre d'accords internationaux d'investissement d'un État membre³⁰, « *le droit de l'UE pourrait conclure une procédure d'arbitrage prévue par un accord d'investissement dans le cadre de son droit international public ou du droit interne applicable ; ou même simplement en tant que question de fait. En conséquence, les tribunaux prévus par un accord d'investissement sont répartis en fonction du fondement respectif pour l'application du droit de l'UE. Cependant, la plupart des tribunaux semblent accepter que le droit de l'UE puisse devenir pertinent pour l'arbitrage* »³¹.

Cela ressort d'un certain nombre de décisions de tribunaux d'arbitrage par lesquelles les tribunaux établis en vertu de traités d'investissement bilatéraux des États membres ont montré qu'ils pouvaient appliquer et interpréter le droit de l'UE³². Par analogie, dans un arbitrage récent rendu en vertu de l'ALENA, un tribunal d'arbitrage a statué que le gouvernement canadien ne s'est pas conformé à la loi fédérale et provinciale en soulevant des objections environnementales à un projet de carrière en Nouvelle-Écosse³³.

Ces compétences des tribunaux RDIE ont été contestées par un certain nombre de mémoires déposés en tant qu'*amicus curiae* par le service juridique de la Commission³⁴. À titre d'exemple, dans l'affaire *Achmea B.V./Slovaquie*, le service juridique de la Commission a fait valoir que :

*« certaines dispositions du traité bilatéral d'investissement néerlandais-slovaque soulèvent des questions fondamentales concernant la compatibilité avec le droit de l'UE. Les plus importantes sont les dispositions de l'accord bilatéral prévoyant un mécanisme d'arbitrage investisseur-État (article 8), et les dispositions de l'accord bilatéral prévoyant un mécanisme d'arbitrage interétatique (article 10). Ces dispositions sont contraires au droit de l'UE sur la compétence exclusive des juridictions de l'UE pour des actions relatives au droit de l'UE, y compris pour les actions dans le cadre desquelles le droit de l'UE serait que partiellement affecté. La Commission européenne doit donc [...] exprimer sa réserve sur la compétence du Tribunal d'arbitrage pour trancher le litige porté devant elle par Eureko B.V »*³⁵.

Dans l'affaire *AES/Hongrie*, un tribunal d'arbitrage a même jugé que le droit de l'UE était soumis au droit international de l'investissement, et que ce dernier prévaudrait en cas de conflit avec le droit de l'UE (qui constitue la finalité pour laquelle des droits supplémentaires, dont la constitutionnalité ne peut être discutée, sont accordés aux investisseurs, en premier lieu)³⁶.

Dans de nombreux cas, les tribunaux d'arbitrage devront procéder à une évaluation du droit de l'UE. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'un investisseur étranger est empêché d'exercer ses droits de libre circulation par l'intermédiaire d'une société constituée en vertu du droit d'un

³⁰ Les accords internationaux d'investissement des États membres soulèvent également des questions quant à leur compatibilité avec le droit de l'UE lorsque les tribunaux saisis en matière d'investissement interprètent le droit de l'UE. Voir Konstanze von Papp, « Clash of 'autonomous legal orders': Can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the CJEU? A plea for direct referral from investment tribunals to the CJEU » (2013) 50 Common Market Law Review, 1039-1081.

³¹ Ibid, 1039-1040.

³² Voir, par exemple, *European American Investment Bank AG (EURAM)/République slovaque*, CNUDCI, (décision sur la compétence du 22 octobre 2012), points 248-267 ; *Maffezini/Espagne*, CIRDI, affaire n° ARB/97/7 (décision sur le fond du 13 novembre 2000), point 69 ; *Achmea B.V./République slovaque*, CNUDCI, CPA, affaire, n° 2008-13 (décision sur la compétence du 7 décembre 2012), points 278-283.

³³ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware Inc./Gouvernement du Canada*, CNUDCI, CPA, affaire n° 2009-04 (décision sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015), notamment les points 600-604.

³⁴ Commission européenne, mémoire déposé en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire *European American Investment Bank AG (EURAM)/République slovaque* (13 octobre 2011) SJ.i.dir (2011) 1154556. Mémoire déposé en qualité d'*amicus curiae* par la Commission cité par le tribunal d'arbitrage dans l'affaire *Achmea B.V./République slovaque*, CNUDCI, CPA, affaire n° 2008-13 (décision sur la compétence du 7 décembre 2012), point 193.

³⁵ Cité par le tribunal d'arbitrage dans l'affaire *Achmea B.V./République slovaque*, CNUDCI, CPA, affaire n° 2008-13 (décision sur la compétence du 7 décembre 2012), point 193.

³⁶ *AES/Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/07/22, (décision du 23 septembre 2010), au point 7.6.6. ; voir Matthew Parish, « International Courts and the European Legal Order » [2012] European Journal of International Law, 141-153 à 148.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

État membre. Il en va de même lorsque l'UE ou les autorités nationales prennent des décisions sur la base du droit de l'UE, par exemple lorsque des sanctions sont infligées ou des permis révoqués. Pour un tribunal compétent en matière d'investissement, de telles décisions peuvent, par exemple, constituer une violation du traitement national ou des critères de traitement juste et équitable. Le tribunal compétent en matière d'investissement pourrait considérer que ces normes ne sont pas respectées dans la mesure où le droit de l'UE est appliqué de manière discriminatoire ou arbitraire, ou encore que le droit de l'UE est lui-même violé. Dans les deux cas, les tribunaux d'arbitrage donnent un sens à l'acte législatif de base de l'UE.

Il sera difficile d'éviter la question relative à l'atteinte portée par le RDIE à la compétence de la CJUE en matière d'interprétation définitive du droit de l'UE. D'une part, il est peu probable que la Cour considère que les tribunaux d'arbitrage qui résultent du système de RDIE constituent une « *jurisdiction d'un État membre* »³⁷. Par conséquent, les tribunaux d'arbitrage ne peuvent pas recourir au renvoi préjudiciel de questions d'interprétation du droit de l'UE à la Cour sur la base de l'article 267 TFUE. D'autre part, dans l'avis 2/13, la Cour demande que les instruments spécifiques contiennent un mécanisme permettant de prévenir que les pouvoirs essentiels et l'autonomie de l'ordre juridique ne soient compromis³⁸. Cependant, de telles limitations ou garanties ne sont pas prévues dans l'ALE UE-Singapour ni dans l'AECG et ne sont probablement pas pris en compte dans le TTIP.

Les accords commerciaux actuels négociés par la Commission n'envisagent par exemple aucun système qui permettrait à la Cour de fournir une interprétation définitive du droit de l'UE. Comme la Commission le reconnaît dans son document de réflexion, « *l'AECG et l'ALE UE-Singapour [...] ne fournissent aucune indication explicite sur la façon dont le droit national doit être traité* »³⁹. En conséquence, l'ALE UE-Singapour et l'AECG semblent être incompatibles avec le cadre constitutionnel de l'UE. En outre, il est peu probable qu'un tel système soit susceptible d'être mis en œuvre dans les futurs accords internationaux d'investissement envisagés par l'UE, car il ferait disparaître les avantages clés perçus, l'indépendance par rapport aux juridictions nationales et les recours facilement accessibles et rapides, caractéristiques du RDIE⁴⁰. La Commission, tant dans son document de réflexion et que dans sa proposition du 16 septembre 2015, ne prévoit aucun système dans le cadre du RDIE, susceptible d'impliquer préalablement la CJUE. Bien au contraire, l'article 13, paragraphe 5, de la section 3 de cette proposition autorise le Comité créé en vertu du TTIP à adopter des décisions sur les questions d'interprétation, en introduisant un organe extérieur supplémentaire qui pourrait empiéter sur les compétences des juridictions de l'Union.

En outre, tandis que l'article 13, paragraphe 5, de la section 3 de la proposition sur le TTIP du 16 septembre 2015 interdit aux tribunaux d'arbitrage d'appliquer le droit de l'UE, ces derniers auraient encore à examiner des questions de droit de l'UE, d'interpréter et d'évaluer la loi de l'UE, et de déclarer que le droit de l'UE entre en conflit avec les dispositions en matière d'investissement des accords commerciaux. La distinction introduite par la Commission, selon laquelle les tribunaux d'arbitrage interpréteraient le droit de l'UE comme une simple question de fait, et seraient donc compatibles avec le droit de l'UE, n'a pas été soumise aux juridictions de

³⁷ Affaire 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH/Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. e.a.*, Rec. 1982 p. 1095, à partir du point 7.

³⁸ Avis 2/13 (cité note 10), points 190, 195, 199.

³⁹ Commission européenne, *Concept papier: Investment in TTIP and beyond – the path for reform*, (voir note 17), point 10.

⁴⁰ Voir Markus Burgstaller, « Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems » (2014) 15 The Journal of World Investment & Trade, 551-569, p. 565 ; Steffen Hindelang, « Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties ? The Case of Intra-EU Investment Arbitration » (2012) 39 Legal Issues of Economic Integration, 179-206.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

l'UE et n'est pas abordée par la Cour dans son raisonnement exposé dans l'avis 2/13. En outre, la proposition de la Commission selon laquelle les tribunaux d'arbitrage « *suivront l'interprétation couramment admise* » du droit de l'UE proposée par les juridictions de l'Union, conduit à se demander ce qui se produirait si cette interprétation n'existait pas encore. En outre, le tribunal d'appel aurait le pouvoir d'examiner si le tribunal de première instance a commis une erreur manifeste en suivant l'interprétation couramment admise de la législation nationale ainsi que l'appréciation du droit national⁴¹. Ce pouvoir d'examiner si le tribunal de première instance a correctement apprécié le droit de l'UE « *en tant que question de fait* » exigerait l'implication de la CJUE, dans la mesure où le tribunal d'appel examinerait si le premier tribunal a évalué correctement le droit de l'UE⁴². À titre de facteur aggravant supplémentaire, il n'existe aucun recours en cas de violation du droit de l'UE par les tribunaux d'arbitrage⁴³.

En outre, l'ajout de l'article 13, paragraphe 4, de la section 3 de cette proposition, indiquant que « *le sens donné à la législation nationale pertinente par le Tribunal ne doit pas être contraignant pour [les juridictions de l'Union] ou les autorités* », est tout aussi discutable compte tenu de la nature contraignante d'une sentence finale, des conséquences financières importantes que les sentences peuvent entraîner et de la préséance que ces décisions peuvent établir pour les demandes/actions futures.

En outre, il est peu probable que la Cour acceptera un système d'implication préalable dans le cadre du RDIE. Un système d'implication préalable pourrait fonctionner dans le cadre de la CEDH, dans la mesure où il ne compromettrait pas les compétences des juridictions des tribunaux des États membres et de l'UE, puisque la CEDH exige l'épuisement des voies de recours nationales avant qu'une affaire soit portée devant elle. Cependant, un mécanisme de RDIE priverait les juridictions des États membres de leurs compétences en matière d'interprétation et d'application du droit de l'UE⁴⁴. La limitation des compétences des juridictions des États membres est encore accrue par les projets de dispositions de l'AECG et de l'ALE UE-Singapour, ainsi que par la proposition de la Commission du 16 septembre 2015, qui énoncent que les investisseurs peuvent ne pas engager des recours en parallèle lorsqu'ils présentent une demande en vertu des dispositions en matière de RDIE et d'investissement (approche dite « *no u-turn* », littéralement « *absence de volte-face* »)⁴⁵. Comme le service juridique de la Commission européenne l'a souligné dans le cadre des accords d'investissement des États membres :

*« Le tribunal d'arbitrage n'est pas une juridiction d'un État membre de l'UE, mais un mécanisme parallèle de règlement des différends, entièrement extérieur au cadre institutionnel et juridique de l'UE. Ce mécanisme prive les juridictions des États membres de leurs compétences en matière d'interprétation et d'application des règles de l'UE imposant des obligations aux États membres de l'UE, qui sont vraisemblablement pertinents dans la procédure arbitrale »*⁴⁶.

⁴¹ Article 29, paragraphe 1, sous b), de l'article 3 de la proposition de la Commission.

⁴² Considérer la situation dans laquelle l'une des parties fait appel en prétendant que le droit communautaire a été mal interprété par le tribunal en première instance ou que le tribunal n'a pas suivi l'interprétation couramment admise du droit national.

⁴³ Voir l'avis 1/09 (cité note 6), points 83-89. Dans l'ordre juridique de l'UE, la Commission a le pouvoir d'engager des procédures d'infraction contre un État membre si une juridiction d'un État membre enfreint le droit de l'UE et les particuliers peuvent réclamer des dommages-intérêts sur la base de la responsabilité extracontractuelle de l'État membre. Voir l'affaire C-224/01 *Gerhard Köbler/Autriche*, Rec. 2003 I-10239.

⁴⁴ Avis 1/09 (voir note 6), points 66-70, notamment le point 89.

⁴⁵ Article X.21 de l'AECG et article 9.20 de l'ALE UE-Singapour. Cette disposition figure également dans la proposition de la Commission du 16 septembre 2015 à l'article 14, paragraphe 1, de la section 3.

⁴⁶ Commission européenne, mémoire déposé en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire *European American Investment Bank AG (EURAM)/République slovaque* (13 octobre 2011) S.J.i.dir (2011) 1154556.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

Les options de limitation des effets des sentences des tribunaux donnant une interprétation particulière du droit de l'UE ou imposant des limitations aux pouvoirs réglementaires des institutions de l'UE sont très restreintes (conformément à la logique du RDIE de disposer d'une source alternative et indépendante de recours juridictionnel). Le RDIE introduit une voie de recours juridictionnel échappant au contrôle judiciaire de fond des juridictions nationales, et des cours constitutionnelles en particulier, sauf possibilité limitée de contrôle de la procédure en cas d'injustice manifeste, et exceptionnellement, si la sentence est contraire aux notions les plus fondamentales de la morale et de la justice de l'État du for⁴⁷. La possibilité pour les juridictions des États membres de l'UE d'opérer un renvoi préjudiciel sur la base de cette exception est en outre limitée par la possibilité d'exécuter une sentence en dehors de l'UE. De plus, si un tribunal était établi en vertu de la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (l'UE et la Pologne ne sont pas partie à cette convention), l'exécution des sentences serait automatique⁴⁸.

Il est également clair que les dispositions relatives aux droits des investisseurs appliquées par les organes d'arbitrage sont très étendues, et que ces enjeux peuvent par conséquent affecter des parties importantes du cadre juridique de l'UE. Cela signifie qu'en plus de l'interprétation et de l'application du droit de l'UE, les mécanismes de RDIE prévoient une voie de recours largement encadrée à l'encontre des institutions de l'UE et de la législation adoptée par l'UE. Les investisseurs peuvent recourir à l'arbitrage lorsqu'ils prétendent que l'UE a enfreint l'une des mesures substantielles de protection des investissements. Par exemple, dans l'ALE Singapour-UE, un investisseur peut intenter une action pour violation du « *traitement juste et équitable* » en ce qui concerne ses investissements, qui se décompose en « *déni de justice dans les procédures pénales, civiles et administratives* », « *violation de la procédure établie* », « *conduite manifestement arbitraire* », « *harcèlement, contrainte, abus de pouvoir ou tout autre comportement similaire de mauvaise foi* » et « *violation des attentes légitimes* »⁴⁹. Ces termes généraux et subjectifs sont potentiellement applicables à toutes les actions de l'UE.

La compétence étendue dont disposent les organes d'arbitrage pour examiner la législation européenne menace les pouvoirs des institutions de l'UE, et l'autonomie de son ordre juridique. Le « *gel réglementaire* »⁵⁰ résultant d'un arbitrage investisseur-État peut prendre de nombreuses formes qui ne se rapportent pas seulement directement aux pouvoirs décisionnels des institutions de l'UE⁵¹. Un exemple de la façon dont les pouvoirs décisionnels peuvent être affectés par le recours à RDIE dans l'UE est fourni par les restrictions imposées à l'utilisation de [l'additif] MMT dans les carburants. La remise en cause, devant les juridictions de l'UE, des restrictions de l'UE sur le MMT dans les carburants, a échoué⁵². Cependant, au Canada, la

⁴⁷ Article V de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 RTNU 38 ; 21 UST 2517 ; 7 ILM 1046 (1968). L'exception d'ordre public est généralement considérée comme étant très difficile à mettre en œuvre par l'État.

⁴⁸ L'article 53 de la Convention du CIRDI 17 UST 1270, TIAS 6090, 575 RTNU 159.

⁴⁹ Un autre exemple est fourni par le conflit existant, par exemple, entre les interdictions sur les « exigences de performance » et la législation européenne imposant des quotas et des exigences de performance dans divers secteurs tels que l'agriculture, le contenu européen exigé dans la radiodiffusion télévisuelle, et les services de transport maritime. Voir Jan Kleinheisterkamp, « Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of The Energy Charter Treaty » (2012) 15 Journal of International Economic Law, 85-109, p. 90 ; règlement 3921/91 fixant les conditions de l'admission de transporteurs non résidents aux transports nationaux de marchandises ou de personnes par voie navigable dans un État membre, JO 1991, L 373, article 2 (1) ; directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO 1989, L 298, article 4.

⁵⁰ Le « gel réglementaire » est entendu ici comme l'idée selon laquelle le paiement de dommages-intérêts par le gouvernement au titre de ses activités réglementaires rend plus difficile la réglementation par celui-ci d'idées socialement souhaitables.

⁵¹ En vertu du règlement sur les pesticides, par exemple, une décision de la Commission de retirer l'autorisation d'un pesticide en particulier (mais pas pour l'autre) peut affecter l'investissement d'un investisseur étranger. Une telle décision peut ensuite être contestée dans le cadre d'un RDIE en vertu de la règle du traitement juste et équitable. D'autres exemples sont fournis par REACH. La Commission pourrait être réticente à ajouter de nouvelles substances à la liste finale des substances extrêmement préoccupantes ou de refuser l'autorisation de commercialiser ces substances dans l'UE.

⁵² Affaire C-343/09 *Afton Chemical Limited/Secrétaire d'État aux Transports*, Rec. 2010, p. I-7027.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

société américaine Ethyl Corporation a réussi à faire lever une interdiction du gouvernement fédéral sur le MMT dans le carburant par l'intermédiaire d'une demande de RDIE⁵³.

Le gel de la réglementation peut ne pas résulter uniquement de la réticence à réglementer face à des demandes d'arbitrage, mais également d'une réticence à se conformer aux règles. Par exemple, les autorités des États membres peuvent bénéficier d'une incitation financière à ne pas se conformer à la législation environnementale de l'UE, si la mise en conformité aboutit à une procédure d'arbitrage⁵⁴. De même, un arbitrage investisseur-État peut être engagé lorsqu'un État membre cherche à se conformer à une décision de la CJUE, en pénalisant de fait l'État membre se conformant à la législation européenne. Les garanties que la Commission a cherché à donner à l'article 13, paragraphe 4, de la section 3 de la proposition du 16 septembre 2015 ne sont pas particulièrement significatives à cet égard. Un autre exemple est fourni par les demandes auxquelles l'UE et les États membres peuvent être confrontés lors de la restructuration de la dette publique⁵⁵.

La menace d'un « gel réglementaire » résultant de demandes d'indemnisation au titre des activités législatives de l'UE constitue précisément la raison pour laquelle la Cour a été très prudente et respectueuse, en accordant des dommages sur la base de l'article 340 TFUE (voir ci-dessous section 2.2). Dans l'affaire *FIAMM*, par exemple, la Cour a jugé que son approche rigoureuse à l'égard des demandes de réparation était justifiée par le fait que « l'exercice de la fonction législative ne doit pas être entravé par la perspective d'actions en dommages et intérêts à chaque fois que l'intérêt général de l'[UE] exige l'adoption de mesures législatives qui pourraient nuire à des intérêts individuels »⁵⁶. Les mécanismes de RDIE et leurs dispositions d'investissement associé ne sont cependant pas entravées par de telles considérations, ni en ce qui concerne les dispositions d'investissement elles-mêmes, ni leur organisation institutionnelle : la raison d'être des mécanismes de RDIE est d'offrir aux investisseurs étrangers un système de règlement extrajudiciaire des différends indépendant de l'État d'accueil.

Stephan Schill a fait valoir que la menace pesant sur l'autonomie du système juridique de l'UE et les pouvoirs de la Cour de donner une interprétation définitive du droit de l'UE est limitée, dans la mesure où l'AECG nie tout effet direct de l'accord⁵⁷. L'ALE UE-Singapour contient un libellé similaire, mais beaucoup plus faible⁵⁸. Toutefois, ce point n'a pas été abordé explicitement dans l'avis 2/13, de même que la CEDH n'exige pas des Parties à la Convention qu'elles accordent un effet direct aux arrêts de la CEDH. En fait, certains pays ne donnent pas

⁵³ Public Citizen, « NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases: Lessons for the Central America Free Trade Agreement (Report) (février 2005), 21.

⁵⁴ Voir, par analogie *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG/République fédérale d'Allemagne*, affaire CIRDI n° ARB/09/6 (décision du 11 mars 2011). Voir aussi Nathalie Bernasconi, « Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration » (IIDD, juillet 2009) http://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf [consulté le 12 Août 2015].

⁵⁵ Le texte de l'AECG (annexe X de la dette publique) et l'annexe II: Dette publique dans la proposition de TTIP de la Commission protège les clauses d'action collective contre les actions de RDIE. Cependant, le niveau de protection offert par les juridictions de l'UE semble être beaucoup plus élevé. Dans l'affaire T-79/11[3] *Accorinti* (arrêt du 7 octobre 2015), le Tribunal a jugé en des termes généraux que l'investissement dans la dette publique n'est pas protégé par le droit de l'UE. Le Tribunal a jugé (point. 121) que « . le préjudice invoqué par les requérants ne dépasse pas les limites des risques économiques inhérents aux activités commerciales dans le cadre du secteur financier, notamment aux transactions portant sur des titres de créance négociables émis par un État, surtout, lorsque cet État présente, comme la République hellénique à partir de la fin de 2009, une notation réduite. Au contraire, indépendamment du principe général selon lequel tout créancier doit supporter le risque d'insolvabilité de son débiteur, y compris étatique, de telles transactions s'effectuent sur des marchés particulièrement volatils, souvent soumis à des aléas et à des risques non contrôlables s'agissant de la baisse ou de l'augmentation de la valeur de tels titres, ce qui peut inviter à la spéculation pour obtenir des rendements élevés dans un laps de temps très court. Dès lors, à supposer même que tous les requérants ne soient pas engagés dans des transactions de nature spéculative, ils devaient être conscients desdits aléas et risques quant à une éventuelle perte considérable de la valeur des titres acquis ».

⁵⁶ Affaires jointes C-120/06 P et C-121/06 P *Fabbrica italiana Accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e.a./Conseil et Commission*, Rec. 2008, p. I-6513, point 174.

⁵⁷ Stephan Schill, « The Proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What Limits to Investor-State Dispute Settlement under EU Constitutional Law? » (Verfassungsblog, 29 Septembre 2015) <http://www.verfassungsblog.de/en/the-proposed-ttip-tribunal-and-the-court-of-justice-what-limits-to-investor-state-dispute-settlement-under-eu-constitutional-law/#.VhPdKPKYMmA> [consulté le 6 octobre 2015].

⁵⁸ Article 17.15 de l'ALE UE-Singapour.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

d'effet direct aux arrêts de la Cour de Strasbourg ou limitent leurs effets dans l'ordre juridique national⁵⁹. Si la Cour avait examiné l'effet direct des arrêts de la Cour, elle aurait pu accepter le projet d'accord d'adhésion et limiter les effets de la CEDH dans l'ordre juridique de l'UE par la suite⁶⁰. Cela n'a pas été le cas. De même que les arrêts de la CEDH, les décisions des tribunaux de RDIE sont contraignantes à l'égard des parties⁶¹.

Plus important encore, les dispositions en matière de RDIE constituent une menace encore plus grande pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE que la CEDH à un certain nombre d'autres égards. Tout d'abord, en vertu du système de RDIE il n'est pas nécessaire d'épuiser en premier lieu les voies de recours internes, alors que la CEDH l'exige⁶². Cela signifie que les investisseurs étrangers peuvent écarter les juridictions de l'UE si elles cherchent à contester les actions et les décisions de l'UE. En second lieu, le montant des indemnités accordées par les tribunaux de RDIE est considérablement plus élevé que celles prononcées par la CEDH. Les décisions en matière de RDIE atteignent généralement des dizaines de millions d'euros et peuvent même s'élever jusqu'à plusieurs milliards d'euros⁶³. Dans l'affaire *Occidental Petroleum Corporation/Équateur*, un tribunal du CIRDI a accordé 2 milliards d'euros à titre de dommages et intérêts à un investisseur, ce qui équivaut au budget annuel de la santé de l'Équateur⁶⁴.

2.2 Le RDIE porte atteinte à la compétence exclusive des juridictions de l'UE de se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle de l'UE (articles 340 TFUE et 19 TUE)

Les mécanismes de RDIE posent un deuxième problème juridique en entrant directement en conflit avec la compétence exclusive accordée à la CJUE, en vertu des traités de l'UE, d'accorder ou non une indemnisation à des particuliers au titre des dommages causés par les institutions de l'UE. En outre, même si un mécanisme tel que le RDIE peut formellement être distingué de l'article 340 TFUE, la compétence exclusive des juridictions de l'UE de se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle de l'UE et d'entendre les demandes de particuliers (articles 340 TFUE et 19 du TUE) est significativement affectée. Les dispositions de protection des investissements prévues par les mécanismes de RDIE utilisent des critères inférieurs pour les demandes d'indemnisation, en portant ainsi atteinte aux compétences exclusives des juridictions de l'UE en vertu de l'article 340 TFUE. L'inclusion de RDIE peut donc porter atteinte au principe de l'équilibre institutionnel dans la mesure où le législateur de l'UE délèguerait l'un des pouvoirs de la Cour aux tribunaux d'investissement sans respecter convenablement les compétences de la CJUE.

Aux termes de l'article 340, paragraphe 2, TFUE, l'UE « doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ». Conformément à l'article 268

⁵⁹ Christina Eckes, « EU Autonomy and Decisions of (Quasi-) Judicial Bodies: How Much Differentness is Needed? » (2011) Amsterdam Centre for European Law and Governance 2011 - 102011-10 <http://acelg.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-centre-for-european-law-and-governance/map-1/accelg-wp-2011-10.pdf> [consulté le 6 octobre 2015]

⁶⁰ Voir l'article 46, paragraphes 2 à 5 de la CEDH en particulier, et par analogie l'affaire C-377/02 *Léon Van Parys NV/Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, Rec. 2005, p. I-1 465.

⁶¹ Pour la CEDH voir l'article 46, paragraphe 1 de la Convention. Pour l'ALE UE-Singapour, voir l'article 9.30 (1) de l'accord. Pour l'AECG, voir l'article X.39. Pour la Commission, proposition du 16 Septembre TTIP - investissement voir l'article 30, paragraphe 1 de la section 3.

⁶² Voir l'article 35, paragraphe 1 de la CEDH.

⁶³ Diana RosERT, « The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration » (rapport de l'IIDD) (juillet 2014).

⁶⁴ *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company/République de l'Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/06/11 (décision du 5 octobre 2015). Voir VPRO documentaire "Tegenlicht 'du 8 octobre <http://tegenlicht.vpro.nl/aflleveringen/2015-2016/ttip.html> [consulté le 6 octobre 2015].

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

TFUE, la CJUE décide « des litiges relatifs à la réparation des dommages visés à l'article 340, deuxième et troisième alinéas ». Cela signifie que les actions en réparation engagées en vertu de l'article 340, paragraphe 2, TFUE doivent être portées devant les juridictions de l'UE. Il est de jurisprudence constante que :

« S'agissant de la responsabilité non contractuelle de [l'UE], de tels litiges relèvent de la compétence de la Cour. En effet, l'article [19 TUE] prévoit que celle-ci est compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages visés à l'article [340], deuxième alinéa, [TFUE], lequel a pour objet ladite responsabilité non contractuelle. Cette compétence des juridictions [de l'UE] est exclusive »⁶⁵.

Cela signifie que les actions en réparation engagées en vertu de l'article 340, paragraphe 2, TFUE doivent être portées devant les juridictions de l'UE. Un organe d'arbitrage de RDIE se prononçant sur les actions en réparation pourrait interférer avec cette compétence des juridictions de l'UE et ne serait donc pas compatible avec le traité.

Il a été fait valoir que l'article 340 TFUE n'empêche pas que l'UE engage sa responsabilité du fait des violations d'un accord international, et que par conséquent, l'article 340 TFUE ne fait pas obstacle à ce que l'UE conclue un accord international contenant les dispositions en matière de protection de l'investissement et de RDIE⁶⁶. Bien qu'il soit vrai que l'article 340 TFUE n'empêche pas que l'UE engage sa responsabilité internationale en général, il est discutable que la possibilité d'encourir une responsabilité internationale rend automatiquement un mécanisme tel que le RDIE compatible avec l'article 340 TFUE.

Tout d'abord, le fait d'être en mesure d'engager sa responsabilité internationale ne signifie pas que l'UE peut contourner le cadre constitutionnel constitué par les traités de l'UE⁶⁷. Alors que l'UE peut assumer des obligations internationales à l'égard d'États tiers tels que les États-Unis et engage sa responsabilité en cas de violation de ces obligations, cela ne signifie pas nécessairement que la création d'un organe juridictionnel extérieur ayant pouvoir d'accorder des dommages-intérêts à l'encontre de l'UE en réponse à des demandes formulées par des ressortissants du pays tiers (des investisseurs) par l'intermédiaire d'un accord international, soit compatible avec les traités de l'UE⁶⁸.

Deuxièmement, il est faux de dire qu'en vertu de la compétence exclusive de la Cour prévue par l'article 340 TFUE, il serait impossible que l'UE engage sa responsabilité internationale simplement parce que la responsabilité internationale n'a pas nécessairement la même nature que les actions en réparation engagées par des particuliers à l'encontre des autorités publiques. Le concept de la responsabilité internationale est traditionnellement compris comme un concept s'appliquant entre les entités possédant la personnalité juridique internationale⁶⁹. Ce concept, qui dans certains cas seulement, inclut les particuliers, se réfère généralement à des États ou à des organisations internationales. L'article 340 TFUE, en revanche, constitue une voie de recours interne au sein de l'ordre juridique de l'UE, ouverte aux particuliers demandant réparation au titre des pertes subies causées par l'UE. Il est donc évident que l'UE peut encore

⁶⁵ Affaire C-377/09 *Hanssens_Ensch/Communauté européenne* Rec. 2010, I-7751, points 16/17. Voir aussi l'affaire C-275/00 *First NV et Franex NV/Communauté européenne*, Rec. 2002, I-10943, point 43. ; affaire C-282 90 *Vreugdenhil/Commission* Rec. 1992, I-1937, point 14 ; affaire 281/84 *Zuckerfabrik Bedburg AG e.a./Conseil et Commission* Rec. 1987, 49, point 12 ; affaire 101/78 *Granaria BV/Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, Rec. 1979 p. 629, point 14.

⁶⁶ Angelos Dimopoulos, « The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: A question of responsibilities » (2014) 51 *Common Market Law Review*, 1671 à 1720, p.1705

⁶⁷ Affaire 294/83 *Parti écologiste "Les Verts"/Parlement européen*, Rec. 1986 p. 1339, point 23.

⁶⁸ Une éventuelle adhésion à la CEDH est différente à cet égard de l'adhésion explicitement mandatée par l'article 6, paragraphe 2, TUE.

⁶⁹ Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2003), p. 175-247.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

engager sa responsabilité internationale au titre de nombreux autres accords internationaux, même si un mécanisme de RDIE était jugé incompatible avec l'article 340 TFUE, y compris les accords commerciaux sans RDIE.

Même si une action en réparation engagée sur la base d'un accord international par des particuliers peut se distinguer formellement d'une action engagée en vertu de l'article 340 TFUE, il est clair que les mécanismes de RDIE compromettraient de fait de manière significative les compétences des juridictions de l'UE de se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle de l'UE. Les dispositions de protection des investissements prévues par les mécanismes de RDIE recourent à des critères moins stricts pour les actions en réparation⁷⁰. Les juridictions de l'UE utilisent des critères exigeants, tant en ce qui concerne la procédure que sur le fond, en permettant d'exercer des actions en réparation pour des motifs qui ne s'appliquent pas nécessairement aux tribunaux d'investissement. En outre, les investisseurs étrangers peuvent engager des actions pour le compte des entreprises de l'UE détenues ou contrôlées par cet investisseur⁷¹. Enfin, les projets de textes de l'AECG et de l'ALE UE-Singapour précisent que les investisseurs ne peuvent engager aucune action en vertu de l'article 340 TFUE, lorsqu'ils agissent en vertu de dispositions en matière de RDIE et d'investissement (l'approche dite « no u-turn »), portant à nouveau atteinte à la compétence des juridictions de l'UE en vertu de l'article 340 TFUE⁷².

Il existe deux raisons principales fondant l'approche stricte des juridictions de l'UE à l'égard des actions en réparation. En premier lieu, la Cour se méfie d'un gel de la réglementation qui pourrait résulter de l'octroi d'une réparation. En second lieu, la Cour attache une plus grande importance à l'intérêt public qu'aux droits des particuliers lorsqu'il s'agit d'accorder une réparation. Selon les termes de la Cour, « *l'exercice de ses activités normatives s'explique par la considération que, d'une part, l'exercice de la fonction législative, même là où il existe un contrôle juridictionnel de la légalité des actes, ne doit pas être entravé par la perspective d'actions en dommages-intérêts, chaque fois que l'intérêt général de la Communauté commande de prendre des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers* »⁷³. En conséquence, les dommages-intérêts sont attribués uniquement s'il existe « *une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droits protégeant les particuliers* »⁷⁴. Le manquement suffisamment caractérisé implique « *la méconnaissance manifeste et grave, par un État membre comme par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation* »⁷⁵. En conséquence, il est très difficile de réclamer des dommages-intérêts du fait d'actes licites de l'UE⁷⁶.

Ces considérations générales ne sont pas applicables aux mécanismes de RDIE mis en place par les accords d'investissement internationaux. Ces accords sont explicitement créés afin de donner aux particuliers (les investisseurs étrangers) une voie de recours supplémentaire et des droits individuels supplémentaires contre l'État, indépendamment de la légalité de la mesure en droit interne. En outre, les accords d'investissement internationaux n'exigent pas des arbitres de prendre en compte les effets du gel réglementaire que leurs sentences pourraient entraîner, de

⁷⁰ Comme Jan Kleinheisterkamp (voir note 49) l'observe p. 100 « *L'on ne comprend pas pourquoi et comment les arbitral tribunaux devraient sur [la base de dispositions d'investissement étendues] se livrer à un équilibre entre intérêts privés et publics qui est équivalent aux mécanismes de contrôle juridictionnel des actes administratifs en droit interne et, par extension, en vertu du droit de l'UE* ».

⁷¹ Article 9.14 du projet d'ALE UE-Singapour

⁷² Article X.21 de l'AECG et de l'article 9.20 de l'ALE UE-Singapour

⁷³ Affaires jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA/Bundesrepublik Deutschland* et *The Queen/Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e.a.* Rec. 1996, I-1029, point 45

⁷⁴ Affaire 5/71 *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conseil* Rec. 1971, p. 116, point 11.

⁷⁵ Affaire C-352/98P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupin/Commission*, Rec. 2000, p. I-5310, point 43.

⁷⁶ Affaires jointes C-120 & 121/06P *FIAMM et Fedon/Conseil et Commission*, Rec. 2008, p. I-6513, points 175-176.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

même que les arbitres n'appartiennent pas au système de gouvernement que l'État d'accueil. Leur indépendance nécessaire par rapport à l'État d'accueil exclut un tel raisonnement, et, aux termes des chapitres sur l'investissement, ils ne sont pas tenus de faire preuve de suffisamment de respect à l'égard des intérêts publics. Par exemple, les projets de textes de l'AECG et les chapitres sur l'investissement de l'ALE UE-Singapour ne fournissent aucune garantie explicite que les tribunaux d'arbitrage permettront de protéger le droit de réglementer ou de protéger et de faire respecter la législation de l'État d'accueil⁷⁷.

L'approche plus stricte adoptée par la Cour est illustrée par l'obligation de la partie lésée, « *au risque de devoir supporter elle-même le dommage, doit faire preuve d'une diligence raisonnable pour limiter la portée du préjudice* »⁷⁸. En conséquence, les investisseurs engageant une action en vertu de l'article 340 TFUE doivent généralement demander l'annulation de l'acte, dans la mesure où il est raisonnable de poursuivre l'annulation⁷⁹. En revanche, les dispositions en matière d'investissement et d'arbitrage du projet d'AECG et d'ALE UE-Singapour n'exigent pas que l'investisseur étranger épuise les voies de recours internes et permettent l'exercice d'une action directe.

Comme le fait remarquer Jan Kleinheisterkamp : « *Les traités d'investissement conclus par l'Union [...] modifieraient de fait l'équilibre actuel des recours judiciaires prévus par les traités afin de déterminer si le droit de l'UE a été violé, et relégueraient le recours primaire de contestation judiciaire au même rang que le recours secondaire d'action en dommages-intérêts. Les investisseurs étrangers pourraient court-circuiter les mécanismes existants en se fondant exclusivement sur les règles de protection figurant dans la convention d'investissement, et en agissant directement en réparation* »⁸⁰.

Le principe de l'équilibre institutionnel, énoncé à l'article 13, paragraphe 2, TUE, exige que chaque institution agisse dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci. Selon la Cour, ce principe « *implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres* »⁸¹. Par conséquent, les mesures prises par l'une ou plusieurs des institutions de l'UE « *ne sauraient [...] enlever aux autres institutions une prérogative qui leur est attribuée par les traités eux-mêmes* »⁸².

L'inclusion de dispositions en matière de mécanismes de RDIE et d'investissement dans les accords internationaux conclus par l'UE affecte cependant les compétences exclusives des juridictions de l'UE de se prononcer sur les actions en réparation intentées en vertu de l'article 340 TFUE, dans la mesure où les tribunaux internationaux deviendraient compétents pour connaître d'actions similaires en dommages-intérêts engagés par des personnes opérant sur le marché intérieur de l'UE et à l'encontre d'une règle de niveau inférieur. En outre, alors que la CJUE reste compétente pour statuer sur les actions en réparation engagées par des personnes physiques et morales de l'UE, les dispositions en matière de RDIE des accords commerciaux de l'UE restreignent encore les compétences de la Cour en incluant des dispositions « no U-

⁷⁷ Dans l'Union européenne, en revanche, cela est garanti par l'article 19 TUE

⁷⁸ Affaire C-445/06 *Danske Slagterier/Allemagne* Rec. 2009, p. I-02119, point 61

⁷⁹ Voir Jan Kleinheisterkamp, « Financial Responsibility in European International Investment Policy » (2014) 63 *International et Comparative Law Quarterly*, 449 à 460

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ C-409/13 *Commission/Conseil* (CJUE 14 avril 2014), point 64 ; C-70/88 *Parlement/Conseil*, Rec. 1990, p. I-217, point 22, et C-133/06 *Parlement européen/Conseil*, Rec. 2008, p. I-257, point 57

⁸² Affaire 149/85 *Wybot* [1986] Rec. 2 391, point 23

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

turn »⁸³. Celles-ci exigent des investisseurs étrangers de se désister de toute procédure intentée devant la Cour s'ils tentent de demander réparation devant un tribunal d'arbitrage. Enfin, la limitation des compétences de la Cour est encore accentuée par le fait que les entreprises immatriculées au sein de l'UE peuvent également bénéficier indirectement des dispositions de RDIE dans la mesure où leurs actionnaires sont admises à bénéficier des dispositions de RDIE et d'investissement des accords internationaux de l'UE et les entreprises européennes contrôlées par les investisseurs étrangers peuvent bénéficier directement du mécanisme de RDIE dans les litiges contre l'UE et ses États membres.

2.3 Le RDIE et la répartition des compétences entre l'UE et les États membres

Le troisième problème posé par le mécanisme de RDIE est que les procédures d'arbitrage introduites en vertu du RDIE pourraient comporter des questions relatives à la répartition des compétences entre l'UE et les États membres. À cet égard, le RDIE représente un défi quant à la question de savoir qui est le défendeur dans une affaire. L'investisseur doit-il poursuivre l'UE ou un État membre sur le fondement d'une règle particulière ? Il s'agit d'une question importante qui se rapporte à la répartition des compétences dans l'UE. Selon le droit de l'UE, ces questions doivent exclusivement être tranchées par la CJUE. Dans l'avis 2/13, la Cour a répondu à la question de savoir si l'UE ou un État membre est responsable, en vertu du droit international, de la question de savoir si l'UE ou un État membre est compétent, en vertu du droit de l'UE, pour prendre une mesure spécifique. La Cour a estimé que l'évaluation de la question de savoir si l'UE est responsable de la violation d'un accord international est réservée à la seule UE et relève de la compétence exclusive de la CJUE. La Cour a jugé que:

*« la question de la répartition de la responsabilité doit être résolue uniquement en application des règles du droit de l'Union pertinentes, **sous le contrôle, le cas échéant, de la Cour à laquelle appartient la compétence exclusive pour s'assurer que l'accord entre le codéfendeur [c'est-à-dire l'UE] et le défendeur [c'est-à-dire l'État membre] respecte lesdites règles.** Permettre à la Cour EDH d'entériner un éventuel accord entre l'Union et ses États membres sur le partage de la responsabilité reviendrait à lui permettre de se substituer à la Cour pour régler une question relevant de la compétence exclusive de celle-ci »⁸⁴.*

Seule la proposition de la Commission du 16 septembre 2015 permettrait de répondre à ces exigences⁸⁵. L'article 5, paragraphe 3, de la section 3, dispose que l'UE désignera le défendeur dans un délai de 60 jours. Cependant, l'on ne sait pas ce qui se passera si l'UE ne procède pas à cette désignation.

Il est évident que les mécanismes de RDIE figurant dans l'AECG et l'ALE UE-Singapour ne répondent pas à l'exigence posée par la Cour, même lue en parallèle avec le règlement 912/2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie⁸⁶.

⁸³ Commission européenne, *Proposition de la Commission européenne, TTIP - investissement* (cité note 2); article 14 (1) de la section 3 ; article X.21 de l'AECG et article 9.20 (f) de l'ALE UE-Singapour

⁸⁴ Avis 2/13 (voir note 10), point 234.

⁸⁵ Commission européenne, *Proposition de la Commission européenne, TTIP - investissement* (cité note 2), article 5 de la section 3.

⁸⁶ Règlement 912/2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, JO 2014 L 257, p.121.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

Bien que l'article 9.18, paragraphe 2, de l'ALE UE-Singapour énonce que l'Union doit prendre une décision quant au choix du défendeur (UE ou états membres) à une procédure en matière d'investissement, l'UE ne dispose que d'un délai de deux mois à cette fin. Après ces deux mois, l'article 9.18, paragraphe 3, prévoit que le tribunal d'arbitrage lui-même décidera si le défendeur est l'UE ou un État membre. Cette possibilité reviendrait à autoriser le tribunal d'arbitrage à trancher une question qui relève de la compétence exclusive de la Cour⁸⁷. En outre, le délai de deux mois est trop court pour permettre à la Cour de décider de la répartition des compétences et de se prononcer sur la responsabilité internationale correspondante de l'UE et des États membres⁸⁸.

L'AECG contient, en vertu de l'article X.20, des dispositions similaires à celles de l'ALE UE-Singapour. L'article X.20 indique même explicitement que le « *tribunal est lié par [...] l'application du paragraphe 4* », qui fixe les règles selon lesquelles la responsabilité sera déterminée⁸⁹. Il n'y a aucune raison de supposer que le mécanisme de RDIE du TTIP ne portera pas également atteinte à la compétence de la Cour de la même manière. L'article X.27 de l'AECG ne fait qu'aggraver la situation, en permettant au Comité des échanges commerciaux d'adopter les interprétations de l'AECG, y compris la désignation du défendeur dans une affaire, qui lie le Tribunal. Une disposition similaire figure dans l'ALE UE-Singapour⁹⁰.

2.4 Le RDIE porte atteinte et entre en conflit avec les dispositions relatives au marché intérieur et avec d'autres règles du droit primaire

Le RDIE est non seulement en contradiction apparente avec le système juridictionnel de l'UE, mais il est également contraire aux objectifs fondamentaux constitutionnels de l'UE : la réalisation du marché intérieur. Les investisseurs étrangers, contrairement aux investisseurs nationaux, même s'ils sont affectés de la même manière par la même disposition légale, peuvent contester et annuler les effets des mesures prises dans le cadre de leurs activités au sein du marché intérieur, notamment les règles de l'UE en matière d'aides d'État et de concurrence énoncées aux articles 101 à 109 TFUE. Cependant, les entreprises de l'UE qui ne sont pas sous contrôle étranger et les ressortissants de l'UE ne disposent pas de cette possibilité. En conséquence, non seulement la réalisation des objectifs du marché intérieur est compromise, mais une discrimination explicite à l'encontre des entreprises de l'UE qui ne sont pas sous contrôle étranger, ainsi que des ressortissants de l'UE, est également introduite. Cela ressort clairement du conflit existant entre le RDIE et un certain nombre de dispositions relatives au marché intérieur et d'autres règles du droit primaire.

En premier lieu, les investisseurs pourraient contester la législation et les décisions en matière d'aides d'État devant des tribunaux d'arbitrage. À titre d'exemple, les arbitres peuvent prononcer une ordonnance obligeant les investisseurs à rembourser des subventions illégales obtenues, contrairement à un traitement juste et équitable, et afin que les dommages-intérêts seront payés à l'investisseur, même si la commande a été faite en conformité avec les règles d'aides d'État.

⁸⁷ Avis 2/13 (voir note 10), point 234.

⁸⁸ Un pourvoi peut être formé dans un délai de deux mois à l'encontre des décisions du Tribunal qui se prononcent en première règle d'instance sur la légalité des actes de l'UE dans le cadre d'actions directes. Voir article 56 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁸⁹ L'article X.20, paragraphe 4, dispose : «*Si l'investisseur n'a pas été informé de la désignation dans les 50 jours suivant l'avis dont il est question au paragraphe 1 :*

a) dans le cas où les mesures indiquées dans l'avis sont des mesures exclusivement adoptées par un État membre de l'Union européenne, l'État membre agit comme la Partie visée par la plainte.

b) dans le cas où les mesures indiquées dans l'avis comprennent des mesures adoptées par l'Union européenne, l'Union européenne agit comme la Partie visée par la plainte ».

⁹⁰ Article 9.22.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

Une telle sentence serait clairement incompatible avec les règles sur les aides d'État de l'UE. Dans sa note de synthèse, la Commission reconnaît que cette situation est problématique au regard du droit de l'UE:

« Certains litiges portant sur des aides d'État ont soulevé des questions spécifiques. Dans une affaire engagée récemment en vertu d'un traité bilatéral d'investissement (TBI) intra-UE dans un contexte de pré-adhésion, le tribunal a constaté que la décision d'un État membre de mettre fin à l'octroi d'une mesure comportant une aide d'État interdite constituait une violation de la règle du traitement juste et équitable. La Commission considère cette décision comme une mauvaise application de ladite règle, étant donné que le droit de l'Union refuse systématiquement aux investisseurs toute attente légitime en matière d'aides d'État. Elle a aussi estimé que la compensation ordonnée par le tribunal équivalait de facto à une réinstauration de l'aide d'État interdite »⁹¹.

Un exemple clair de la façon dont la sentence d'un tribunal d'arbitrage peut entrer en conflit avec les dispositions sur les aides d'État de l'UE, qui sont énoncées par le droit primaire, est fourni par l'affaire *Micula e.a. /Commission*, qui est actuellement pendante. Dans cette affaire, une société suédoise a fait appel d'une décision de la Commission ordonnant à la Roumanie de récupérer les aides d'État déclarées incompatibles par une sentence arbitrale⁹².

T-646/14 Micula e.a. (pendante) - de quelle façon les sentences arbitrales peuvent entrer en conflit avec les règles sur les aides d'État de l'UE.

En décembre 2013, un tribunal d'arbitrage a ordonné à la Roumanie d'indemniser les demandeurs suédois qui n'avaient pas été en mesure de bénéficier pleinement d'un régime abrogé d'incitation à l'investissement. Ce régime avait été supprimé en 2005 avant son expiration prévue pour 2009. Le tribunal d'arbitrage a estimé que la Roumanie avait violé un traité bilatéral d'investissement entre la Roumanie et la Suède, et a prononcé une indemnité équivalente à la somme prévue par le régime abrogé d'incitation à l'investissement.

Ce régime avait cependant été abrogé parce qu'il était incompatible avec les règles de l'UE sur les aides d'État. En vertu de celles-ci, une entreprise ne peut pas se prévaloir des attentes légitimes d'une aide octroyée si cette aide est jugée comme étant une aide d'État incompatible. Dans ce cas, l'aide doit être remboursée en totalité.

L'obligation de rembourser aide d'État incompatible sur la base du droit de l'UE entre donc directement en conflit avec l'obligation, découlant de la sentence arbitrale, d'accorder le montant équivalent de fonds par l'État membre en question. Conformément au droit primaire de l'UE, l'entreprise devra rembourser l'aide d'État incompatible, mais en vertu d'un accord international d'investissement, l'entreprise a droit à réparation.

La Commission a donc émis une injonction de suspension obligeant la Roumanie à payer [le montant constituant une aide d'État illégale tel qu'indiqué dans la sentence rendue par le tribunal le 26 mai 2014. *Micula* et d'autres demandeurs à la procédure d'arbitrage ont contesté cette décision devant le Tribunal (*T-646/14 Micula e.a.*).

⁹¹ Commission européenne, *Note de synthèse : L'investissement dans TTIP et au-delà - la voie de la réforme* (voir note 4)

⁹² Affaire T-646/14 *Micula e.a./Commission* (pendante), voir également *Micula/Roumanie* (décision d'arbitrage du CIRDI) (affaire SA.38517) Décision de la Commission C/393/2014, JO 2014, C 393/27.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

Le cas Micula n'est pas un cas isolé. Dans l'affaire *Electrabel/Hongrie*, Electrabel a introduit un arbitrage RDIE à l'encontre de la Hongrie, cette dernière ayant modifié le régime de tarification de l'électricité et mis fin à un accord d'achat d'électricité avec la filiale d'Electrabel en Hongrie. Toutefois, la Hongrie avait apporté ces modifications afin de se conformer à la décision de la Commission 2009/609/CE du 4 juin 2008 concernant les aides d'État C 41/05 accordées par la Hongrie dans le cadre d'accords d'achat d'électricité⁹³. Bien que cette décision ait été confirmée plus tard par le Tribunal et la Cour de justice⁹⁴, la décision prise par le tribunal d'investissement d'accorder des dommages-intérêts à Electrabel pouvait annuler les effets de la décision de la Commission, ce qui compromettrait l'efficacité des articles 107 et 108 TFUE et fausserait la concurrence sur le marché intérieur de l'UE.

Des demandes semblables ont été présentées dans les affaires *AES/Hongrie* et *EDF/Hongrie*⁹⁵. De même, dans l'affaire *Steel/République slovaque*, U.S. Steel avaient intenté une action à l'encontre de la décision de la Slovaquie de mettre fin aux exemptions de paiement de frais au titre de la consommation d'électricité⁹⁶. Comme la Commission l'a indiqué dans son mémoire déposé en qualité d'amicus curiae dans cette affaire, les exemptions constituaient des aides d'État illégales⁹⁷. Bien évidemment, tout paiement découlant d'une sentence arbitrale entraînerait une violation des règles de l'UE relatives aux aides d'État, dans la mesure où les dommages-intérêts consisteraient de facto à réattribuer l'avantage économique indu à US Steel et donc à fausser la concurrence sur le marché intérieur de l'UE⁹⁸.

La Commission, sans aucun doute consciente de cette situation, a proposé d'inclure une clause permettant de faire bénéficier de l'immunité au titre de l'application des règles de l'UE relatives aux aides d'État dans l'accord d'investissement international :

*« Afin d'éviter des problèmes de ce genre à l'avenir, il serait préférable, par souci de clarté, de préciser que les normes de protection des investissements ne peuvent être interprétées comme empêchant de mettre fin à l'octroi d'une aide d'État et/ou d'exiger le remboursement des aides déjà versées lorsque celles-ci ont été interdites par les autorités compétentes.[...]Une disposition précisant que l'accord ne peut être interprété comme empêchant une partie signataire de mettre fin à l'octroi d'une aide d'État et/ou d'exiger le remboursement des aides déjà versées lorsque celles-ci ont été interdites par ses autorités compétentes »*⁹⁹.

Dans la proposition de la Commission du 16 septembre 2015, cette incompatibilité est traitée à l'article 2, paragraphe 4, de la section 2¹⁰⁰. Cette disposition, toutefois, ne fait partie ni de

⁹³ § - *Hungarian stranded costs* (affaire SA.17365); décision de la Commission 2009/609/CE, JO 2008, L 225, p. 53.

⁹⁴ Affaire T-179/09 *Dunamenti Erőmű Zrt/Commission européenne* (arrêt du 30 avril 2014) ; affaire T-468/08 *Tisza Erőmű Kft/Commission européenne* (arrêt du 30 avril 2014) ; affaire C-357/14P *Electrabel/Commission européenne* (arrêt du 1 octobre 2015).

⁹⁵ . *AES Sommet Generation Limited et AES-Tisza Erőmű Kft/ République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/22 (décision du 23 septembre 2010), affaire dans laquelle le tribunal a rejeté la demande ; *EDF International SA/Hongrie* (arbitrage ad hoc en vertu des règles de la CNUDCI). Voir Kleinheisterkamp (voir note 49), p. 91, note 25.

⁹⁶ *US Steel Global Holdings/B.V./République slovaque*, CNUDCI, CPA affaire n° 2013-6 (pendante)

⁹⁷ Commission européenne, Mémoire déposé en tant qu'Amicus Curiae dans l'affaire CPA n° 2013-6 *US Steel Global Holdings/B.V./République slovaque* (15 mai 2014).

⁹⁸ Voir aussi Kleinheisterkamp (cité note 49), point 92.

⁹⁹ Commission européenne, *Note de synthèse : L'investissement dans TTIP et au-delà - la voie de la réforme* (voir note 4), 6 et 7.

¹⁰⁰ Commission européenne, *Proposition de la Commission européenne, TTIP - investissement* (cité note 2), article 2 (4) de la section 2, en particulier la note 2.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

l'AECG, ni clairement partie de l'ALE UE-Singapour¹⁰¹, et n'a pas encore été intégrée dans le TTIP. L'exception figurant dans le ALE UE-Singapour à l'article 9.2 est ambiguë quant à sa relation avec les règles de l'UE sur les aides d'État à cet égard.

En second lieu, l'arbitrage RDIE peut également porter atteinte au bon fonctionnement des règles de concurrence de l'UE. Une décision de la Commission infligeant une amende à une entreprise pour violation des règles de concurrence de l'UE pourrait entraîner une demande d'arbitrage devant un tribunal de RDIE, par exemple si ce tribunal estime que la façon dont la Commission a traité l'affaire a porté atteinte à un « *traitement juste et équitable* ». Si le tribunal (sans aucune intervention des juridictions européennes) considère que la Commission a violé les dispositions d'un accord international d'investissement de l'UE, cela peut conduire à l'octroi de dommages-intérêts contrebalançant l'amende imposée par la Commission. Ces arbitrages porteraient non seulement atteinte aux compétences de la Commission en vertu de l'article 103, paragraphe 2, sous a), TFUE afin de garantir le respect des règles de concurrence de l'UE au moyen d'amendes et d'astreintes, mais serait également contraire aux articles 101 et 102 TFUE, dans la mesure où le comportement contraire à ces articles ne serait assorti d'aucune sanction efficace.

Plus généralement, des problèmes similaires se posent au sujet de toute décision de l'UE ou des États membres imposant des amendes sur la base de la législation relative au marché intérieur de l'UE. L'article 114 TFUE donne au législateur de l'Union le pouvoir de réglementer le marché intérieur. Ces pouvoirs n'existent que dans la mesure où les règles en question éliminent les obstacles au commerce ou les distorsions de concurrence résultant de disparités entre les législations nationales¹⁰². Cependant, le RDIE réintroduit efficacement les distorsions de concurrence là où l'UE a imposé des sanctions pour violation de la législation sur le marché intérieur de l'UE, puisque les investisseurs étrangers (contrairement aux investisseurs nationaux) auraient la possibilité d'annuler les effets de telles sanctions par le RDIE. Ce dernier compromet par conséquent les objectifs de l'UE s'est fixés en vertu sur la base de l'article 114 TFUE. À titre d'exemple, les sanctions imposées aux investisseurs étrangers pour violation de la directive sur les abus de marché pourraient être annulées par une sentence arbitrale, alors que les investisseurs nationaux ne pourraient exercer cette voie de recours¹⁰³. En conséquence, les investisseurs étrangers et nationaux n'entreraient pas en concurrence dans les mêmes conditions et sur le même terrain, dans la mesure où seuls les investisseurs étrangers pourraient échapper aux effets de la violation du droit du marché intérieur.

En outre, le mécanisme de RDIE peut être jugé incompatible avec les articles 54, 49, 56, et 63 TFUE. L'article 54 exige que les personnes physiques qui sont des ressortissants des États membres soient traitées de la même manière que les sociétés constituées conformément au droit d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement dans l'UE. Cependant, un investisseur étranger peut utiliser le RDIE

¹⁰¹ Il semble que l'ALE UE-Singapour contienne une disposition en ce sens, bien que la disposition ne traite que partiellement la question: l'article 9.2, paragraphe 2, dispose que « [Nonobstant toute autre disposition du présent Accord,] l'article Y4 [Traitement national] n'est pas applicable aux subventions ou contributions fournies par une Partie, y compris les prêts, garanties et assurances octroyés par le gouvernement. Pour plus de certitude, la décision d'une partie de ne pas délivrer, de renouveler ou de maintenir une subvention ou une subvention, (a) en l'absence de tout engagement spécifique en droit ou d'un contrat de délivrer, renouveler, ou maintenir cette subvention ou de subvention ; ou (b) en conformité avec les termes et conditions attachées à la délivrance, le renouvellement ou le maintien de la subvention ou de subvention ne constitue pas une violation de l'article 9.4 [Norme de traitement] ou être considéré comme une expropriation ». Il est difficile de savoir si cette disposition couvre le remboursement des aides d'État illégales.

¹⁰² Affaire C-58/08 *The Queen, à la demande de Vodafone Ltd et autres contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Rec. I- 4999, point 32-36

¹⁰³ Règlement 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014, sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE, JO 2014, L 173 p. 1, articles 30-31

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

pour des actions relatives à des pertes ou à des dommages causés à sa société établie localement et peut agir au nom d'une société établie localement, qu'il détient ou contrôle¹⁰⁴. En conséquence, une société européenne détenue par un investisseur étranger bénéficie de plus de droits et d'un mécanisme supplémentaire spécifique de recours judiciaire en vertu de RDIE, qui ne sont pas accordés à tous les ressortissants de l'UE¹⁰⁵. Aucune justification apparente ne fonde ce traitement discriminatoire, comme nous le verrons ci-dessous.

Dans le même ordre d'idées, il y a violation des dispositions relatives à la liberté d'établissement (article 49 TFUE) et la liberté de fournir et de recevoir des services (article 56 TFUE). Des entreprises à capitaux étrangers établies en vertu du droit d'un État membre recevront un meilleur traitement que les entreprises de l'UE appartenant à des ressortissants de l'UE établis en vertu du droit d'un autre État membre. Par exemple, une entreprise slovaque appartenant à des étrangers serait en mesure de poursuivre le gouvernement slovaque pour violation de dispositions sur l'investissement du fait de la modification de son système de soins de santé, alors qu'une entreprise tchèque détenue par des ressortissants tchèques se trouvant dans une situation similaire en Slovaquie ne pourrait avoir recours au RDIE. Le fait que l'UE elle-même soit en train de conclure un accord international introduisant une telle discrimination, et non pas uniquement les États membres, est sans importance. Les dispositions relatives au marché intérieur sont non seulement contraignantes pour les États membres, mais également pour les institutions de l'UE¹⁰⁶.

En outre, l'article 63 TFUE interdit les restrictions sur les mouvements de capitaux de et vers les États membres, ainsi que les pays tiers. Le RDIE créerait une différence de traitement entre les mouvements de capitaux entre les États membres de l'UE et les mouvements de capitaux entre l'UE et les pays tiers et pourrait donc enfreindre l'article 63 TFUE. Le RDIE ne distingue pas formellement entre ces deux types de mouvements de capitaux, en offrant aux investisseurs étrangers une voie de recours supplémentaire et un système juridictionnel qui ne sont pas ouverts aux investisseurs des États membres, mais opère également une discrimination importante entre les investisseurs des États membres et les investisseurs étrangers. Nous rappelons que les règles en matière d'octroi de dommages-intérêts diffèrent entre la règle de l'UE et celle adoptée en vertu du droit international des investissements, permettant aux investisseurs étrangers de se fonder sur des règles plus strictes que les investisseurs des États membres. Ces éléments suggèrent qu'un tel système peut violer l'article 63 TFUE. En outre, il est clair que l'article 63 TFUE couvre (au moins partiellement) les questions figurant dans les chapitres sur l'investissement des futurs accords commerciaux de l'UE. L'article 63 TFUE concerne les investissements de portefeuille¹⁰⁷.

Il ne va pas de soi que l'UE serait en mesure de s'appuyer sur une dérogation prévue dans le TFUE ou sur des justifications fournies par la jurisprudence¹⁰⁸. Il est vrai que la Cour a accordé aux institutions de l'UE un large pouvoir d'adopter des mesures susceptibles d'enfreindre les dispositions du marché intérieur : la Cour n'annulera une mesure de l'UE que si elle présente un « *caractère manifestement inapproprié [...] par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre* »¹⁰⁹. Néanmoins, il appartient ensuite aux institutions de l'UE

¹⁰⁴ Voir par exemple l'article 9.14 du projet d'ALE UE-Singapour.

¹⁰⁵ Voir Angelos Dimopoulos, «The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law» (2012) 39 Legal Issues of Economic Integration, 447–471, p. 454

¹⁰⁶ Jusqu'à présent, seul l'article 34 TFUE a été appliqué aux mesures de l'UE: les affaires jointes C-154/04 et C-155/04 *Association nationale des magasins de santé e.a.*, Rec. 2005, p. I-449, point 47. Toutefois, aucune disposition des articles 49, 56 et 63 TFUE ne suggère qu'ils ne sont pas applicables aux institutions de l'UE qui sont tenus de respecter le droit primaire de l'UE.

¹⁰⁷ Affaires jointes C-282/04 et C-283/04 *Commission/Pays-Bas*, Rec. 2006, p. I-9141, point 19.

¹⁰⁸ En particulier les articles 51, 52, paragraphe 1, 62, 64, 65 et 66 TFUE.

¹⁰⁹ Affaires jointes C-154/04 et C-155/04 *National Association of Health Stores e.a.* Rec. 2005, I-449, point 52

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

de fournir une justification d'intérêt public afin d'intégrer des dispositions sur l'investissement et le RDIE en particulier. À cet égard, Takis Tridimas observe l'exercice plus critique de la compétence de l'UE « à travers un examen exhaustif du raisonnement des institutions, qui recrée le processus de prise de décision »¹¹⁰.

À cet égard, l'introduction du RDIE semble être justifiée par le fait que ces dispositions soit attirent l'investissement étranger conduisant à la croissance économique, soit permettent d'éviter que l'UE perde des investissements à la faveur d'autres pays¹¹¹. Ces motifs de justification ne sont pas couverts par les dérogations prévues par les traités. Par exemple, des dérogations expresses ne couvrent que les restrictions de capitaux décidées par les États membres et, en tout état de cause, sont au premier abord inapplicables à ces deux logiques pour la protection de l'investissement et le RDIE¹¹². Enfin, il n'est pas acquis que les institutions de l'UE seront en mesure d'affirmer que les dispositions sur l'investissement et le mécanisme de RDIE constituent les mesures adéquates afin d'attirer les investissements étrangers. Les études économiques semblent concordantes sur ce point¹¹³. La Cour peut soit accepter le raisonnement selon lequel les mécanismes de RDIE peuvent théoriquement aider à attirer des investissements, soit exiger une explication plus complète de la raison pour laquelle des mesures discriminatoires sont nécessaires à cet égard. En tout état de cause, même si la Cour reconnaissait que le RDIE attire des investissements supplémentaires, l'investissement supplémentaire attiré serait le résultat d'une évaluation selon laquelle l'ordre juridique de l'UE elle-même constitue un obstacle à la réalisation de l'investissement. Cela devrait constituer un véritable problème pour une institution dont la tâche principale est d'« assurer[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »¹¹⁴.

Enfin, plus généralement, le RDIE viole le principe de non-discrimination et les dispositions en matière de non-discrimination présentes dans le TFUE et dans la Charte des droits fondamentaux. Comme cela est exposé ci-dessus, le RDIE prévoit une voie de recours pour les investisseurs non-européens, dont les ressortissants de l'UE ne disposent pas, même s'ils sont affectés de la même manière par la même loi¹¹⁵. Un ressortissant de l'UE se trouvant dans la même situation qu'un investisseur étranger et affecté de la même manière par le droit de l'UE ne pourrait recourir au RDIE, tandis que l'investisseur de l'UE le pourrait. Cela constitue une violation du principe de non-discrimination. Ce principe général du droit de l'UE est codifié à l'article 20 de la Charte (« toutes les personnes sont égales en droit »). L'article 21 de la Charte constitue une expression particulière de ce principe, qui interdit toute discrimination fondée sur

¹¹⁰ Takis Tridimas, *The General Principles of EU law* (2^e éd, OUP 2006), 145-146

¹¹¹ Commission européenne, *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in EU agreements* (mars 2014) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152290.pdf [consultée le 14 Août 2015]. Voir aussi Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux* (COM/2010/343 final) 7 octobre 2010, 9: « Le règlement des différends entre les investisseurs et l'État, qui est une composante essentielle de l'héritage que l'Union reçoit des TBI conclus par les États membres, est important dans la mesure où un investissement suppose d'établir avec l'État hôte une relation de long terme qu'il est difficile de recentrer sur un autre marché s'il survient un problème concernant l'investissement. Ce type de règlement des différends est si bien ancré dans les accords d'investissement que son absence aurait en réalité pour effet de décourager les investisseurs et de réduire l'attrait d'une économie hôte par rapport aux autres. Pour ces motifs, les futurs accords de l'UE comportant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État ».

¹¹² L'article 65, paragraphe 1, (a) et (b), fait référence aux mesures nécessaires à des mesures fiscales et aux mesures nécessaires à la politique publique, sécurité publique et les mesures nécessaires « à la surveillance prudentielle des établissements financiers » ou à des fins d'information administrative ou statistique.

¹¹³ CNUCED, *World Investment Report 2003*, p. 89: « Une analyse statistique globale ne révèle aucun impact indépendant significatif des traités bilatéraux d'investissement dans la détermination des flux d'IDE (investissements directs étrangers). Au mieux, les traités bilatéraux d'investissement jouent un rôle mineur en termes d'influence sur les flux mondiaux d'IDE et expliquent les différences de volume entre les pays ». Voir aussi, Banque mondiale, *World Development Report*, p. 129: « Les pays qui avaient conclu un TBI ne sont pas plus susceptibles de recevoir des IDE supplémentaires que ne l'étaient les pays sans accord dans ce sens. Voir plus généralement avec un certain nombre de références à des études, M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment* » (troisième édition, Cambridge University Press 2010), p. 172-235.

¹¹⁴ Article 19 TUE

¹¹⁵ Articles 9.1, 9.14 et 9.19 de l'ALE UE-Singapour.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

des motifs tels que la propriété et la nationalité¹¹⁶. Selon une jurisprudence constante de la Cour, ce principe « exige du législateur de l'Union, conformément aux exigences de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié [...]. Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné »¹¹⁷.

En conséquence, tandis que le législateur de l'Union a le droit de déroger au principe et aux droits énoncés par la Charte, il doit fournir une justification objective et exercer ses pouvoirs conformément au principe de proportionnalité. Le législateur de l'Union détient un large pouvoir d'appréciation à cet égard, et la Cour se limite à vérifier si il y a eu « erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si ledit législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation »¹¹⁸. Cependant, lorsque le législateur européen a un tel pouvoir discrétionnaire, il doit « baser son choix sur des critères objectifs et il lui incombe de veiller au respect des droits fondamentaux »¹¹⁹. Comme indiqué plus haut, le législateur européen devra démontrer que l'introduction d'un système juridictionnel extérieur discriminatoire ouvert aux seuls investisseurs étrangers est approprié et nécessaire à la réalisation de ses objectifs de politique commerciale. À cet égard, il aura besoin d'apporter la preuve qu'il n'existe aucun lien évident entre l'introduction d'un mécanisme de RDIE et l'attraction des investissements étrangers supplémentaires¹²⁰.

3 Remarques finales

L'article 218, paragraphe 11, TFUE donne aux institutions de l'UE et aux États membres le pouvoir de demander à la CJUE si un accord international de l'UE est compatible ou non avec les traités de l'UE. Il s'agit d'un pouvoir important qui a été utilisé 24 fois afin de contrôler la compatibilité avec le droit de l'UE d'un accord international envisagé. Le Parlement européen a reçu récemment (depuis 2003) ce pouvoir, dans le cadre du renforcement de ses responsabilités au titre de ses pouvoirs de conclure des traités.

Cette demande d'avis constitue un outil essentiel pour l'UE dans le cadre des relations internationales. Elle permet non seulement aux institutions de l'UE et aux États membres de vérifier si leurs actions sont légales et conformes aux traités de l'UE, mais elle empêche également l'UE de se trouver en difficulté à la fois au regard du droit international et en ce qui concerne ses relations avec les pays tiers.

¹¹⁶ Article 21 Charte

¹¹⁷ Affaire C-356/12 *Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern*, Rec. 2014, p. I-250, point 43 citant l'affaire C-550/07 *P Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission*, Rec. 2010, p. I-512, points 54-55 ; affaire C-127/07 *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, Rec. 2008, p. I-728, point 47, et affaire C-101/12 *Schaible*, Rec. 2013, p. I-661, point 77.

¹¹⁸ Affaire C-356/12 *Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern*, Rec. 2014, p. I-250, point 52 ; citant l'affaire C-425/08 *Enviro Tech (Europe)*, Rec. 2009, p. I-635, point 47 ; affaire C-343/09 *Afton Chemical*, Rec. 2010, p. I-419, point 28 ; et affaire C-15/10 *Etimine*, Rec. 2011, p. I-504, point 60

¹¹⁹ Affaire C-356/12 *Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern*, Rec. 2014, p. I-250, point 53, citant l'affaire C-58/08 *Vodafone e.a.*, Rec. 2010, I-321, point 53 ; affaires jointes C-92/09 et C-93/09 *Volker und Markus Schecke et Eifert*, Rec. 2010-662, point 46 ; affaire C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a.* Rec. 2011, p. I-100, point 17

¹²⁰ CNUCED, *World Investment Report 2003*, p. 89 : « Une analyse statistique globale ne révèle pas un impact significatif indépendant des traités bilatéraux d'investissement pour déterminer les flux d'IDE. Au mieux, les traités bilatéraux d'investissement jouent un rôle mineur dans l'influence sur les flux mondiaux d'IDE et expliquent les différences de volume entre les pays ». Voir aussi, Banque mondiale, *World Development Report*, p. 129 : « Les pays qui avaient conclu un TBI ne sont pas plus susceptibles de recevoir des IDE supplémentaires que ne l'étaient les pays n'ayant aucun accord dans ce sens. Voir plus généralement avec des références à des études, M. Sornarajah *The International Law on Foreign Investment* » (troisième édition, Cambridge University Press 2010), 172-235.

Étude ClientEarth - Compatibilité du RDIE avec le droit de l'UE

D'après la présente étude, il est permis de douter, pour plusieurs raisons, de la compatibilité d'un accord international contenant le RDIE avec le droit de l'UE. Le mécanisme de RDIE peut être jugé incompatible avec les traités de l'UE, dans la mesure où (1) il compromettrait l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, et notamment les compétences des juridictions de l'UE, et (2) il produirait un effet négatif sur la réalisation du marché intérieur, et plus spécifiquement sur les règles de concurrence de l'UE.

En raison de l'existence de ces doutes juridiques et de l'importance accordée par la Commission, le Parlement européen et le Comité économique et social européen, au respect des compétences des juridictions de l'UE, il est essentiel pour l'UE de vérifier si le mécanisme de RDIE est compatible avec le droit de l'UE.

Laurens Ankersmit

Juriste en droit commercial et en droit de l'environnement de l'UE

+32(0)20 808 4321

lankersmit@clientearth.org

www.clientearth.org

Karla Hill

Directrice, Programmes

+44(0)20 7749 5972

khill@clientearth.org

www.clientearth.org

ClientEarth est une organisation spécialisée en droit de l'environnement, à but non lucratif, basée à Londres, Bruxelles et Varsovie. Elle est composée de juristes militants travaillant aux confluences du droit, des sciences et des politiques publiques. En utilisant la force du droit, nous développons des stratégies et des outils juridiques répondant aux défis environnementaux majeurs.

ClientEarth est financée grâce au soutien généreux de fondations philanthropiques et de personnes physiques engagées.

La traduction de cette publication a été financée par les Amis de la Terre Europe.

Bruxelles

4ème Étage

36 Avenue de Tervueren

1040 Bruxelles

Belgique

Londres

274 Richmond Road

London

E8 3QW

Royaume-Uni

Varsovie

Aleje Ujazdowskie 39/4

00-540 Warszawa

Pologne

ClientEarth est une société à responsabilité limitée par garantie, immatriculée en Angleterre et au Pays de Galles, sous le numéro d'entreprise 02863827, immatriculée en tant qu'organisme de bienfaisance sous le numéro 1053988, ayant son siège 2-6 Cannon Street, London EC4M 6YH, avec une succursale immatriculée en Belgique, N° d'entreprise 0894.251.512, et une fondation immatriculée en Pologne, Fundacja ClientEarth Poland, KRS 0000364218, NIP 701025 4208